
Sistemas de imputación y culpabilidad de empresa

PID_00249638

Adán Nieto Martín

Adán Nieto Martín

Primera edición: febrero 2018
© Adán Nieto Martín
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2018
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Diseño: Manel Andreu
Realización editorial: Oberta UOC Publishing, SL

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita del titular de los derechos.

Índice

Introducción.....	5
1. Responsabilidad vicarial, de transferencia de responsabilidad o heterorresponsabilidad.....	7
1.1. El agente	7
1.1.1. La identificación del agente	9
1.1.2. ¿Es necesario que la persona física sea penalmente responsable?	9
1.2. Dentro de los fines de la empresa	10
1.3. En interés de la empresa	10
1.4. Críticas al modelo de la autorresponsabilidad	10
1.4.1. Crítica constitucional	11
1.4.2. Crítica político-criminal	13
2. Culpabilidad de empresa.....	15
2.1. Plasmación positiva y doctrinal	15
2.2. Crítica al modelo de la culpabilidad propia	17
3. Modelo mixto.....	19
4. El concepto de culpabilidad de empresa y su relación con el delito cometido por la persona física.....	20
5. Las sanciones contra las personas jurídicas.....	24

Introducción

Aunque existen en el derecho comparado formas muy dispares de conformar el sistema de imputación de las personas jurídicas, esta variedad puede reducirse a tres modelos distintos: el vicarial, el de la culpabilidad de la propia empresa y el mixto o de determinación de la pena.

El **sistema vicarial, de transferencia de responsabilidad o de heterorresponsabilidad** es el más tradicional, extendido y sencillo de manejar. Se imputa transfiriendo a la empresa todo acto cometido por un agente suyo en el ejercicio de su actividad con la intención de favorecerla. En buena medida su sencillez se debe a las escasas posibilidades de defensa de la empresa. Por mucho que se hayan generado controles internos y medidas destinadas a prevenir o descubrir hechos delictivos, este comportamiento no afecta a su estricto régimen de imputación.

En las antípodas se encuentra el **modelo de la culpabilidad de empresa o de autorresponsabilidad**. A diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad vicarial, en este caso lo decisivo no es el comportamiento culpable de la persona individual, pues aquí no se imputa automáticamente a la empresa. La actividad y el comportamiento de esta, tanto ante como posdelictivo, resulta el criterio determinante. Si la empresa ha sido diligente en la prevención y en el descubrimiento de hechos delictivos, no se le impondrá sanción alguna; y en cualquier caso la sanción a imponer no depende únicamente de la gravedad del delito, sino de cuál haya sido su propio comportamiento ante el mismo. Mucho más moderno que el anterior, la culpabilidad de empresa va conquistando paulatinamente terreno en el derecho positivo.

Los **modelos de imputación mixtos o de determinación de la pena** agrupan elementos de los dos sistemas anteriores. Parten del sistema vicarial para imputar la responsabilidad a la empresa y toman en cuenta la «culpabilidad de la organización» para, por medio de un sistema de atenuantes, agravantes o circunstancias que excluyen la responsabilidad, determinar la sanción de la persona jurídica.

Con ello se pretende tener «lo mejor de cada casa». De un lado, la sencillez y seguridad jurídica que proporciona la *vicarious liability*, así como su capacidad para trasladar a la empresa, por medio de la sanción pertinente, la totalidad de los costes sociales generados por la acción delictiva. De otro, incentivar una mejor organización empresarial y buscar un enfrentamiento procesal entre personas individuales y jurídicas que facilite la investigación.

1. Responsabilidad vicarial, de transferencia de responsabilidad o heterorresponsabilidad

La estructura de este modelo de imputación procede del derecho civil; podría decirse que su núcleo se centra en el hecho de que, desde el prisma de la empresa, la responsabilidad vicarial es responsabilidad objetiva (*strict liability*). El comportamiento del agente individual se imputa a la empresa sin posibilidad de que esta se defienda alegando, por ejemplo, que ha realizado todo lo posible para impedir la infracción. Esta característica genética la comparten dos submodelos, el británico de la *identification theory* y el estadounidense de la *vicarious liability*, pese a que ambos difieran en los requisitos para que se produzca la transferencia de responsabilidad.

