

Capítulo 1

LA EMPRESA: ¿UNA PERSONA MORAL?

APORTACIONES DE LA ÉTICA EMPRESARIAL

1. INTRODUCCIÓN

En el marco de la discusión en torno a la responsabilidad penal empresarial tanto la doctrina estadounidense como la europea otorgan una relevancia notable a la posibilidad de alzar un reproche ético o moral contra las empresas; expresado brevemente, se considera, si bien con diferentes matices, que dicho reproche es un elemento fundamental de la culpabilidad y ésta, a su vez, de la responsabilidad *penal*⁹. Pues bien, las aportaciones más importantes a la discusión en torno a dicho reproche se han producido, en lo que al sistema estadounidense se refiere, en el ámbito de la ética empresarial. Ello, en principio, no es de extrañar puesto que no en vano se considera que “entre las materias que ocupan un puesto de honor en la doctrina y la enseñanza de la ética empresarial, pocas pueden competir con el debate acerca de la responsabilidad moral de las corporaciones”¹⁰. En definitiva, la responsabilidad/culpabilidad moral de las corporaciones y su estrecha vinculación con su responsabilidad/culpabilidad penal gozan de una especial atención en el ámbito de la ética empresarial¹¹.

⁹ Vid. en torno a esta cuestión ahora sólo GÓMEZ-JARA Díez, *Culpabilidad penal*, pp. 82 ss., 87 ss.

¹⁰ PHILLIPS, *Bus.Eth.Q.* 5 (1995), p. 555.

¹¹ Debe notarse brevemente que en el ordenamiento jurídico estadounidense la culpabilidad moral despliega importantes consecuencias jurídico-positivas por medio de la distinción entre delitos *mala prohibita* y *mala in se*. Así, para condenar a una persona por un delito *mala in se*, el “Estado tiene que probar su culpabilidad moral (*moral culpability*) por infringir los mandatos jurídicos” [ARENELLA, *UCLAL.Rev.* 39 (1992), p. 1513]. De ahí que no resulte extraño, por un lado, que la discusión en torno a la culpabilidad moral (y el consiguiente reproche ético o moral) recabe tanta atención en el sistema estadounidense [vid. por ejemplo el propio ARENELLA, *UCLAL.Rev.* 39 (1992), p. 1518, quien ofrece una definición clásica de las características de la culpabilidad moral: “Un (1) agente moral debe estar implicado en (2) la infracción de una norma moral que (3) obliga,

Se puede afirmar que, en términos generales, las principales contribuciones a este debate comienzan a producirse a partir de la década de los setenta¹², hasta tal punto que pasa a convertirse en una materia habitual en los manuales de ética empresarial¹³. En este sentido, si bien se le reconoce un claro interés teórico, se considera igualmente que reviste una evidente dimensión práctica, dado que la decisión acerca de si las corporaciones deben ser moralmente responsables ayuda a determinar quién debe ser culpado por las conductas empresariales indebidas y, de esta manera, servir de control de las corporaciones¹⁴. Y es que, a este respecto, resulta necesario indicar que por responsabilidad moral de las corporaciones

de manera justa, a que el agente la cumpla bajo ciertas circunstancias (4) en las que esa infracción puede ser atribuida, de manera justa, a la conducta del agente. Se trata, en definitiva, de cuatro características: (1) capacidad de ser un agente moral; (2) infracción de una norma moral; (3) una obligación justa; (4) una atribución justa”; vid. igualmente PARRY, *Am.J.Crim.L.* 25 (1997), p. 23 autor que considera que “independientemente de si un delito en concreto está basado en un código moral, un sistema moral de responsabilidad penal exige que castigemos sólo a aquellos que han tenido una oportunidad o capacidad justa de ajustar su comportamiento al Derecho”; por otro lado, que la responsabilidad penal empresarial haya proliferado principalmente en el ámbito de los delitos *mala prohibita* –terreno natural del Derecho penal económico– donde la cuestión de la culpabilidad moral no es decisiva [para una evolución similar en la doctrina alemana vid. las referencias contenidas en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal*, pp. 89, 150 ss.]. Cfr. no obstante, LAUFER / STRUDLER, *Am.Crim.L.Rev.* 37 (2000), nota 10.

