

¿Organizaciones culpables?

Recensión a Carlos Gómez-Jara, La culpabilidad penal de la empresa, Marcial Pons, Madrid, 2005, 365 págs.

Nuria Pastor Muñoz

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

340

I

El debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue siendo de plena actualidad. El centro de ese debate lo constituye la tensión entre la idea clásica de que, por exigencias del principio de culpabilidad, la pena solamente puede ser la respuesta al comportamiento de un individuo y la tendencia actual de las legislaciones europeas, incluida la de la Unión, a introducir la responsabilidad de las personas jurídicas y, con ello, a seguir los pasos de la legislación estadounidense. Ante esta situación, la pregunta esencial que hay que hacerse es la de si el Derecho penal, que nació en una sociedad de individuos, debe adaptarse a la actual sociedad de las organizaciones y extender la pena a estas últimas, como tienden a hacer los legisladores contemporáneos y sostiene GÓMEZ-JARA (p. 29 s.), o si, en cambio, la pena tiene que continuar siendo una respuesta al comportamiento de una persona física y, por tanto, la respuesta jurídica a los hechos de las personas jurídicas debe dejarse en manos de otras ramas del ordenamiento jurídico.

En su libro, GÓMEZ-JARA se propone fundamentar la responsabilidad penal de la *empresa* como colectivo de personas, sin otorgar relevancia alguna al hecho de que esté o no revestida de personalidad jurídica. Ciertamente, la cuestión de si existe responsabilidad penal más allá de la responsabilidad penal individual puede enfocarse desde una perspectiva más bien formal que se pregunta si la persona jurídica como entidad a la que el Derecho privado atribuye personalidad puede ser penalmente responsable. Sin embargo, es dominante un planteamiento de carácter material que se plantea la cuestión de si los *entes colectivos* pueden ser penalmente responsables y, con ello, si en Derecho penal es admisible la *responsabilidad colectiva*. Pues bien, GÓMEZ-JARA se adhiere a este último planteamiento al definir como objeto de su estudio la cuestión de si una colectividad, la empresa, puede ser considerada «persona jurídico-penal» con «capacidad de culpabilidad jurídico-penal» (p. 44). Por ello, los instrumentos que emplea en su investigación también deberían ser adecuados para enfrentarse al debate sobre la responsabilidad penal de entes colectivos distintos a la empresa.

GÓMEZ-JARA no construye la responsabilidad penal empresarial como una especie de responsabilidad análoga a la individual en la que se renuncia al requisito de la culpabilidad, pues, en su opinión, la culpabilidad es fundamento de la imposición de toda pena (p. 66 ss.). Por ello, su pretensión es reformular el concepto de culpabilidad en Derecho penal de manera que esta última tenga la capacidad de abarcar tanto al individuo como a entes de naturaleza colectiva (p. 40). En concreto, se propone construir la culpabilidad empresarial como un equivalente funcional de la culpabilidad individual, una responsabilidad penal genuina de la empresa y no “derivada” de sus miembros (p. 53). Para alcanzar este objetivo, se ve obligado a formular un concepto de persona jurídico-penal capaz de abarcar tanto a las personas individuales como a las empresas. Por ello, a la hora de escoger un método adecuado, GÓMEZ-JARA rechaza el individualismo metodológico que considera que la acción humana es constituyente de la sociedad y opta por uno de los métodos que le permiten construir la responsabilidad de la empresa, a saber, la teoría de los sistemas y el constructivismo optativo como paradigma filosófico (p. 50).

Su tesis reza esencialmente así: las empresas con una complejidad interna suficiente tienen una autorreflexión comparable a la conciencia de las personas físicas. Esa clase de empresas deben ser consideradas personas jurídico-penales, con las garantías y la autorresponsabilidad que ello implica (p. 75). Tales empresas son titulares de una libertad de organización empresarial y, por ello, son responsables de las consecuencias del ejercicio de esa libertad. El Derecho penal tiene expectativas frente a ellas, de manera que si el comportamiento de una de esas empresas defrauda tales expectativas, el Derecho penal puede responder comunicativamente con la pena para restablecer así la vigencia de la norma. En definitiva, pues, su responsabilidad penal se explica en los mismos términos que la responsabilidad penal por organización de las personas físicas.

II

Para defender su propuesta, GÓMEZ-JARA dedica una parte de su trabajo a responder a quienes afirman que no es posible construir un *concepto de culpabilidad empresarial* (capítulo II). En primer lugar, el autor admite que si se parte del concepto psicológico de culpabilidad se puede afirmar la culpabilidad de la empresa, pero a la vez llama la atención sobre el hecho de que aquel concepto de culpabilidad ha entrado en crisis, de modo que las objeciones formuladas desde sus filas contra la responsabilidad penal de la empresa carecen de fuerza (p. 83). En cambio, en segundo lugar, el autor sí considera necesario responder a las críticas provenientes de la concepción de *culpabilidad como reprochabilidad*, concepto hoy todavía vivo en la doctrina. Según éste, la pena es un reproche ético-social y, debido a que no se puede predicar una dimensión ética del comportamiento de la empresa, esta última no puede ser objeto de la pena. A ello responde GÓMEZ-JARA que, en primer lugar, sí es posible dirigir un reproche ético a la empresa y que, en segundo lugar, aunque no lo fuera, el obstáculo se supera definiendo la culpabilidad en términos jurídicos, y no éticos (p. 93 ss.).

En tercer lugar, el autor debe analizar el problema de si puede afirmarse que la empresa actúa *con voluntad propia* y, por tanto, que existen delitos cometidos por la empresa. A este respecto, JAKOBS ha defendido que si se toma la voluntad del órgano para construir la voluntad de la persona jurídica, entonces no es posible hacer penalmente responsable al órgano. Así pues, según JAKOBS, si se “transfiere” a la persona jurídica la voluntad de sus miembros para construir la responsabilidad empresarial, ya no es posible construir la responsabilidad penal de los miembros. GÓMEZ-JARA considera que la crítica es correcta, pero que al tiempo no afecta al planteamiento que él defiende, en el cual la culpabilidad de la persona jurídica no se construye a partir de la del órgano, sino de modo autónomo (p. 98-100). Es más, el autor concibe el delito de la empresa como una expresión de sentido conjunta de la empresa y la persona física que actúa: la empresa configura el marco y la persona física actúa como ejecutor; según esto, a la empresa no se le atribuye un hecho ajeno, sino propio. Y precisamente porque la empresa tiene la libertad de configurar el marco previo en el que la persona física ejecuta el delito, se puede afirmar su culpabilidad (p. 105-107). La autopoiesis de la empresa y la de la persona física que ejecuta no se excluyen mutuamente, sino que están diferenciadas, pues la organización y la persona física

están compuestas por comunicaciones distintas. Por ello, responsabilidad empresarial y responsabilidad de la persona física no se excluyen mutuamente (p. 108 s.)