La atribución de responsabilidad requiere, en este modelo, de tres condiciones: la comisión de una infracción por parte de un agente de la empresa en el ejercicio de las funciones que le han sido atribuidas, o por cuenta de la empresa, y en el intento de obtener algún tipo de ventaja o beneficio para la empresa.

Pese a la aparente sencillez, la conformación de los tres pilares es extraordinariamente discutida en el derecho comparado, pues cada uno de ellos puede tener sus propias particularidades, como ahora se observará.

1.1. El agente

La primera cuestión debatida es quién debe ser el agente o, dicho de forma más exacta, qué grado debe ocupar dentro de la jerarquía de la empresa. Existen dos grandes tendencias con algunas variantes, sobre todo en la primera de ellas.

En primer lugar, el modelo más estricto está representado, como conocemos, por la teoría de la identificación inglesa, cuya formulación más acabada es probablemente la que procede de la sentencia *Tesco Supermarkets Ltd v. Natrass* (1972):

«Una persona jurídica puede equipararse al cuerpo humano. Tiene un cerebro y un sistema nervioso central que controla sus movimientos. Tiene también brazos que se mueven de acuerdo con las órdenes de los centros nerviosos. Dentro de la compañía, algunos sujetos son solo simples brazos para trabajar y no representan ni la mente ni la voluntad de la empresa. Otros son administradores y directivos, que representan la mente y la voluntad de la organización y controlan sus acciones. Psicológicamente la situación de estos dirigentes es la situación de la empresa, y así lo tiene en cuenta la ley».

Aparte de la gráfica metáfora antropomórfica empleada en la sentencia, algunos apoyan esta restricción señalando que los socios solo pueden ser sancionados, si quiera indirectamente, cuando el delito lo cometen personas que ellos

han tenido la capacidad de elegir. Aparte de este argumento, el que parece más interesante de todos es aquel que sostiene que la restricción a los dirigentes se debe a que son estos quienes determinan la política empresarial, que es precisamente lo que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica. Este argumento, que por ahora dejamos aparcado y al que denominaremos sucintamente como «núcleo de verdad de la teoría de la identificación», cuenta con sólidos argumentos procedentes de la sociología empresarial.

Existen diversas soluciones acerca de quiénes, dentro de la empresa, constituyen el cerebro. Por ejemplo, el Código penal (CP) lo limita a los administradores, mientras que la versión más amplia de esta metáfora incluiría a todos aquellos que tengan capacidad de control o vigilancia, acompañada de un poder de dirección, incluso si es en una sección de la empresa con cierta autonomía financiera y funcional.

Igualmente encontramos en el derecho comparado varias posibilidades acerca del comportamiento que corresponde a aquellos que forman parte del cerebro para que exista imputación a la persona jurídica.

Mientras que en las versiones más estrictas el cerebro debe ser responsable del delito para ser imputado, en otras, basta con que lo tolere, lo consienta o lo ignore conscientemente. Incluso en otras propuestas legislativas, como las de la Unión Europea (UE), bastaría con que este cerebro omitiese el deber de vigilancia, el debido control sobre el resto de empleados o agentes de la empresa.

Teoría de la identificación

Esta versión relajada es la teoría de la identificación, y, precisamente, es la recogida por la normativa de la UE. En ella la responsabilidad transferida obedece a este esquema.

En unos casos se trata de hechos delictivos por persona física con «poder de representación», «autoridad para adoptar decisiones en nombre» de la persona jurídica o «autoridad para ejercer el control». En otros, cuando la infracción ha sido realizada por otra persona, pero como consecuencia de la «falta de vigilancia o control» de las personas citadas en primer lugar.

En segundo lugar, la otra corriente a la hora de determinar el agente es la que impera en los Estados Unidos bajo el nombre de *respondeat superior*. Esta doctrina permite la imputación de cualquier comportamiento realizado por cualquier empleado o administrador independientemente de su lugar en la escala jerárquica. Desde este punto de vista, ya no resulta necesario buscar un órgano de vigilancia o de control que haya infringido sus deberes.