¹² Vid. entre otros CORLETT, *J.Bus.Eth.* 7 (1988), pp. 205 ss.; ÍD., *J.Bus.Eth.* 11 (1992), pp. 207 ss.; las contribuciones contenidas en CURTLER, *Shame*, passim; DONALDSON, *Corporations*, passim; ÍD., *Corporate Ontology*, pp. 99 ss.; EWIN, *J.Bus.Eth.* 10 (1991), pp. 749 ss.; FRENCH, *Am.Ph.Q.* 16 (1979), pp. 207 ss.; ÍD., *Corporate Responsibility*, passim; FRENCH / NESTERUK / RISSER, *Corporations*, passim; GARRET, *J.Bus.Eth.* 8 (1989), pp. 535 ss.; GOODPASTER / MATHEWS, *Harv.Bus.Rev.* 1982, pp. 1 ss.; GOODPASTER, *J.Bus.Eth.* 2 (1983), pp. 1 ss.; ÍD., *J.Bus.Eth.* 6 (1987), pp. 329 ss.; HOFFMAN, *J.Bus.Eth.* 5 (1986), pp. 233 ss.; KEELEY, *J.Val.Inq.* 15 (1981), pp. 149 ss.; LADD, *The Monist* 4 (1970), pp. 488 ss.; MANNING, *J.Bus.Eth.* 3 (1984), pp. 77 ss.; ÍD., *J.Bus.Eth.* 7 (1988), pp. 639 ss.; MAY, *Morality*, passim; las contribuciones contenidas en MAY / HOFFMANN, *Collective Responsibility*, passim; MCMAHON, *Bus.Eth.Q.* 5 (1995), pp. 541 ss.; METZGER / DALTON, *Am.Bus.L.J.* 34 (1996), pp. 489 ss.; OZAR, *J.Bus.Eth.* 4 (1985), pp. 277 ss.; PHILLIPS, *Bus.Eth.Q.* 2 (1992), pp. 435 ss.; ÍD., *Bus.Eth.Q.* 5 (1995), pp. 555 ss.; PFEIFFER, *J.Bus.Eth.* 9 (1990), pp. 473 ss.; ÍD., *Am.Bus.L.J.* 34 (1996), pp. 239 ss.; RANKEN, *J.Bus.Eth.* 6 (1987), pp. 633 ss.; VELASQUEZ, *Bus.&Prof.Eth.J.* 10 (1983), pp. 1 ss.; WERHANE, *Persons*, passim.

¹³ Vid. por ejemplo BEAUCHAMP / BOWIE, *Ethical Theory and Business*, pp. 56 ss.; HOFFMAN / MOORE, *Business Ethics*, pp. 183 ss.

¹⁴ Vid. el claro enfoque práctico del artículo de PHILLIPS, *Bus.Eth.Q.* 5 (1995), pp. 555 ss. y del trabajo de FRENCH / NESTERUK / RISSER, *Corporations*, pp. 1 ss., 80 ss. Baste aquí dejar constancia de que la responsabilidad moral de la corporación despliega también importantes efectos, entre otras materias, en la conocida teoría de los grupos de interés (*stakeholder Theory*) [vid. resumidamente MOORE, *J.Bus.Eth.* 21 (1999), pp. 339 ss.; de manera más extensa, si bien basándose en las diferentes concepciones existentes en torno a la corporación, PHILLIPS, *Fl.St.U.L.Rev.* 21 (1994), pp. 1073 ss. especialmente pp. 1118 ss.].

se entiende la posibilidad justificada de culpar y castigar –mediante los diversos instrumentos que ofrece el Derecho– a las propias corporaciones y *no sólo* a sus miembros individuales¹⁵. Por lo tanto, en lo que sigue se expondrán varios argumentos a favor y en contra de considerar que la empresa es una persona moral –sin poder agotar, claro está, la enorme cantidad de matices que se suscitan– haciendo especial hincapié en aquellos más relevantes para el Derecho penal. En cualquier caso, conviene apuntar ya en este estadio inicial que el núcleo del debate se centra principalmente en la capacidad de las empresas para desarrollar una suerte de *intencionalidad* corporativa (*corporate intentionality*), cuestión que, como ya se ha indicado, posee sin duda un interés especial para el debate español toda vez que la imposibilidad de alzar un reproché ético o moral contra la empresa se ha consagrado como uno de los argumentos más decisivos en contra de la responsabilidad penal empresarial.

2. ARGUMENTOS EN CONTRA DE CONSIDERAR QUE LA EMPRESA ES UNA PERSONA MORAL

Un buen punto de partida que sitúa, en principio, los términos de la discusión lo ofrecen las reflexiones de LADD en 1970¹⁶. En este conocido trabajo LADD propone concebir la existencia de un “tomador de decisiones” (*Decision-Maker*) objetivo y desvinculado, que actúa únicamente a favor de los intereses de la organización según se encuentran definidos en sus objetivos¹⁷. Dicho “tomador de decisiones” tiene en cuenta las nociones morales prevalecientes, pero sólo como características del entorno de la organización y sólo en la medida en que afectan a la eficacia de las operaciones de la organización¹⁸. Así, si bien reconoce una suerte de *intención corporativa* en las decisiones sociales (*social decisions*), señala que éstas, mientras sean racionales, estarán vinculadas a los objetivos de la corporación. Dado que los objetivos de la corporación son *puramente económicos* “las decisiones sociales (...) no puede estar gobernadas por los principios de la moralidad”¹⁹.