En cuarto lugar, el autor se enfrenta a la crítica de JAKOBS, según la cual la empresa no puede ser considerada persona en Derecho penal porque carece de *autoconciencia comunicativamente competente*. En efecto, según JAKOBS, el concepto de persona jurídico-penal presupone una autoconciencia comunicativamente competente que aparezca como capaz de comprender el significado de la norma y hacerla suya o rechazarla; cuando se intenta constatar tal autoconciencia en la empresa, aparecen, según este autor, dos dificultades irresolubles, a saber, que no se puede imputar a la empresa la autoconciencia del órgano (puede no ser la misma en el momento del delito que en el de la imposición de la pena, así que falla el criterio de identidad) y, sobre todo, que la empresa carece de una autoconciencia propia entendida como «saberse libre a sí misma». GÓMEZ-JARA considera que este último argumento no es un verdadero obstáculo para afirmar que las empresas son personas jurídico-penales, pues para la teoría de los sistemas autopoieticos la capacidad de autorreflexión de un sistema psíquico (individuo) es idéntica a la de un sistema social (la empresa) (p. 112). En su opinión, los planteamientos como el de JAKOBS (también el de VON FREIER) parten de una concepción antropocéntrica de la autoconciencia y, por ello, excluyen la autorreferencialidad de la empresa como forma de autonomía (p. 114). Sin embargo, GÓMEZ-JARA, siguiendo a TEUBNER, considera que la operación de la comunicación tiene la misma autorreferencialidad que la conciencia. Esta última es la autoobservación de un sistema psíquico y es idéntica a la operación de autoobservación de la empresa. Así pues, ser humano y empresa son sistemas autopoieticos que construyen su propia identidad sobre la base de sus operaciones autorreferenciales, las cuales, a su vez, son observadas y descritas por el sistema jurídico; este último reconstruye la atribución de personalidad sobre la base de sus observaciones (p. 115 s.). Ahora bien, para el Derecho penal no es suficiente cualquier clase de autoobservación para atribuir al sistema empresa la condición de persona jurídico-penal, sino que la autoobservación debe presentar cierta complejidad. Por ello, al igual que no todos los seres humanos tienen capacidad de culpabilidad, tampoco todas las empresas tienen la suficiente complejidad para que les sea atribuida tal capacidad (p. 117).

En quinto y último lugar, en este segundo capítulo de su obra, GÓMEZ-JARA hace frente a la objeción de que la empresa no puede ser *destinataria de la norma de conducta* porque carece de capacidad de acción. Según la objeción, el destinatario de la norma de determinación es, en todo caso, la persona física que actúa en nombre de la empresa y esta última es, únicamente, destinataria de una norma de valoración; así, por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ entiende que la falta de libertad y autoconciencia de la persona jurídica impide que ésta sea destinataria de la norma de determinación (en esta línea, aunque con diferencias, GRACIA MARTÍN). Frente a estos planteamientos, GÓMEZ-JARA considera que se puede prescindir de las normas de conducta en Derecho penal y abrir así las puertas a la responsabilidad penal de la empresa (p. 125). El autor también debe responder a SCHÜNEMANN, quien precisamente con base en la teoría de los sistemas formula una objeción a la consideración de la empresa como destinatario de la norma penal, a saber, que las normas dirigidas a los individuos son distintas de las dirigidas a la organización empresarial: mientras las primeras se dirigen a proteger directamente bienes

jurídicos, las segundas los protegen indirectamente, pues su contenido es el de mantener una organización perfecta que prevenga la comisión de delitos. Estas normas dirigidas a las empresas forman parte del Derecho reflexivo (sistemas autopoieticos) y a su infracción no se debe responder con penas, sino con medidas de seguridad. GÓMEZ-JARA considera que este planteamiento incurre en el error de no admitir que también el individuo es un sistema autopoietico y que, por ello, el Derecho puede responder del mismo modo a la infracción de normas cometidas por aquél que a la infracción de una norma por parte de una empresa; en su opinión, la diferencia estructural entre normas dirigidas a individuos y normas dirigidas a la organización empresarial que predica SCHÜNEMANN no existe (p. 130). En definitiva, GÓMEZ-JARA considera que desde una perspectiva sistémica, empresa e individuo son sistemas autopoieticos cuya actuación el Derecho no puede pretender conducir de manera inmediata desde el exterior. El Derecho solamente estimula la autoconducción de los sistemas, tiene frente a ellos expectativas normativas de organización a cuya defraudación (infracción de la norma) puede responderse con la pena (p. 132).

III

Tras responder a las objeciones a la construcción de una responsabilidad penal de las empresas, GÓMEZ-JARA dedica la siguiente parte de su obra a analizar los posibles *modelos de fundamentación de la culpabilidad empresarial* propuestos en la doctrina (capítulos III y IV). El autor los clasifica en modelos de *heterorresponsabilidad* (atribución de la culpabilidad ajena) y modelos de *autorresponsabilidad* (atribución de la culpabilidad propia). Los modelos de heterorresponsabilidad abundan en la doctrina, pues evitan la difícil tarea de fundamentar una culpabilidad propia de la empresa. Su objetivo es encontrar un principio que permita atribuir a la empresa la culpabilidad de la persona física que actúa en su seno. En este sentido, algunos autores han propuesto el principio del beneficio derivado del hecho para la empresa, pero esta lógica parece ajena a las reglas de atribución del Derecho penal (p. 142). Por ello, han aparecido otras propuestas como la de HAFTER, quien, a partir de la voluntad de los miembros de la empresa, construye una voluntad propia de esta última; esto le permite fundamentar la culpabilidad de la «persona conjunto» y diferenciarla de la de sus miembros, aunque, a su vez, la hace depender de estos últimos (p. 143-145). Por su parte, BUSCH considera que la empresa o asociación puede cometer delitos, los cuales son la expresión del espíritu normativo de la asociación; este autor fundamenta la culpabilidad de la colectividad en la infracción por parte de todos sus miembros de sus deberes (en cuanto a la formación del espíritu de la asociación), infracción que solamente puede suponerse. Esta suposición de la infracción de deberes por parte de los miembros de la asociación (culpabilidad supuesta con base en su participación económica en la asociación) hace que la concepción de BUSCH sea inadmisibile; además, se trata, de nuevo, de una culpabilidad empresarial derivada de la culpabilidad individual de los miembros (p. 149). Otra propuesta que GÓMEZ-JARA analiza es la construcción de la culpabilidad empresarial como una culpabilidad por la organización defectuosa de la propia empresa o por la ausencia de tal organización (*Organisationsverschulden*). Para esta concepción de la culpabilidad (TIEDEMANN, BRENDER), que nace esencialmente para el Derecho contravencional y ha sido progresivamente desplazada al Derecho penal, la omisión de las medidas dirigidas a asegurar un funcionamiento

