

Para muestra... el caso Boeing

El 23 de diciembre de 2023, en la Comisión de Justicia del Senado de los Estados Unidos se iniciaba la sesión con una llamativa declaración de su presidente: «*No puede haber dos sistemas de justicia – uno para las ricas compañías y sus ejecutivos y otro para los americanos de a pie*»¹. Esta manifestación puede resultar extraña en el país que “inventó” la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, encierra una gran verdad. En efecto, en el Derecho penal económico norteamericano las cosas funcionan del siguiente modo. De entrada, cuando se dan indicios de la comisión de un delito económico, estos son investigados por la Fiscalía –por los *Public Prosecutors* del *Department of Justice*–. Ahora bien, tan pronto como se obtiene un material incriminatorio suficiente, el caso no se judicializa sin más, ni siquiera se inicia una negociación –un *plea bargaining*– encaminada a obtener una sentencia –un *guilty plea*– de conformidad. Lo más frecuente es que se ofrezca a la empresa en cuestión un acuerdo de no persecución –*nonprosecution agreement*– o de posposición condicionada de la persecución –*deferred prosecution agreement*–². Cabe discutir sobre las razones de esta práctica. Se diría que es la forma de obtener una solución eficiente del caso. En efecto, en el marco de los acuerdos (i) las empresas abonan cantidades muy importantes en concepto de «sanciones pecuniarias» –sin castigo–, adquieren determinados compromisos en cuanto a su reorganización y entregan algunos «chivos expiatorios» de entre los integrantes de la dirección media y baja; (ii) la respectiva persona jurídica no es condenada; y (iii) el Fiscal gana el caso. Sin embargo, no hace falta ser muy perspicaz para advertir además que, de este modo, los administradores –*directors*– y los altos directivos de las compañías –los *officers*– quedan al margen de cualquier riesgo de punición. Ello condujo en su día a la Vicefiscal General *Sally Q. Yates* a ordenar un cambio de estrategia –en el denominado *Yates Memo*–, de modo que se persiguiera a las personas físicas que se encuentran en la cima de las grandes compañías³. Simultáneamente, ha dado lugar a que algunos autores hayan señalado que el Derecho penal corporativo senci-

¹ «*There cannot be two systems of justice – one for wealthy corporations and executives, and one for everyday Americans*».

² Al respecto, matizadamente, TURIENZO FERNÁNDEZ, «¿Oportunidad procesal en las causas penales seguidas contra personas jurídicas? Una reflexión a la luz de la práctica de los NPAs y DPAs en Estados Unidos», *InDret*, (2), 2020, pp. 508 ss.; crítico, UHLMANN, «Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements and the Erosion of Corporate Criminal Liability», *Maryland Law Review*, (72), 2013, pp. 1995 ss.

³ YATES, *Memorandum for Assistant Attorney Generals and United States Attorneys, Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, (Sept. 9), 2015. Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, 2ª ed., 2016, pp. 421 ss.

llamente no existe en los Estados Unidos, o que existe, pero «en broma»⁴.

Según parece, Boeing seguía una política de aceleración del ritmo de la producción, deslocalización de la fabricación de los componentes de los aviones y reducción de costes. Así las cosas, en 2018 y 2019 tuvieron lugar dos accidentes de su aparato 737 Max, en concreto en el vuelo 610 de *Lion Air* y en el vuelo 302 de *Ethiopian Airlines*, que dieron lugar a centenares de muertos. De forma extrañamente inteligible para un observador no norteamericano, la Fiscalía le imputó a la compañía solo una conspiración para defraudar a la autoridad aérea norteamericana. Ahora bien, pese a las admoniciones efectuadas pocos años antes por Sally Yates, volvió a las andadas y en 2021 acabó ofreciendo a Boeing un *deferred prosecution agreement*, esto es, un acuerdo de no persecución condicionado al pago de ciertas sumas millonarias y la realización de mejoras en sus sistemas de seguridad y de *compliance*. En el contexto del acuerdo, Boeing «entregó» a dos empleados de segundo nivel, abonó 2.500 millones de dólares –243,6 millones de «sanción pecuniaria», 1.700 millones de compensación a sus clientes empresariales y 500 millones de compensación a los centenares de víctimas de los accidentes–. En 2024, al hilo de la producción de nuevos fallos en otros aviones, se ha constatado que Boeing infringió el acuerdo, de modo que podría parecer que ahora sí se la perseguirá. Sin embargo, según lo publicado en estos últimos días, todo parece indicar que ha alcanzado un nuevo acuerdo –ahora un *plea deal*–, admitiendo su responsabilidad por fraude –solo por fraude– en el que se integran nuevas sanciones pecuniarias, así como la monitorización de su seguridad por parte de un tercero independiente.