¹⁵ Vid. fundamental a este respecto GARRETT, *J.Bus.Eth.* 8 (1989), pp. 535 ss., acuñando el concepto de la “responsabilidad moral corporativa no-redistribuable”; PHILLIPS, *Bus.Eth.Q.* 5 (1995), pp. 555 ss., 560 ss.; GOODPASTER, *J.Bus.Eth.* 6 (1987), pp. 329 ss.

¹⁶ LADD, *The Monist* 4 (1970), pp. 488 ss.

¹⁷ LADD, *The Monist* 4 (1970), pp. 492 ss.

¹⁸ LADD, *The Monist* 4 (1970), p. 499.

¹⁹ LADD, *The Monist* 4 (1970), pp. 500 ss, 508, llega a la conclusión de que las organizaciones son “como máquinas” y que, como tales, no se puede esperar que respeten los principios morales. Cfr. no obstante GOODPASTER, *J.Bus.Eth.* 2 (1983), p. 15.

Pocos años después, KEELEY defiende igualmente una postura contraria al establecimiento de la posibilidad de actuación moral de las corporaciones²⁰, pero comienza justamente criticando a LADD. De esta manera, KEELEY señala que la concepción de LADD reconoce una propiedad a las corporaciones con base en la cual se puede establecer la acción moral: la intencionalidad²¹. Como ya se advirtió, la discusión discurre, como mínimo a partir de este punto, entre los extremos de considerar que las corporaciones pueden tener “intenciones” o, más exactamente, si se puede *describir* que una corporación ha llevado a cabo un acto “intencionadamente”. Para KEELEY la clave está en los objetivos (*goals*) de la corporación y, en este sentido, distingue tres tipos de objetivos: objetivos *para* una organización; objetivos *de* una organización y *consecuencias* de una organización²². Señala que, en realidad, no existe la segunda modalidad –los objetivos *de* la organización– y concluye que, si bien es cierto que las organizaciones poseen algunas características propias que no se pueden reducir a las características de los individuos, *la intencionalidad no es una de ellas*²³. Por tanto, al carecer de la capacidad de intencionalidad, carece de la capacidad de ser una persona moral.

En 1983 VELASQUEZ publica un trabajo sumamente conocido en el que se hace referencia expresa al Derecho penal. Su título no ofrece duda alguna respecto del contenido del mismo: “Por qué las corporaciones no son moralmente responsables de nada de lo que hacen”²⁴. Este autor distingue tres tipos de responsabilidad, interesándole especialmente la tercera modalidad: la que es empleada para indicar que una acción y sus consecuencias son imputables a un autor en concreto desde una perspectiva retrospectiva²⁵. Lo fundamental de este tercer tipo de responsabilidad es que, a diferencia, por ejemplo, de la responsabilidad compensatoria, no se puede transferir a terceras personas. Precisamente este tipo de responsabilidad es la que él considera que es la responsabilidad moral característica del Derecho penal²⁶. Dicha responsabilidad tiene lugar si, *primero*, el autor causó personalmente el acto o ayudó a causarlo a través de sus propios movi-

²⁰ KEELEY, *J.Val.Inq.* 15 (1981), pp. 149 ss.

²¹ KEELEY, *J.Val.Inq.* 15 (1981), p. 149.

²² KEELEY, *J.Val.Inq.* 15 (1981), p. 150.

²³ KEELEY, *J.Val.Inq.* 15 (1981), p. 151.

²⁴ VELASQUEZ, *Bus.& Prof.Eth.J.* 10 (1983), pp. 1 ss.

²⁵ VELASQUEZ, *Bus.& Prof.Eth.J.* 10 (1983), p. 2. Los otros dos posibles tipos de responsabilidad son, en *primer lugar*, el que indica que una persona es digno de confianza y, en *segundo lugar*, el que, por ejemplo, hace referencia a la responsabilidad de la empresa en servir al público, mostrando una orientación *ad futurum*.

²⁶ De esta manera VELASQUEZ, *Bus.& Prof.Eth.J.* 10 (1983), p. 3 se remonta expresamente a la doctrina kantiana de la imputación.

mientos corporales (u omisiones) y, *segundo*, si el autor causó intencionadamente dicho acto a través de esos movimientos (u omisiones)²⁷. La responsabilidad moral de un hecho se vincula, por tanto, a la entidad que origina el hecho: la entidad que *formó la intención* de causar ese hecho y que *ejecutó dicha intención* a través de sus movimientos corporales. En tanto que los hechos no son llevados a cabo directamente por los movimientos corporales de la corporación (como una entidad distinta de sus miembros)²⁸, sino por los movimientos de sus miembros, y en tanto que las intenciones de una corporación (si es que hubiera una cosa semejante) no son las intenciones con las que los miembros han actuado²⁹, se deriva que la corporación no es la entidad moralmente responsable de esos hechos³⁰. No existiría la *unidad entre mente y cuerpo* que requiere el Derecho penal³¹. Propone, por lo tanto, centrarse en las personas que sí cumplen dichos requisitos: los miembros de la corporación³².