empresarial no delictivo (infracción de los deberes de garante de la empresa) permite hacer a la empresa responsable de las infracciones cometidas por la persona física (hecho de conexión) (p. 152). El problema de la no coincidencia temporal de la infracción de deberes de la empresa y el hecho de la persona física lo resuelve TIEDEMANN mediante el recurso a la estructura de la *actio libera in causa*. En este planteamiento, la culpabilidad de la empresa no solamente permite hacerle responsable de su déficit de organización, sino de los hechos delictivos cometidos por sus personas físicas. GÓMEZ-JARA considera que, en primer lugar, al exigir un hecho de conexión, esta concepción no logra resolver satisfactoriamente los casos de «irresponsabilidad organizada»; en segundo lugar, añade que la única posibilidad que esta teoría ofrece a la empresa para quedar exenta de culpabilidad es la demostración de que no existe el hecho de conexión, pues una vez éste queda probado, se afirma automáticamente su culpabilidad; en su opinión, ello no es admisible, pues implica prácticamente una especie de responsabilidad objetiva (p. 159); en tercer y último lugar, este planteamiento tiene la consecuencia indeseada de que, al transferirse la culpabilidad de la persona física responsable a la empresa, la culpabilidad de esta última excluye la de la persona física que ejecutó el hecho. Semejantes problemas presentan también, según GÓMEZ-JARA, otros conceptos de culpabilidad empresarial contruidos sobre la base de la culpabilidad del órgano (SCHROTH y, aunque en otros términos, HIRSCH y EHRHARDT), pues aquéllos hacen depender de nuevo la construcción de la culpabilidad empresarial de una culpabilidad ajena que, esta vez, es de naturaleza colectiva (p. 163, p. 166, p. 169 s.). En opinión del autor, el camino correcto a seguir es el de fundamentar una responsabilidad propia de la empresa que no conlleve la exclusión de la responsabilidad de la persona física que actúa y que, al tiempo, admita causas de exclusión de la culpabilidad; ello puede lograrse con apoyo en la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos, entre los que se cuenta tanto la empresa como el ser humano (p. 174 s.).

A continuación (capítulo IV) el autor examina los modelos de responsabilidad penal genuina de la empresa y, en concreto, las propuestas de LAMPE y de HEINE. LAMPE parte de que las empresas con tendencia criminal pueden considerarse «sistemas de injusto» de los que surgen «injustos de sistema», esto es, comportamientos que lesionan bienes jurídicos y que o bien concuerdan con la filosofía de la empresa (responsabilidad por la filosofía de la empresa) o bien son favorecidos por su estructura organizativa (responsabilidad por la organización empresarial). Para fundamentar la responsabilidad de la empresa es necesaria la concurrencia de un injusto personal de uno de sus miembros, al igual que en el delito imprudente se requiere un resultado. La concurrencia de cualquiera de estos dos injustos de sistema da lugar a un reproche ético-social dirigido a la empresa, en concreto, a su «defectuoso carácter empresarial». Ahora bien, la afirmación de la responsabilidad empresarial no excluye la responsabilidad de las personas físicas que tenían el deber de generar una correcta filosofía empresarial o de organizarla. El concepto de culpabilidad por el carácter en el que se basa LAMPE para afirmar la responsabilidad penal de la empresa ha sido fuertemente criticado, en primer lugar, porque no existe propiamente un “carácter” de la empresa; sin embargo, desde la teoría de los sistemas, la capacidad de autorreflexión que va vinculada al carácter también puede predicarse de sistemas autopoiéticos distintos al ser humano, así que esta crítica no es definitiva (p. 183 s.). Más difícil de superar es la segunda crítica dirigida al concepto de culpabilidad que maneja LAMPE, a saber, que la culpabilidad por el

carácter es una concepción claramente rechazada por la dogmática moderna (p. 184). El mismo LAMPE ha intentado superar esta crítica arguyendo que su concepción respeta el principio del hecho: el hecho de la empresa es la misma existencia de la filosofía o de la organización empresariales. GÓMEZ-JARA valora positivamente la defensa que LAMPE hace de su planteamiento, pero considera que sería más convincente definir la pena impuesta a la empresa con base en la teoría de la prevención general positiva, esto es, como la respuesta a la responsabilidad por el ejercicio defectuoso de su libertad organizativa (p. 185). Por su parte, HEINE concibe la responsabilidad penal de la empresa como la gestión defectuosa de los riesgos de la actividad empresarial. Esta gestión defectuosa constituye una infracción de los deberes de garante de evitación de tales riesgos. Esos deberes surgen del dominio funcional-sistémico (en los términos del Derecho reflexivo de la teoría de los sistemas) que tiene la empresa. Para poder afirmar la responsabilidad penal de esta última es necesaria, junto a la gestión defectuosa, la concurrencia de una realización externa del riesgo típico de la empresa. Sin embargo, con el objetivo de abarcar tanto la dimensión temporal de la responsabilidad de la empresa (el hecho de que generalmente los déficits en la gestión del riesgo se desarrollan durante mucho tiempo y no pueden reconducirse a decisiones individuales) como la actitud empresarial (la cultura empresarial deficiente), HEINE recurre a un concepto de culpabilidad denostado en la dogmática, a saber, el de la culpabilidad por la conducción de la vida (p. 189 s., p. 192). Para superar este defecto, DANNECKER, al desarrollar el planteamiento de HEINE, sustituye este concepto de culpabilidad por el de culpabilidad como reprochabilidad, propio de la culpabilidad individual, reformulándolo en términos de reproche ético-social a la empresa. En opinión de GÓMEZ-JARA, a este planteamiento le falta una fundamentación material de la culpabilidad (p. 196).