¿Y qué está pasando con los administradores y directivos de Boeing? Nada. La Fiscalía norteamericana sostiene que llevar a juicio a la compañía y a sus ejecutivos es demasiado arriesgado, pues podría haber absoluciones. A este respecto, se alude a que, de los dos empleados que «entregó» en su día, solo uno fue juzgado y, por cierto, absuelto. Lo que no se añade es que la absolución tuvo lugar porque el acusado convenció al jurado de que era un chivo expiatorio. Por lo demás, en otro orden de cosas –muy significativo–, no deja de haber comentarios en el sentido de que una acusación –y no digamos una condena– podría hundir a Boeing, que es una compañía estratégica en Estados Unidos desde muchos puntos de vista. A este respecto, lo cierto es que el nuevo acuerdo no establece ninguna restricción para Boeing. En concreto, no limita que pueda acceder a la contratación pública. En definitiva, la lógica de los acuerdos parece favorecer a todo el mundo... salvo a la justicia y los derechos de las víctimas.

A propósito de las grandes empresas, todo indica que sigue vigente la máxima lapidaria establecida hace una década por Brandon GARRETT⁵. Son demasiado importantes en el tejido social –*too big*–..., no solo para ir a la cárcel –*to jail*–, sino también para que el Estado pueda asumir que un proceso penal provoque su quiebra –*to fail*–, ya sea por el impacto directo de la condena, ya por el impacto reputacional indirecto de esta, que podría hundir la cotización. Así pues, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas existe para que aquellas no respondan efectivamente, sino que alcancen acuerdos con las Fiscalías que se salden con una multa y un compromiso de mejoras del sistema de cumplimiento. Por su parte, los

⁴ LAUFER, «The Missing Account of Progressive Corporate Criminal Law», *New York University Journal of Law & Business*, (14), 2017, pp. 71 ss., 79-80; DIAMANTIS/THOMAS, «But We Haven't Got Corporate Criminal Law!», *The Journal of Corporation Law*, (47), 2022, pp. 991 ss., 1008.

⁵ GARRET, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, 2014.

administradores y altos directivos suelen quedar al margen de la persecución. En este punto, no deja de ser llamativo que los únicos altos directivos en los que supuestamente se daban los elementos para ser llevados a juicio en Estados Unidos fueran... los del grupo Volkswagen en relación con el asunto del fraude en las emisiones: ¿casualidad, especial perfidia del competidor germano o irrelevancia de este para el tejido económico y social norteamericano?

Una tesis doctrinal, crítica con la orientación del *Yates Memo*, sostiene que en las grandes corporaciones resulta imposible imputar responsabilidad a los administradores y altos directivos. El argumento con el que se sostiene tal punto de vista es que las conductas de estos sujetos son omisiones en las que no cabe advertir un título suficiente de imputación subjetiva –al menos, una imprudencia grave– que permita fundamentar su responsabilidad por un hecho concreto⁶. Así las cosas, sólo habría dos mecanismos para afrontar el problema: por un lado, (i) generalizar el modelo de una responsabilidad sin imputación subjetiva (el modelo norteamericano del *Responsible Corporate Officer*, que rige en algunos sectores concretos, como el de la contaminación del aire y de las aguas y el de la producción de alimentos y medicamentos)⁷; por el otro, (ii) establecer únicamente la responsabilidad de los subalternos y de la propia persona jurídica. Pero entonces estos últimos pueden aparecer como chivos expiatorios⁸. En efecto, en un contexto así, la responsabilidad de la persona jurídica aparecería en el mejor de los casos como una especie de sucedáneo de la auténtica responsabilidad personal de los administradores y directivos en un doble sentido. Por un lado, en términos de retribución expresiva; por el otro, en términos de prevención general intimidatoria⁹. Sin embargo, no está claro en términos empíricos cuál es el impacto de la responsabilidad de la persona jurídica sobre sus administradores y directivos, de manera que produzca efectos expresivos y/o intimidatorios sobre estos¹⁰. Además, un problema adicional es que tal repercusión pueda ser aleatoria, es decir, que paguen justos por pecadores.