3. ARGUMENTOS A FAVOR DE CONSIDERAR QUE LA EMPRESA ES UNA PERSONA MORAL

Si LADD constituye un punto de partida idóneo para exponer las críticas frente a la personalidad moral de la corporación, el artículo en 1979 de PETER FRENCH constituye un referente ideal para discutir las posiciones favorables a considerar que las corporaciones pueden ser personas morales. Este profesor de filosofía ha dedicado gran parte de su vida al estudio de la responsabilidad de las corpora-

²⁷ VELASQUEZ, *Bus. & Prof. Eth. J.* 10 (1983), p. 3.

²⁸ VELASQUEZ, *Bus. & Prof. Eth. J.* 10 (1983), p. 7. Parte de que el *actus reus* tiene que originarse en los movimientos corporales del autor. VELASQUEZ concluye que la acción corporativa no se genera en los movimientos corporales de la corporación a la cual se atribuye la acción, sino en los cuerpos que pertenecen a los seres humanos, cuyas acciones son atribuidas a la corporación. En definitiva, entiende contradictorio hacer a una persona moralmente responsable por los actos que se han generado en otra.

²⁹ VELASQUEZ, *Bus. & Prof. Eth. J.* 10 (1983), p. 8. Parte de que un acto es intencional sólo si se trata de la ejecución de una intención formada en la mente de una persona cuyos movimientos causan el hecho. En consecuencia, incluso quienes hablan de una intención corporativa, deben reconocer que la intención se atribuye a una entidad (la corporación) mientras que los hechos son originados por otra entidad (los miembros de la corporación).

³⁰ VELASQUEZ, *Bus. & Prof. Eth. J.* 10 (1983), p. 9.

³¹ Conviene retener esta "unidad", ya que un argumento similar será utilizado –si bien desde parámetros un tanto diferentes– por ciertos penalistas alemanes [vid. las referencias contenidas en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal*, pp. 95 ss., 109 ss., así como las réplicas ahí expuestas y desarrolladas igualmente en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Imputabilidad*, pp. 425 ss., 435 ss.].

³² VELASQUEZ, *Bus. & Prof. Eth. J.* 10 (1983), pp. 10 ss.

ciones y al estudio de cuestiones relacionadas con la ética, ejerciendo una profunda influencia en la discusión anglosajona –norteamericana principalmente– al respecto. Cierto es que son muchas las críticas que se han alzado contra él, pero no es menos cierto que con PETER FRENCH existe un antes y un después en esta materia³³. Una vez dicho esto, deben examinarse detenidamente los presupuestos de su posición, si bien con posterioridad se lleva a cabo un análisis más exhaustivo sobre la especial incidencia que tiene su concepción en la cuestión de la culpabilidad empresarial³⁴.

FRENCH comienza afirmando que la personalidad legal o jurídica no ayuda a determinar quién es un autor responsable, debido a que yerra en la distinción entre sujetos de derechos y administradores de derechos³⁵. Como resultado FRENCH previene contra la aceptación de la noción de personalidad jurídica o legal para resolver la cuestión de las cualidades requeridas para poder adscribir la personalidad moral³⁶. En consonancia con su formación filosófico-analítica, FRENCH señala la persona moral es el referente de cualquier nombre o descripción que pueda ser el sujeto no-eliminable de una adscripción de responsabilidad de segundo orden³⁷. Este tipo de adscripción consiste en la afirmación de una proposición conjuntiva: la primera conjunción identifica la acción de un sujeto con o como la causa de un suceso; la segunda conjunción establece que la acción en cuestión fue intencionada por el sujeto o que el suceso fue el resultado directo de la acción intencional del sujeto³⁸. Centrándose en la noción de intencionalidad³⁹, señala que, si bien se trata de una noción causal, se trata de una noción causal *intensional* y, por tanto, no excluye un tipo de acciones o sucesos. Lo que se torna urgentemente necesario es indicar qué característica de la corporación permite describir como intencionales las acciones de una corporación⁴⁰. Pues bien, dicha

³³ Vid. la recensión crítica de BOWIE, *Bus.Eth.Q.* 4 (1994), pp. 513 ss. con ulteriores referencias.

³⁴ Vid. *Infra* § V.2.4.1.