V

GÓMEZ-JARA considera que los problemas de estos planteamientos que afirman la existencia de una responsabilidad penal genuina de la empresa solamente pueden superarse construyendo la culpabilidad empresarial a partir de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos. A ello dedica la última parte de su libro (capítulo V). Según esta teoría, el Derecho, la empresa y el ser humano son sistemas autopoiéticos: los primeros son sociales —el Derecho, funcional, la empresa, organizativo— y el último es psíquico. Por una parte, el Derecho es un sistema funcional compuesto por comunicaciones jurídicas y es autopoiético porque se reproduce mediante la producción continua de comunicaciones jurídicas en virtud de comunicaciones jurídicas anteriores. Esa autorreferencialidad determina que no tenga acceso ni al sistema empresa ni a los sistemas psíquicos, sino que construya una imagen de ellos a la que atribuye comunicaciones jurídicas; estas últimas son, en el del sistema del Derecho penal, comunicaciones jurídico-penales. Ahora bien, para atribuir comunicaciones jurídico-penales de culpabilidad/pena a un sistema, el sistema jurídico-penal exige que el sistema en cuestión presente determinados indicios de autorreferencialidad (p. 203 s.). Por otra parte, la empresa es un sistema organizativo compuesto por decisiones; su autopoiesis, consistente en la reproducción continua de decisiones, la cierra frente a los entornos humano y social, así que solamente puede construir una imagen de ellos. Esa construcción de las propias realidades permite a la empresa desarrollar una capacidad epistemológica (conocimiento organizativo) y de aprendizaje que la dotan de la complejidad

suficiente para predicar de ella la capacidad autoorganizativa y de autorreflexión que la independizan del entorno (p. 204).

GÓMEZ-JARA considera que la teoría que permite incorporar el paradigma de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos al ámbito del Derecho penal es el normativismo funcionalista de JAKOBS, quien, si bien no acepta todos los postulados de la teoría de los sistemas y llega a conclusiones distintas de las de esta última, parte de que la sociedad es comunicación y ofrece un concepto de culpabilidad (funcional-personal) que puede ser compatible con el paradigma de la teoría de los sistemas. GÓMEZ-JARA se apoya en ese concepto de culpabilidad, pero lo reformula de la mano de la teoría epistemológica adoptada por la teoría de los sistemas, a saber, el constructivismo operativo, y elabora un *concepto constructivista de culpabilidad* que le permite fundamentar la culpabilidad empresarial —la cual es, precisamente, rechazada por JAKOBS— (p. 210 ss.). GÓMEZ-JARA también se distancia del planteamiento de BACIGALUPO SAGGESE, quien, si bien parte de la teoría de los sistemas, fundamenta la responsabilidad empresarial en la actuación de personas físicas y en el hecho de conexión y, de este modo, propone, en realidad, un modelo de heterorresponsabilidad empresarial (p. 212 s.). El concepto constructivista de culpabilidad de GÓMEZ-JARA parte de que la sociedad se explica como comunicación y, por ello, delito y pena también son comunicaciones (expresión de sentido que cuestiona la vigencia de la norma y expresión de sentido que reafirma tal vigencia, respectivamente) que tienen lugar en la sociedad. Este planteamiento se enriquece con el concepto de la comunicación personal, en la que el participante reconoce al otro como igual, como persona y, de ese modo, se reconoce a sí mismo como persona. Así pues, la comunicación personal define a los individuos como personas. Cuando entre los sujetos se generan expectativas (comunicaciones) sobre comportamientos y sobre expectativas ajenas se desencadena un proceso de reflexión social que desemboca en la institucionalización de expectativas sociales. Y la teoría de los sistemas identifica precisamente las expectativas reflexivas como determinantes del nacimiento de la autopoiesis social. Cuando las expectativas se rigen por el esquema derecho/deber, se pueden denominar normativas y dan lugar a la autopoiesis jurídica (p. 217). Con todo, GÓMEZ-JARA es consciente de que a este planteamiento se le dirigen numerosas críticas: además de las habituales (que la culpabilidad carece de fundamento material y que conduce a instrumentalizar al individuo), se critica que el planteamiento no explica por qué es necesaria la ejecución de la pena para reestabilizar la vigencia de la norma y no basta con la sentencia y, además, que la argumentación del normativismo funcionalista es circular (p. 218 s.).

A continuación, GÓMEZ-JARA desarrolla *el concepto de persona en el Derecho penal empresarial*. El autor parte del concepto de persona de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, para la que la persona en Derecho es un constructo propio del sistema jurídico, constructo al que se le atribuyen libertades y deberes y que constituye una identidad unitaria indivisible a la que se dirige la imputación («limitación individualmente atribuida de posibilidades de comportamiento»). El sistema jurídico no tiene acceso al interior de la persona (sea la psique, sea la organización empresarial), el cual no comunica nada al sistema jurídico, sino que, a lo sumo, lo irrita (es energía, no información). Por ello, el sistema jurídico solamente construye una imagen jurídica (normativa) de la persona. Esta última sirve de acoplamiento estructural entre el sistema