1.1.1. La identificación del agente

Un aspecto también sujeto a variables dentro de los modelos de heterorresponsabilidad es el grado de precisión, dentro de la investigación, con el que debe determinarse a la persona física autora de la infracción.

Algunos ordenamientos, como singularmente el norteamericano, se han ido relajando con la necesidad de encontrar al agente. Basta con que el proceso penal demuestre que algún agente de la corporación haya realizado el hecho delictivo; no hace falta especificar quién. Expresado en términos muy prácticos, según este criterio bastaría con que la resolución judicial indicara, por ejemplo, lo siguiente: «La dirección de la empresa toleró la falta de medios de seguridad», «algunos administradores conocían que los ejecutivos de la zona centro habían participado en reuniones para acordar precios...». Esta relajación es necesaria cuando se admite, como ocurre muchas veces en los EE. UU., que solo se sancione a la empresa y no se dirija el proceso contra la persona individual.

1.1.2. ¿Es necesario que la persona física sea penalmente responsable?

Tampoco está aclarado del todo en qué medida, para que exista responsabilidad de la persona jurídica, debe castigarse a la persona física. Muy pocos ordenamientos admiten una versión tan estricta del modelo vicarial.

En la mayoría, como ocurre en el Código penal español, se admite que la persona jurídica pueda ser sancionada cuando la persona física no puede serlo por haber sido indultada, por haber fallecido o por concurrir en ella una causa de exoneración de la responsabilidad.

Algunos autores mantienen que el hecho cometido por la persona jurídica solo sea objetivamente típico, con lo cual habría responsabilidad aunque nos encontrásemos en casos de errores de tipo.

Este problema es especialmente peliagudo e importante en los delitos imprudentes, en los que a veces lo que se constata es el sumatorio de diversas imprudencias individuales no suficientemente significativas para dar lugar a una responsabilidad penal. Recordemos que el derecho penal interviene normalmente en los casos de imprudencia grave. Si se sigue con coherencia el modelo de la heterorresponsabilidad, no habría lugar a la responsabilidad de la persona jurídica, aunque se constatará que la suma de imprudencias en realidad revela un grave defecto estructural.

1.2. Dentro de los fines de la empresa

El comentario de este requisito no es, sino, la constatación de una paulatina ampliación.

En un primer momento solo daban lugar a responsabilidad conductas autorizadas explícita o implícitamente por el dirigente empresarial o conductas que resultaran similares a otras autorizadas. En la actualidad, basta, sin embargo, con que la relación laboral incremente el riesgo de comisión del delito y que este se haya realizado en el marco de la actividad del trabajador.

La extensión obedece a razones fundamentalmente prácticas: cualquier indicación de la empresa contraria a la comisión de hechos delictivos serviría para evadir su responsabilidad (v. gr. el código ético prohibiendo expresamente la corrupción). Una fundamentación más detenida muestra que lo ocurrido es que, al ser un requisito ligado a la teoría civil de la representación, se ha transformado paulatinamente en un criterio que atiende al riesgo generado por la actividad empresarial.

1.3. En interés de la empresa

El interés de la empresa, elemento de marcado carácter subjetivo, también ha experimentado un notable proceso de abstracción y objetivización. No resulta necesario que el beneficio de la empresa sea el objeto exclusivo del agente; y tampoco es necesario que exista un beneficio efectivo.

La existencia de provecho tiene, sobre todo, una misión procesal, en cuanto a que facilita la prueba de que el agente actuó en interés de la empresa; ni tan siquiera es preciso que la persona física actúe con un elemento subjetivo especial consistente en beneficiar a la empresa. Aunque ni remotamente aparezca esta intención, si tras la comisión del hecho una persona con capacidad de supervisión ratifica el comportamiento, se entiende cometido en su interés.

1.4. Críticas al modelo de la autorresponsabilidad

Vistos los rasgos que caracterizan la responsabilidad vicarial, a continuación nos proponemos hacer un examen crítico de este punto de vista. Así pues, se comprobará, en primer lugar, su encaje constitucional para, después, abordar sus inconvenientes de política criminal.