³⁵ FRENCH, *Am.Ph.Q.* 16 (1979), p. 210. Entre los primeros están aquellos portadores de derechos que, pese a ser personas legales (jurídicas), carecen de la capacidad de disponer de o administrar sus derechos y, por lo tanto, no pueden ser actores intencionales. Dicha cuestión se ha relacionado en el ámbito europeo con los derechos y obligaciones que dimanar de una relación contractual, a lo cual se ha dado diversas repuestas [vid. las referencias contenidas en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal*, pp. 119 s., nota 168].

³⁶ FRENCH, *Am.Ph.Q.* 16 (1979), pp. 207 ss.

³⁷ FRENCH, *Am.Ph.Q.* 16 (1979), p. 210.

³⁸ FRENCH, *Am.Ph.Q.* 16 (1979), p. 211.

³⁹ Según FRENCH, *Corporate Responsibility*, p. 40. La cuestión de si las corporaciones pueden ser personas morales debe ser resuelto mediante la determinación de si es posible caracterizar ciertos eventos como sucesos que pretendía la propia corporación.

⁴⁰ Según FRENCH, *Am.Ph.Q.* 16 (1979), p. 212, ciertos sucesos pueden ser descritos simplemente como los movimientos de seres humanos; en otras ocasiones, esos mismos sucesos puede ser

característica de la corporación es la denominada la *estructura interna para la toma e implementación de decisiones empresariales* –EIDE–⁴¹. Sin perjuicio de un análisis más detallado de dicha estructura en un epígrafe posterior⁴² puede ya adelantarse que cuando una acción empresarial se corresponde con la implementación de una política empresarial establecida, entonces resulta apropiado *describirla* como una acción realizada por razones empresariales, causada por un deseo empresarial unido a una creencia empresarial y, en definitiva, como una acción empresarial intencional⁴³. La consecuencia básica del planteamiento de FRENCH –probablemente una de las más criticadas– es que las corporaciones deben ser reconocidas como miembros de pleno derecho en la comunidad moral (*full-fledged moral agents*)⁴⁴.

Otra importante contribución viene de la mano de WERHANE, quien adopta elementos provenientes del “individualismo ontológico y del colectivismo metodológico”⁴⁵. En contra de FRENCH señala que es muy difícil, si no imposible, llegar a especificar las intenciones de una corporación de manera independiente de las intenciones de sus miembros individuales⁴⁶. En realidad, no son las corporaciones las que llevan a cabo la autorreflexión y el análisis moral de sí mismas, sino que son sus constituyentes los que lo hacen por ella. En definitiva –y esto es un argumento empleado muy a menudo– sin los individuos las acciones corporativas no existirían⁴⁷.

Para fundamentar entonces el reproche que se hace habitualmente a las corporaciones⁴⁸, WERHANE se basa en que la corporación es un sistema intencional

redescritos en términos de su resultado final; por último, existen supuestos en los que dichos sucesos pueden ser redescritos como los efectos de una causa anterior. El *contexto* de las acciones corporativas es lo que va a proporcionar el criterio determinante para poder redescibir los sucesos de una u otra manera. Vid. igualmente el intento de MANNING, *J.Bus.Eth.* 3 (1984), p. 82 de establecer las condiciones para poder hacer responsable penalmente a la empresa sobre la base, en primer lugar, de constatar la existencia de una cierta causalidad, y, en segundo lugar, de no poder analizar la culpabilidad en el caso concreto “como la mera suma de la culpabilidad moral de los miembros individuales de la empresa”.

⁴¹ FRENCH, *Am.Ph.Q.* 16 (1979), pp. 211 ss.

⁴² *Infra* § V. 2.4.1.

⁴³ FRENCH, *Am.Ph.Q.* 16 (1979), p. 213. Cfr. no obstante la variación de este planteamiento *Infra* § V. 2.4.1, considerando que resulta más adecuado atribuir el calificativo “intencional” a aquellas acciones que hayan sido planeadas y conducidas –en lugar de basadas en unos determinados deseos o creencias–.

⁴⁴ Vid. extensamente FRENCH / NESTERUK / RISSER, *Corporations*, pp. 110 ss. y *passim*.

⁴⁵ WERHANE, *Corporations*, pp. 49 s.

⁴⁶ WERHANE, *Corporations*, p. 36.

⁴⁷ WERHANE, *Corporations*, p. 39.

⁴⁸ Resulta éste un lugar adecuado para constatar que parece que va siendo un lugar común, tanto entre los defensores como entre los detractores de la responsabilidad penal empresarial, hacer refe-

(*intentional system*) y, por tanto, puede utilizarse el lenguaje intencional en relación con las corporaciones ya que éstas “actúan como unidades y exhiben comportamiento intencional”⁴⁹. Para desarrollar este argumento, WERHANE introduce la distinción entre acciones primarias y acciones secundarias⁵⁰. La acción corporativa tiene lugar cuando las acciones primarias de los individuos son atribuidas –de manera justa– a la corporación. Las acciones corporativas son, por lo tanto, acciones colectivas *secundarias*. De esta distinción, empero, se deduce una importante consecuencia. Las corporaciones sólo son agentes morales *secundarios* y no personas completas (*full persons*) ya que no tienen la capacidad de cometer acciones primarias ni de tener intenciones propias⁵¹.