jurídico y el psíquico y entre aquél y el sistema empresarial (p. 222 ss.). Ahora bien, el sistema jurídico no dota a cualquier cosa de la condición de persona, sino que exige cierta autorreferencialidad a un sistema para considerarlo persona jurídico-penal. Mediante sus comunicaciones jurídicas (las expectativas normativas), el sistema jurídico atribuye a la persona derechos y deberes, que puede definirse entonces como haz de derechos y deberes o punto fijo de expectativas normativas (p. 226). Para que la persona como constructo comunicativo del Derecho tenga vigencia, es necesario que las normas de ese sistema estén vigentes; por eso, en caso de que se cuestione la vigencia de la norma, ésta debe ser reafirmada; tal reafirmación de la vigencia de la norma es, a la vez, reafirmación de la condición de persona (p. 226). En el sistema jurídico-penal, la persona se caracteriza por una fidelidad al Derecho que es estandarizada y que no puede entenderse como actitud interna, pues el interior de la persona es inaccesible al sistema jurídico-penal. La fidelidad al Derecho es, pues, el rol de ciudadano fiel al Derecho. A este respecto, GÓMEZ-JARA, siguiendo a JAKOBS, precisa que el sistema jurídico-penal atribuye el rol de ciudadano fiel al Derecho (vinculado a la culpabilidad) solamente a la persona jurídico-penal activa, concepto que coincide con el de sujeto activo —y no a la persona jurídico-penal pasiva (sujeto pasivo). La persona jurídico-penal activa es aquella que dispone de la competencia para enjuiciar de modo vinculante el Derecho y que actúa conforme a un esquema de deber y libertad. A ello añade JAKOBS que a la persona jurídico-penal activa se le debe adscribir una autoconciencia comunicativamente competente, que este último autor reduce a los seres humanos y GÓMEZ-JARA, en cambio, extiende a ciertas empresas suficientemente complejas para ser consideradas sistemas autopoieticos (p. 227). En efecto, GÓMEZ-JARA considera que la empresa puede encuadrarse en el concepto de persona jurídico-penal activa porque, aun cuando no tiene capacidad de acción, sí tiene capacidad de autoorganización, la cual es un equivalente funcional de la capacidad de acción de las personas individuales e implica que la empresa esté dotada de libertad (competencia organizativa) para respetar las normas penales o cuestionar su vigencia. El autor considera que la tesis de que la empresa tiene aquella competencia organizativa que es requisito para poder afirmar su personalidad jurídico-penal activa viene respaldada por los planteamientos de HEINE y BOTKE. Según el primero, el dominio de la organización funcional sistémico por parte de la empresa es un equivalente del dominio del hecho propio del Derecho penal individual; según el último, la empresa tiene atribuida la competencia sobre la organización de una serie de contactos sociales. Pues bien, ambos planteamientos van en la línea de construir una competencia organizativa de la empresa que permite fundamentar su responsabilidad penal (p. 230 ss.). Además, la explicación de la competencia del mismo JAKOBS le proporciona argumentos que refuerzan su tesis: a la persona se le atribuye un ámbito de organización con el deber de que de él no se desprendan riesgos no permitidos y, como sinalagma de esa libertad, se le carga con la consiguiente responsabilidad por las consecuencias derivadas de la propia organización (p. 236). Para GÓMEZ-JARA, la atribución de capacidad autoorganizativa a la empresa deriva de que esta última es un sistema autopoietico organizativo que no consiste en la suma de sus miembros, sino de sus comunicaciones, que son las decisiones. La empresa como sistema organizativo es independiente de sus miembros y se caracteriza por la autoconducción, la autorregulación y la autoadministración; además, posee, como sistema cognoscente, un conocimiento organizativo distinto del de sus miembros. Así pues, el sistema jurídico-penal atribuye a la empresa competencia organizativa, le reconoce una libertad de

autoorganización cuyo sinalagma es la responsabilidad por las consecuencias y le dirige la expectativa “sé persona (autoorganízate) como persona y respeta a los demás como personas (de tal manera que de tu organización no deriven riesgos no permitidos para los demás)” (p. 236 ss., p. 240).

A este concepto de persona jurídico-penal, GÓMEZ-JARA añade el criterio para diferenciar qué clase de empresas gozan de culpabilidad penal. En su opinión, solamente puede predicarse la culpabilidad de aquellas empresas capaces de realizar operaciones de autoobservación tales que les permitan desarrollar la suficiente complejidad interna para poder hablar de autorreferencialidad. Cuando la autorreferencialidad es suficiente, la empresa puede convertirse en destinataria de las imputaciones jurídico-penales y, con ello, ser considerada persona en Derecho penal. En consecuencia, quedan fuera del concepto de persona jurídico-penal, por su falta de autorreferencialidad, las empresas unipersonales, las sociedades pantalla y las empresas con una complejidad insuficiente (p. 242 ss.). Estas empresas son un simple caparazón de comportamientos de personas físicas, sobre las que deberá recaer la responsabilidad penal (levantamiento del velo) (p. 247 ss). Este planteamiento es coherente con el Derecho penal individual, el cual también diferencia entre seres humanos capaces de culpabilidad y otros que no lo son, por su falta de autoconciencia (por ejemplo, los niños). Para definir la autorreferencialidad suficiente (propia de los sistemas autopoieticos de orden superior), GÓMEZ-JARA recurre a la teoría del hiperciclo desarrollada por TEUBNER (p. 246). Ahora bien, el autor admite que no es posible trazar un límite exacto entre la autorreferencialidad suficiente y la insuficiente, pues éste es un límite normativo.

Sobre la base de este concepto de culpabilidad empresarial, GÓMEZ-JARA cierra su planteamiento con el análisis de los tres elementos que, a su entender, son los fundamentos materiales de la culpabilidad: la fidelidad al Derecho como condición de vigencia de la norma, la igualdad objetivada entre las personas y la posibilidad de cuestionar la vigencia de la norma mediante un procedimiento conforme a Derecho. Los tres se sintetizan en la figura del ciudadano fiel al Derecho, cuyo equivalente funcional en el ámbito empresarial es el ciudadano *corporativo* fiel al Derecho (p. 248). Para definir este último concepto, el autor parte de la doctrina estadounidense sobre el *Good Corporate Citizen*, según la cual, para cumplir ese rol de buen ciudadano corporativo, la empresa debe autorregularse a sí misma a la luz de los parámetros externos que debe cumplir, crear los mecanismos internos necesarios para controlar su actividad y evitar la producción de peligros para el entorno social (p. 252). La doctrina estadounidense ha creado, además, los llamados *Effective Compliance Programs*, una especie de indicadores de esa cultura corporativa de respeto al Derecho que sirven, también en la práctica, como medio de determinación de la culpabilidad corporativa (p. 253-258). Sobre la base de estas ideas, GÓMEZ-JARA desarrolla los fundamentos materiales de la culpabilidad empresarial. El *primero* de ellos es la *fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma*. A diferencia con lo que ocurre con las reglas de la naturaleza, la vigencia de una norma del sistema social —y el sistema jurídico-penal es un sistema social— necesita de una condición —a la persona se le impone la tarea de cumplirla—, así como, en caso de infracción, de una garantía —ser reestablecida mediante una comunicación (la pena)—. Las personas deben procurarse por sí mismas la suficiente

predisposición al cumplimiento de las normas; para que sea posible garantizar la interacción en una sociedad compleja como la nuestra, esta predisposición deber entenderse de manera estandarizada, objetivada. En caso de que la predisposición de cumplimiento al Derecho falle, el sistema debe llevar a cabo una comunicación dirigida a reestablecer la vigencia de la norma y, con ello, a reafirmar el sistema social puesto en duda por la persona infiel al Derecho (p. 259 ss.). Pues bien, esta explicación general de la fidelidad al Derecho se concreta, en el ámbito empresarial, en el concepto de fidelidad *empresarial* al Derecho. La descentralización que caracteriza nuestra sociedad se manifiesta en las organizaciones empresariales, las cuales se han constituido en unidades autónomas de organización, productoras esenciales de dos elementos característicos de la sociedad, a saber, el riesgo y el conocimiento. Ante esta realidad, el Derecho debe transformarse: ya no puede aspirar a controlar directamente el contenido de las organizaciones empresariales, sino solamente a imponer a las empresas la tarea de «procurarse la necesaria fidelidad el Derecho» (p. 262) y a controlar el contexto en el que estas últimas ejecutan, mediante su autorregulación, tal tarea —es decir, el Derecho solamente puede pretender regular la autorregulación— (p. 263 ss.). En concreto, la autorregulación de la empresa consiste en la actividad de esta última dirigida a generar su propia fidelidad al Derecho (p. 270), a mantener una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho mediante estructuras organizativas y a asignar, para ello, responsabilidades, procesos y recursos (p. 272). Una cultura empresarial de incumplimiento del Derecho, que no puede reconducirse a decisiones concretas, sino que está generada por la misma organización, cuestiona la vigencia de las normas y, por ello, constituye el equivalente funcional de la culpabilidad individual (p. 273).