En definitiva, todo parece indicar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde una perspectiva *ex post* no solo no ayuda a la persecución de los auténticos responsables de los delitos que se hayan cometido en las grandes compañías, sino que, más bien, se opone a ello. En efecto, obliga a abrir una negociación –por las graves repercusiones económicas y financieras que tendría una condena– y ese marco negociador permite incluir en el objeto de la transacción la acusación contra los administradores y los altos directivos. Al final, estos quedan fuera del procedimiento penal.

Ciertamente, esto no quiere decir que, desde una perspectiva *ex ante*, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas no desempeñe un efecto preventivo como incentivo –más poderoso que las sanciones administrativas– para implantar medidas de

⁶ BUELL, «The Responsibility Gap in Corporate Crime», *Criminal Law and Philosophy*, (12), 2018, pp. 471 ss.

⁷ TURIENZO FERNÁNDEZ, «Algunos apuntes sobre la *responsible corporate officer doctrine*», en SANTANA VEGA *et al.* (dirs.), *Una perspectiva global del Derecho Penal: Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, pp. 375 ss.

⁸ GARRETT, «The Corporate Criminal as Scapegoat», *Virginia Law Review*, (101), 2015, pp. 1789 ss.

⁹ BUELL, *Criminal Law and Philosophy*, (12), 2018, pp. 488-489: «Por lo tanto, la responsabilidad penal corporativa tiene una función de culpabilización, una que está conectada a una práctica social de culpar a las empresas y sus gerentes cuando ocurre un desastre».

¹⁰ GARRETT/LI/RAJGOPAL, «Do Heads Roll? An Empirical Analysis of CEO Turnover and Pay When the Corporation is Federally Prosecuted», *Virginia Law and Economics*, (11), 2017.

compliance que ayuden a evitar la comisión de delitos en su seno o, al menos, a facilitar la prueba de los que se cometan. Sin embargo, se convendrá que con ello el nuevo Derecho penal –administrativizado, sin juicio, sin garantías, pero también sin condenas– pasa a adoptar una curiosa faz...

En Alemania, en el marco del procedimiento administrativo sancionador previsto para las personas jurídicas en las que se cometen delitos, a Volkswagen se le impuso una sanción pecuniaria no criminal –*Geldbuße*, no *Geldstrafe*– de 1.000 millones de euros¹¹. Paralelamente, se ha seguido el proceso penal contra administradores y directivos, de modo que el próximo 3 de septiembre se inicia el juicio oral contra Martin Winterkorn, expresidente de su Consejo de Administración. Como diría un alemán: *Kristallklar* o, si se prefiere, *crystal-clear*...

Jesús-María Silva Sánchez

PD. Por cierto, el pasado mes de junio, como se auguraba en el pasado editorial¹², el Tribunal Supremo de los Estados Unidos anuló –*overruled*–¹³ la doctrina Chevron¹⁴, de deferencia interpretativa del poder judicial con respecto a las agencias administrativas.

¹¹ De conformidad con los §§ 30 y 130 OWiG (*Ordnungswidrigkeitengesetz*).

¹² SILVA SÁNCHEZ, «Editorial. Leyes penales, reglamentos administrativos y aplicación judicial. Una mirada desde los Estados Unidos», *InDret*, (2), 2024, pp. viii-ix.

¹³ En sus resoluciones *Loper Bright Enterprises v. Raimondo, Secretary of Commerce*, y *Relentless, Inc. v. Department of Commerce*, ambas de 28 de junio de 2024.

¹⁴ *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U. S. 837 (1984).