Por último, concluye aquí el análisis de esta cuestión con la explicación, un tanto más amplia que las anteriores, de quienes han prestado mayor atención a la vinculación de estas cuestiones con el Derecho penal: STEVEN WALT y WILLIAM S. LAUFER. De esta manera, si bien WALT / LAUFER entienden que las corporaciones pueden ser criminalmente responsables sin tener que determinar si son o no personas⁵² –sin ahondar en su “estatus ontológico”–, dedican a ello ciertas reflexiones que no pueden ser obviadas, especialmente si se tiene en cuenta la rele-

rencia a los reproches sociales que se realizan a las corporaciones [vid. las posiciones contenidas en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal*, pp. 89 ss.].

⁴⁹ WERHANE, *Corporations*, p. 37.

⁵⁰ Vid. *Infra* § V. 2.6.1 también esta clasificación en la terminología de LAUFER.

⁵¹ WERHANE, *Corporations*, pp. 57 ss. En verdad, lo que late en el fondo de su argumentación –y que en parte también parece estar implícito en muchas argumentaciones europeas– es que el razonamiento de FRENCH implica una concesión de tal magnitud a las corporaciones en el ámbito de la personalidad moral, que los individuos terminan teniendo un *estatus* moral menor que las corporaciones [claramente WERHANE, *Corporations*, p. 40.] Las corporaciones no pueden ser agentes morales completos (*full moral agents*) debido a que “no tienen una realidad más allá y por encima de sus constituyentes, ya que son creados por ellos y funcionan sólo para ellos” [WERHANE, *Corporations*, p. 51.]. El menor *estatus* moral puede percibirse claramente en OZAR, *J.B.Eth.* 4 (1985), pp. 277 ss., 280, ya que, en su opinión, las corporaciones no tienen derechos morales (*moral rights*), aunque sí convencionales. Vid. en un sentido similar, estimando que las corporaciones no tienen los mismos derechos que los individuos, MANNING, *J.B.Eth.* 7 (1988), pp. 639 ss., 643 y ya ÍD., *J.B.Eth.* 3 (1984), pp. 77 ss., donde consideraba que la capacidad de sufrimiento era una característica indispensable para poder ser portador de derechos, característica que no concurriría en la corporación.

⁵² WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), pp. 273 s. El concepto de persona ha sido tenido en cuenta por diversos desarrollos de la responsabilidad penal empresarial [vid. además de la posición de FRENCH que se acaba de referir, DEVELOPMENTS, *Harv.L.Rev.* 92 (1979), p. 1230; vid. igualmente la construcción del “principio de proyección moral” sobre la base de la analogía con el ser humano que llevan a cabo GOODPASTER / MATHEWS, *Harv.Bus.Rev.* 1982, pp. 1ss.; GOODPASTER, *J.Bus.Eth.* 2 (1983), pp. 1 ss., indicando que “el hecho de que las corporaciones se parecen mucho más a las personas que los automóviles o, incluso que los animales, resulta significativo” (p. 15)].

vancia del segundo de estos autores (LAUFER) en la discusión intrínsecamente jurídico-penal⁵³.

WALT / LAUFER, al igual que varios autores continentales⁵⁴, sostienen que el actual Derecho penal empresarial está basado en el modelo de Derecho penal del individuo⁵⁵. En efecto, las bases materiales de la responsabilidad, la prueba, el procedimiento y el enjuiciamiento han sido construidas inicialmente para los individuos. En este contexto ponen de relieve dos características de dicho modelo: la identificación de las personas como sujetos de Derecho penal y la presunción de que los elementos del Derecho penal aplicables a los individuos también son aplicables a todas las personas⁵⁶. Sin embargo, WALT / LAUFER niegan que el mejor modelo de responsabilidad penal de la empresa sea el basado en el Derecho penal individual, coincidiendo así con algunos autores continentales que requieren la conformación de unas reglas de atribución específicas para las empresas⁵⁷. En definitiva, para WALT / LAUFER la atribución de responsabilidad penal a las empresas no requiere referencia alguna al concepto de persona basado en las características de los individuos⁵⁸.

No obstante, resulta ilustrativo que tras varias décadas de defendiendo este tipo de responsabilidad, PETER FRENCH, haya señalado recientemente que “de las numerosas preguntas y preocupaciones que ha suscitado la utilización, por mi parte, del término “persona” para referirme a la corporación, se me ha hecho evidente que llamar “persona moral” a la corporación provoca más confusión que claridad” [FRENCH, *Corporate Ethics*, p. 10]—motivo por el cual la sustituye por el término “actor” (*actor*)—. Y es que, no en vano, varios autores criticaban duramente la vinculación que FRENCH trazaba entre corporaciones y personas [vid. por ejemplo, las posiciones de DEGEORGE, LADD, DONALDSON, MAY y HELD, en: CURTLER (ed.), *Shame*, passim].