El *segundo* fundamento *material* de la culpabilidad es la *igualdad objetivada entre las personas*. El reconocimiento de la igualdad entre las personas unido a la estandarización en el sistema jurídico-penal de la voluntad de cumplir con la norma (deber de fidelidad al Derecho) implica que cuando se releva a alguien de ese estándar objetivo, ese sujeto deja de ser considerado persona y por ello no se le puede imponer una pena. En cambio, si aquél de quien se espera que cumpla con el estándar de la fidelidad al Derecho, esto es, aquél que es tratado como persona —porque se le asigna competencia para cuestionar la vigencia de la norma (tiene libertad de organización)— no respeta ese estándar de fidelidad al Derecho, se puede afirmar su culpabilidad e imponerle una pena en reconocimiento de su estatus de persona (p. 274 s.). Así pues, el concepto de culpabilidad se basa en la objetividad de la persona construida por el sistema social, no en la subjetividad del individuo (p. 276 s.). Pues bien, el sinalagma libertad de organización-responsabilidad por las consecuencias tiene su equivalente funcional en el ámbito empresarial, a saber, el sinalagma libertad de (*auto*)organización-responsabilidad por las consecuencias de la *actividad empresarial*. Según este sinalagma, la empresa que en el ejercicio de su libertad de (*auto*)organización —la cual tiene su base en la libertad de empresa reconocida por la Constitución y en la obligación de controlar el riesgo generado dentro de los márgenes del riesgo permitido (p. 283)— infrinja su deber de mantener su esfera de organización dentro de los límites del riesgo permitido, deberá ser hecha responsable de las consecuencias (p. 278). De este modo, GÓMEZ-JARA logra construir la culpabilidad empresarial sin recurrir a conceptos rechazados por la doctrina, como la culpabilidad por el carácter o la conducción de la vida. En

efecto, el autor considera que la empresa es culpable *por su propio hecho*, el cual consiste en la configuración de un ámbito de organización (p. 279 s.).

El *tercer* fundamento material de la culpabilidad es que la persona tenga la *posibilidad de cuestionar jurídicamente la norma*, así como la de *participar en los asuntos públicos*. A la persona jurídico-penal se la trata como ciudadano, como alguien que puede participar en la producción común de sentido y, por tanto, puede cuestionar el sistema jurídico-penal, esto es, la vigencia de las normas. Cuando el ciudadano no emplea los mecanismos jurídicos previstos para cuestionar las normas, sino que lo hace mediante el delito, el sistema le responde con la pena. Pero nótese que la pena (y, con ello, la culpabilidad) solamente es admisible si el sistema garantiza la existencia de procedimientos jurídicos para cuestionar, dentro del sistema, las normas, sin cometer delito alguno. Por eso, en los Estados injustos en los que no se prevea un mecanismo jurídico dentro del sistema para cuestionar las normas, no puede legitimarse la culpabilidad. En consecuencia —y en este punto el autor se arrima a los planteamientos de KINDHÄUSER y GÜNTHER—, la pena solamente es legítima en una democracia deliberativa y jurídico-estatal (p. 286 s.). Pues bien, para poder afirmar la culpabilidad de la empresa, es necesario poder afirmar que la empresa tiene la posibilidad de participar en la producción común de sentido y en los asuntos públicos. Eso no significa que las posibilidades de participar en las instituciones democráticas de persona física y empresa deban ser las mismas (es evidente que no lo son, pues la persona jurídica no puede votar), sino que ambas han de reunir un mínimo de posibilidades de participación en los asuntos públicos. Y en términos de la teoría expresiva de la pena (FEINBERG), la empresa puede tener perfectamente un potencial expresivo equivalente al de las personas individuales: es reconocida en la sociedad como una presencia singular y tiene capacidad de expresar juicios morales independientes; de este modo, participa en la conformación de las normas sociales (aunque no pueda votar) y reúne, así, el mínimo de ciudadanía necesaria para tener culpabilidad (p. 291 ss.). Para terminar, GÓMEZ-JARA añade dos matices a la tesis su trabajo: por una parte, que los fundamentos propuestos para explicar la culpabilidad son los que fundamentan a su vez la pena; por otra, que debe tenerse en cuenta que la imposición de la pena a la empresa tiene un efecto positivo (prestación, no función) de promover o estimular la autorresponsabilidad empresarial (p. 298 ss.).

VI

La propuesta de GÓMEZ-JARA es coherente y, como indicó JAKOBS en el informe sobre su tesis doctoral, la cual dio lugar a esta monografía (p. 20), quienes rechacen sus propuestas deberán enfrentarse a un aparato argumentativo muy potente. Ciertamente, el trabajo de GÓMEZ-JARA no es solamente un trabajo muy formativo para el lector, sino que, además, afronta el problema de la responsabilidad empresarial de un modo novedoso. El autor formula una propuesta fuerte tanto en cuanto al método adoptado como en cuanto a las tesis defendidas. El resultado: la construcción de un concepto de culpabilidad capaz de abarcar, sin ser forzado, una responsabilidad penal genuina de la empresa que no depende de la previa constatación de la responsabilidad penal de sus miembros. Ahora bien, su planteamiento suscita algunas dudas, que expongo brevemente a continuación.