⁵³ Vid. *Infra* § V. 2.6.

⁵⁴ Vid. las referencias contenidas en GÓMEZ-JARA DIEZ, *Culpabilidad*, p. 62 nota 120, p. 63 nota 128.

⁵⁵ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), pp. 264 s. Afirman que la *adscripción* de responsabilidad penal requiere una *entidad a la cual adscribir* dicha responsabilidad. Dado que el Derecho, de manera uniforme, se refiere a dicha entidad como a una persona, existen tres barreras de Derecho positivo para la institucionalización de la responsabilidad penal empresarial: (1) un Código penal puede que no incluya en su definición de «persona» a las corporaciones, o bien que no las incluya de manera evidente; (2) que la codificación legal impida que las corporaciones cometan determinados delitos; (3) que se prevea legalmente una sanción que sólo puede referirse a los individuos, siendo el ejemplo clásico la pena de prisión.

⁵⁶ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), p. 263, donde resaltan una notable excepción: las Directrices para imponer sentencias a organizaciones, las cuales reconocen la diferencia entre los individuos y las empresas [sobre estas Directrices vid. *Infra* Cap. IV y la ADENDA].

⁵⁷ Vid. por todos las referencias contenidas en GÓMEZ-JARA DIEZ, *Culpabilidad penal*, p. 52 nota 77. En el ámbito anglosajón vid., por ejemplo, DONALDSON, *Corporate Ontology*, pp. 99, 111; HELD, *Corporations*, pp. 159, 161; METZGER / DALTON, *Am.Bus.L.J.* 34 (1996), p. 569; PHILLIPS, *Bus.Eth.Q.* 5 (1995), pp. 557 ss.

⁵⁸ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), p. 263.

Centrándose en el concepto de persona, dichos autores señalan acertadamente que, en el marco de esta discusión, pueden identificarse dos roles de personas: (1) personas pueden ser los individuos empleados o controlados por la empresa; o (2) personas pueden ser los individuos cuyos actos son considerados como actos de la empresas. En el *primer caso* el *papel* de la empresa como persona es *derivativo*, mientras que en el *segundo es directo*. En el primero, la propia corporación no actúa, sino que la responsabilidad se impone por derivación en virtud de los principios de la doctrina del “superior responsable” o “superior que responde” (*respondeat superior*). Éste es el caso del Derecho penal federal en EE.UU. y del modelo de la responsabilidad vicaria (*vicarious liability*)⁵⁹ que se estudiará más adelante⁶⁰. En el segundo caso, actúa la propia empresa⁶¹. Lo fundamental de esta distinción es que si se sostiene que la empresa es vicariamente responsable, se está afirmando que ésta será hecha responsable por la conducta indebida de otro, lo cual choca con los principios del Derecho penal⁶².

El sector que se muestra contrario a considerar que las empresas son personas, defiende que las empresas no pueden sentir y, por tanto, no están sujetas a las constricciones biológicas bajo las cuales actúan los individuos⁶³. En definitiva, puesto que las empresas no poseen las características del individuo, la conclusión es que no pueden ser personas⁶⁴. WALT / LAUFER afirman, de nuevo con acierto, que este tipo de afirmaciones *presume* que si las empresas no ostentan las características de los individuos, no pueden ser personas. Sin embargo, *un criterio que limita arbitrariamente la personalidad a los seres humanos no identifica las características determinantes para que una entidad sea considerada una persona*⁶⁵. Este planteamiento les lleva a determinar cuáles son los *criterios que determinan la atribución de personalidad*. En este sentido señalan que ésta depende, al menos parcialmente, de la *atribución de una decisión racional a una entidad*, y, por ello, llevan a cabo la comparación entre los conceptos de personalidad y de decisión racional. Sostienen que la decisión racional puede ser adscrita a otras entidades que no sean individuos, dado que, si bien admiten que la

⁵⁹ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), pp. 265 s.

⁶⁰ Vid. *infra* § III. 2.1.

⁶¹ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), pp. 267 ss.

⁶² WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), p. 266.

⁶³ Conviene indicar que este punto ha jugado un papel decisivo a la hora de determinar que la pena no cumple su función en las empresas [vid. ahora sólo las referencias contenidas en GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Culpabilidad penal*, p. 41 nota 26].