En primer lugar, el autor tiene la pretensión de construir una responsabilidad penal empresarial tal que pueda constatarse incluso en los supuestos en los que la organización defectuosa y/o la cultura empresarial que no fomenta el cumplimiento del Derecho no pueden ser reconducidas a comportamientos individuales de los miembros de la empresa. Que en ocasiones es realmente imposible explicar en términos de responsabilidad individual cómo una empresa ha llegado a tener organización defectuosa o una cultura delictiva es un hecho cierto. Y es ese hecho el que explica planteamientos como el de LAMPE o el de HEINE, ambos preocupados por dar cabida en el Derecho penal a esas situaciones (de filosofía u organización de empresa) no reconducibles a comportamientos individuales. Sin embargo, la pregunta es si esa dificultad o imposibilidad justifica la transformación del concepto de responsabilidad penal. Es cierto que la sociedad ha evolucionado, pues ha pasado de ser una sociedad de individuos a convertirse en una sociedad de las organizaciones. Sin embargo, ello no significa que el Derecho penal deba transformarse para extender el concepto de responsabilidad penal a esas organizaciones y bien podría sostenerse que el Derecho penal debe seguir limitado al mundo de la responsabilidad individual y que, para hacer frente al fenómeno de los riesgos no permitidos producidos por las organizaciones (y, en concreto, por la empresa), debe recurrirse a respuestas distintas a la pena (medidas de seguridad, Derecho administrativo sancionador).

En segundo lugar, respecto al método empleado para abordar el problema, la pregunta que surge es si la teoría de los sistemas autopoieticos permite llevar a cabo un análisis *crítico* de un Derecho positivo concreto que, por ejemplo, prevea la responsabilidad penal de las empresas. Con otras palabras, la cuestión es si este método permite estudiar la legitimidad, desde una perspectiva de deber ser, de un ordenamiento jurídico-penal concreto que prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo cierto es que, en lo que alcanzo, parece que un análisis sistémico tiene la pretensión de ofrecer una descripción de cómo contempla el sistema jurídico-penal a la empresa, para sacar conclusiones sobre si la reconstruye como persona en Derecho penal o no lo hace. Por tanto, un abordaje de tales características parece tener que apoyarse en un sistema jurídico-penal concreto y, con ello, no puede ni distanciarse del sistema que es ni, por tanto, expresar su conformidad o disconformidad con él. En definitiva, el método no ofrece asideros "materiales" desde los que criticar la concreta configuración de un sistema jurídico-penal. Ahora bien, en la medida en que el autor afirma que los presupuestos que han de concurrir para que el sistema jurídico-penal atribuya la condición de persona dependen del entendimiento que tiene la sociedad de tales sistemas (p. 311), parece distanciarse de la identificación de sistema jurídico-penal con legislación penal y, con ello, parece abrir la puerta a la posibilidad de que el entendimiento social del sistema jurídico-penal y la legislación penal no coincidan; si esto es así, su método sí permite criticar una legislación penal concreta.

GÓMEZ-JARA tiene razón cuando afirma que la teoría de los sistemas sociales autopoieticos no da pie a un relativismo absoluto en la construcción de la persona (un *anything goes*), pues los sistemas sociales no atribuyen la condición de persona a cualquier cosa, sino que exigen la concurrencia de determinados rasgos (p. 224 s.). No obstante, sí es cierto que esta perspectiva metodológica da lugar a un cierto relativismo, en la medida en que el estatus de persona depende

de la configuración del sistema jurídico-penal o, en todo caso, del entendimiento social del sistema jurídico-penal y no de comunicaciones de otros sistemas como la ética social —pues estas últimas son entorno para el sistema jurídico— ni depende, por supuesto, de realidades ontológicas preexistentes, de modo que, al final, se incurre en una especie de inmanencia.

Así pues, hay que partir de que el método elegido tiene una pretensión descriptiva y no crítica respecto al sistema jurídico-penal y es dentro de ese marco donde debe dialogarse con la propuesta de GÓMEZ-JARA. El aspecto que, desde esta perspectiva, resulta más problemático es la determinación de cuál es el entendimiento social del sistema jurídico-penal. Parece que este “entendimiento social” no es tan inequívoco y claro que no podamos discutir sobre su contenido exacto, pues la descripción que se lleve a cabo de ese «entendimiento social» del sistema jurídico-penal depende de la propia perspectiva de quien contempla el entendimiento social en cuestión. En concreto, tan posible es afirmar que la sociedad entiende el sistema jurídico-penal como un sistema que solamente requiere la autopoiesis de otro sistema (en este caso, de la empresa) para atribuir a este último la condición de persona jurídico-penal, como que el entendimiento social del sistema jurídico-penal considera que, para que el sistema jurídico-penal atribuya a otro sistema la condición de persona, es, además, necesario que el sistema “candidato” a ser considerado persona jurídico-penal presente la capacidad de recibir un reproche ético-social. GÓMEZ-JARA despoja a las comunicaciones del sistema jurídico-penal de una dimensión ético-social, la cual parece ser una comunicación propia de otro sistema distinto y, por tanto, entorno para el sistema jurídico-penal. Sin embargo, como bien analiza el autor, para muchos autores la pena es reproche ético-social, lo cual les permite diferenciarla de otras sanciones del ordenamiento jurídico. De algún modo, para ellos, las comunicaciones del sistema jurídico-penal tienen un contenido ético. Y la pregunta que entonces se plantea es si ese modo distinto de construir las comunicaciones del sistema jurídico-penal puede traer consigo la consecuencia de que la persona jurídico-penal, constructo del sistema jurídico-penal, no solamente sea un sistema autopoietico, sino, además, un sistema dotado de capacidad de comportamiento ético. Desde luego, ello traería consigo dificultades para atribuir a la empresa la condición de persona jurídico-penal, esto es, para que el sistema jurídico-penal la incluyera en su constructo de persona, pues la empresa carecería, en un sistema penal así concebido, de la capacidad para cuestionar mediante el delito la vigencia de la norma. En definitiva, la pregunta es si a partir de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos no puede llegarse a una conclusión distinta a la del autor, en la medida en que se conciba en términos distintos el sistema jurídico-penal y sus comunicaciones (delito-pena). A esta cuestión podría responderse, desde la teoría de los sistemas, que, aun en caso de que se aceptara la idea de que las comunicaciones jurídico-penales tienen un contenido ético, no sería admisible que el sistema jurídico-penal exigiera, para otorgar a otro sistema la condición de persona en Derecho penal, que el sistema en cuestión tuviera la capacidad de recibir un reproche ético-social. Y ello, porque tal capacidad ética es algo que pertenece al interior del sistema y, por tanto, no es accesible al sistema jurídico-penal. No obstante, a esta hipotética respuesta proveniente de la teoría de los sistemas podría objetársele que sí sería admisible admitir la exigencia de que la sociedad (desde fuera del sistema) contemple (construya) al sistema (sea éste psíquico, sea éste una empresa) como capaz de recibir un reproche ético. Y, entonces, cabría, por lo menos, discutir si la sociedad considera a la empresa

capaz de recibir un reproche de tales características. En definitiva, la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos como método para enfrentarse a la pregunta de si existe una responsabilidad penal de las personas jurídicas puede conducir tanto a una respuesta afirmativa como a una respuesta negativa.

En tercer lugar, hay que destacar una aportación especialmente importante del trabajo de GÓMEZ-JARA: al definir los fundamentos materiales de la culpabilidad, el autor explica que para considerar culpable a la persona debe reconocérsele la condición de *ciudadano*, lo cual implica que el sistema debe prever procedimientos jurídicos para cuestionar el orden vigente sin renegar de él (sin cometer delitos). Por ello, un Estado injusto en el que no existan tales posibilidades de cuestionar la configuración social, no puede atribuir legítimamente culpabilidad a las personas (p. 287). Este modo de fundamentar la culpabilidad permite excluir la legitimidad de la pena en Estados totalitarios o injustos y, con ello, introduce un límite *material* a la culpabilidad en Derecho penal —que, por cierto, no deriva de la teoría de los sistemas—. Si bien estas consideraciones son convincentes en lo que se refiere a la culpabilidad individual, surgen problemas a la hora de trasladarlas a la culpabilidad empresarial. GÓMEZ-JARA considera que, pese a carecer del derecho al voto, la empresa sí reúne un mínimo de estatus de ciudadanía que permite afirmar su posibilidad de intervenir en lo público y en la producción común de sentido. En concreto, para poder fundamentar la culpabilidad empresarial es necesario que la empresa tenga a su alcance, al igual que las personas físicas, mecanismos jurídicos para cuestionar la vigencia de la norma sin tener que cometer para ello delito alguno. En el caso de una persona física, el Estado democrático le ofrece la posibilidad de cuestionar las normas vigentes, en concreto, mediante el ejercicio del derecho al voto. Sin embargo, las empresas no son titulares de tal derecho y, por ello, se plantea la duda de si los elementos que constituyen, según GÓMEZ-JARA, la ciudadanía mínima de las empresas —a saber, esa presencia singular de la empresa, así como su capacidad de expresar juicios morales independientes— son suficientes para afirmar que estas últimas tienen a su alcance mecanismos jurídicos para cuestionar la vigencia de la norma. Y es que, aun cuando la empresa gozara de la capacidad de expresar juicios morales que le permitiera discrepar de las normas vigentes, lo cual es muy discutible, ¿sería tal capacidad un equivalente funcional de los mecanismos jurídicos que tiene a su alcance la persona física para cuestionar la vigencia de tales normas?, ¿permitiría esa capacidad fundamentar la culpabilidad de las empresas con la misma legitimidad que se fundamenta la culpabilidad de las personas físicas con derecho al voto? Es muy dudoso que pudiera afirmarse tal equivalencia.

En cuarto lugar, la propuesta de GÓMEZ-JARA de construir una culpabilidad genuinamente empresarial suscita muchas preguntas en torno a cómo se deben definir los elementos de la teoría del delito de la empresa penalmente responsable (dolo, imputabilidad, exigibilidad, etc.) sin buscarlos en el comportamiento de las personas físicas que forman parte de ella. Alguien podría pensar que la culpabilidad empresarial es análoga a la culpabilidad individual, pero el autor rechaza expresamente esa idea y pretende construir una culpabilidad empresarial que sea un equivalente funcional de la culpabilidad individual. Así pues, GÓMEZ-JARA se ve obligado a seguir uno de estos dos caminos: o el de reformular los elementos de la teoría del delito y despojarlos, necesariamente, de elementos psíquicos, o el consistente en admitir una serie de

equivalentes funcionales de las categorías del Derecho penal individual. Esta última es la solución por la que se decanta el autor, claramente en lo que respecta a la imputabilidad y a los elementos cognitivos como el dolo. No obstante, esta solución suscita una pregunta: para construir en la empresa el equivalente funcional del dolo, ¿no es acaso inevitable partir de los conocimientos de personas físicas miembros de la empresa? Y si eso fuera así, tendríamos una especie de problema de “doble valoración”, porque un mismo elemento, como, por ejemplo, los conocimientos del administrador de una sociedad, serviría para construir su responsabilidad individual y, a la vez, para conformar el conocimiento perteneciente “a la empresa”. En definitiva, la duda que la propuesta de GÓMEZ-JARA suscita es si, al final, es irremediable llevar a cabo una “transferencia” de los elementos del delito desde los miembros (personas físicas) de la empresa a esta última para construir los elementos de la responsabilidad penal empresarial y si, en este sentido, tiene razón JAKOBS cuando afirma que la construcción de la responsabilidad penal empresarial debería bloquear la posibilidad de castigar a las personas físicas responsables (en el planteamiento de GÓMEZ-JARA, corresponsables con la empresa) del delito. Probablemente la respuesta de GÓMEZ-JARA es que, aun cuando un mismo elemento cognitivo dé lugar a dos comunicaciones distintas (la de la empresa y la de la persona física), ello no implica una doble valoración, pues a cada uno se le castiga por su comunicación, su delito. No obstante, para que esa respuesta fuera admisible debería demostrarse que las dos dimensiones de ese comportamiento de la persona física, a saber, la de delito de esta última y la de elemento del delito de la persona jurídica, afectan a dos intereses distintos, y ahí es donde vuelven a surgir los problemas.

En quinto lugar, la construcción de una responsabilidad empresarial sigue preocupando cuando se examina desde el principio de personalidad de las penas. Ciertamente, en el esquema de GÓMEZ-JARA, la persona destinataria de la pena como comunicación es la empresa y, en ese sentido, el destinatario de la pena es el responsable del delito. Sin embargo, la ejecución material de la pena recae sobre personas físicas que no son las responsables del hecho de la empresa. ¿Es admisible que el aspecto aflictivo de la pena recaiga sobre una persona distinta de quien es penalmente responsable? En el planteamiento del autor, la empresa es persona porque el sistema jurídico-penal la construye como tal. Que el sistema jurídico-penal responda al delito de la empresa con la pena como comunicación jurídica, no parece problemático. Sin embargo, cuando se abandona el plano comunicativo y se analizan las consecuencias materiales de la pena, resulta que el constructo persona-empresa está formada por seres humanos —que a la vez tienen su propia condición de persona—, que son quienes sufrirán las consecuencias materiales de la pena. Y ahí es donde se plantea la pregunta de si es posible “comunicar” mediante la pena a la empresa, como persona construida del sistema, una comunicación jurídica, sin que éste constructo tenga una base cognitiva propia que sufra la parte cognitiva de la pena. Quizá hay que preguntarse si no existen acaso límites externos al constructivismo propio de la teoría de los sistemas.