⁶⁴ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), p. 268

⁶⁵ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), pp. 269 s. con referencias.

decisión de la empresa es el resultado de las decisiones agregadas de empleados individuales, señalan que la investigación sobre el mecanismo subyacente que genera la decisión es innecesario⁶⁶. La determinación de si la decisión puede considerarse racional o no constituye, en definitiva, el fundamento de la atribución de personalidad con independencia de los mecanismos subyacentes que generan la decisión –y ello ocurre de igual manera con respecto a los individuos–⁶⁷. Para mostrar la analogía existente entre la empresa y el individuo WALT / LAUFER realizan una serie de reflexiones sobre la consideración del individuo como una pequeña colectividad. Dicha comparación se justifica puesto que el conflicto de preferencias puede ocurrir en toda colectividad unitaria⁶⁸. La conclusión a la que llegan los autores es que el individuo puede ser tratado como un compromiso de pequeñas unidades de tomas de decisión. A continuación razonan que si los individuos son personas y los individuos pueden considerarse como colectividades para algunos fines, las colectividades pueden ser tratadas como personas para los mismos fines⁶⁹.

Como corolario de este apartado debe indicarse que a lo largo de los años noventa puede observarse un incremento de aquellas posiciones que abogan por afirmar la responsabilidad moral de la empresa con el consiguiente reproche culpabilístico. No obstante, a lo largo de esa década se afianzó la posición de que la responsabilidad moral empresarial reviste en la mayoría de las ocasiones la forma de la imprudencia o negligencia⁷⁰. De igual manera, se abogaba por el establecimiento de unos estándares de culpabilidad especialmente diseñados para las empresas puesto que se consideraba que los estándares tradicionales estaban conformados a medida del individuo y que, por tanto, no lograban captar la esencia de la realidad empresarial⁷¹. En definitiva, se pretendía crear una serie de reglas

⁶⁶ WALT / Laufer, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), p. 270 donde señalan la observación –extensamente desarrollada por FRENCH [vid. *Infra* § V. 2.4.1]– de que la decisión de la corporación puede ser diferente a la de los miembros que la componen.

⁶⁷ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), pp. 270 s. La personalidad únicamente se atribuye a los individuos si su decisión de comportamiento exhibe racionalidad y dicha adscripción de personalidad a los individuos se justifica cuando sirve para explicar o predecir decisiones. La justificación no requiere investigar el “hardware” subyacente del individuo, por ello tampoco habría que cuestionarlo en el caso de las corporaciones [WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), p. 271.].

⁶⁸ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), p. 272, quienes basándose en SCHELLING, *Choice*, pp. 94 ss., realizan una somera exposición tanto de los casos de decisión interpersonal como intertemporal.

⁶⁹ WALT / LAUFER, *Am.J.Crim.L.* 18 (1991), p. 273.

⁷⁰ Vid. los análisis especialmente significativos de METZGER / DALTON, *Am.Bus.L.J.* 34 (1996), pp. 569 ss.; PHILLIPS, *Bus.Eth.Q.* 5 (1995), pp. 557 s.

⁷¹ Vid. *Supra* nota (...).

de responsabilidad empresarial que estuvieran diseñadas por y para las empresas, motivo por el cual fueron bienvenidas las Directrices para imponer sentencias a organizaciones que serán tratadas más adelante⁷².

4. RESUMEN

A lo largo de este capítulo se han expuesto las diversas posiciones que se han sostenido en el campo de la ética empresarial para afirmar la personalidad moral de las empresas –con la consiguiente posibilidad de alzar reproches morales contra las empresas–. Para ilustrar esta discusión que ha tenido lugar en los EE.UU. de manera especialmente intensa desde finales de los años setenta, se ha optado por escoger tres posiciones significativas de cada uno de los dos “bandos” implicados. En líneas generales se ha podido comprobar cómo la personalidad moral se encuentra vinculada a la posibilidad de percibir una cierta *intencionalidad* en las acciones de la persona. Por lo tanto, y en lo que al ámbito de la responsabilidad penal empresarial respecta, son varias las posiciones que en la actualidad entienden que las acciones empresariales *pueden describirse como acciones intencionales* y racionales de la empresa por lo que concluyen que tiene *sentido* reprochar éticamente dichas acciones. No obstante, dichas posiciones abogan igualmente por el establecimiento de una serie de reglas de imputación de responsabilidad especialmente diseñadas para las empresas puesto que sólo de esta forma puede adaptarse el Derecho a la compleja realidad corporativa. De ello se deriva igualmente que el posible estatus moral que gracias a esa “intencionalidad corporativa” debe reconocerse a la empresa sea una cuestión susceptible –como efectivamente lo es– de debate, pero lo que parece poder afirmarse es que existen argumentos de peso para considerar que las corporaciones cumplen con los *requisitos mínimos* –exhiben un comportamiento intencional– en virtud del cual puede alzarse contra ellas el reproche ético que tanta importancia tiene para la responsabilidad penal.

⁷² Vid. *Infra* Capítulo 4 y la Adenda.