1.4.1. Crítica constitucional

La crítica tradicional contra la responsabilidad de las personas jurídicas es, en realidad, una cuestión de constitucionalidad: castigando al colectivo castigamos a los socios inocentes y ello atenta contra el principio de culpabilidad, en su acepción de personalidad de las penas. La transferencia de responsabilidad no es un mecanismo admisible en el derecho penal, pues la culpabilidad, la responsabilidad penal, es de carácter personal y no puede transferirse.

La transferencia de obligaciones y resultados, que es válida en el derecho civil como parte esencial de la institución de la representación y que deriva, en definitiva, del principio de autonomía de la voluntad, no puede aplicarse al derecho penal. La objeción procedente del principio de culpabilidad, en lo que atañe a los socios, no resulta del todo convincente, ya que la transferencia de culpabilidad no se produce entre una persona física y otra persona física, sino entre una persona física y otra jurídica.

La fuerza de este primer argumento no decae por mucho que se señale la existencia de socios como posibles «personas de carne y hueso» a los que en realidad se traslada la sanción. Es cierto que el derecho penal está más apegado a la realidad que el civil o el administrativo, y que no puede operar con ficciones, por lo que no puede salirse al paso del argumento señalando simplemente que persona jurídica y socios son dos realidades diferentes.

De nuevo, debe reconocerse que la posible transferencia de culpabilidad penal a los socios es bastante reducida y no puede compararse con una translación de responsabilidad entre personas físicas. Si una sociedad es sancionada, sus múltiples socios, que a su vez pueden ser personas jurídicas, no sentirán la pena como algo propio. La pena no estigmatiza a ninguna de estas personas, y ello sin tener en cuenta que incluso en el catálogo de penas a las personas jurídicas pueden incluirse bastantes que no supondrán menoscabo patrimonial alguno.

Desde hace tiempo, además, los valedores de la responsabilidad de las personas jurídicas han ofrecido dos argumentos en este punto que han de tomarse en consideración. El primero llama la atención sobre el hecho de que toda pena tiene efectos colaterales perjudiciales para otras personas. La prisión impuesta a quien tiene una familia y representa su principal fuente de ingresos afecta al resto de los miembros, sin que nadie de ellos pueda considerar esta afectación como pena e invocar el principio de culpabilidad. Además, hay que tener en cuenta que la pena impuesta a uno de los miembros de una familia es un hecho sociológico que suele avergonzar y estigmatizar socialmente al resto del colectivo.

El segundo argumento también nos parece personalmente convincente y sirve, además, para explicar la naturaleza del perjuicio que sufren los socios.

Pérdida patrimonial

La pérdida patrimonial que experimentan los socios como consecuencia de la pena es un riesgo patrimonial más de los que asumen con su inversión. Un menoscabo patrimonial derivado de un comportamiento antijurídico dentro de la empresa resulta para ellos una realización similar del riesgo a la pérdida derivada de una mala gestión. No existe razón alguna para que los accionistas deban soportar el riesgo procedente de todos los sectores de la actividad empresarial, salvo el proveniente de actividades delictivas de sus empleados.

Pese a cuanto acaba de indicarse en contra de la posible inconstitucionalidad de la responsabilidad vicarial, y en general de la responsabilidad de las personas jurídicas, creemos que aún queda algún escollo que superar y que en determinados supuestos los críticos llevan parte de razón, aunque ciertamente por razones distintas a las que invocan.

En efecto, en la argumentación anterior hemos utilizado una trampa, ya que hemos tomado como modelo de sociedad a una gran empresa cuyo accionariado está compuesto por un conjunto muy amplio de sujetos. Las cosas son lógicamente distintas cuando la sanción se impone a empresas familiares o a entes relativamente grandes con una estructura accionarial cerrada en la que los accionistas de control son, a su vez, los responsables de la entidad.

El problema constitucional de la responsabilidad de las personas jurídicas no se encuentra en el principio de personalidad de las penas, sino, en el caso de sociedades de pequeñas dimensiones con el principio de *ne bis in idem*, cuando la persona física sancionada es, además, su socio principal. El socio administrador recibe dos sanciones diferentes, la privativa de libertad y, en su caso, una multa «personal» por el delito realizado y una «multa encubierta» por la responsabilidad del ente.

Este problema constitucional no impide la responsabilidad de las personas jurídicas, pues tiene varias soluciones técnicas. De entre ellas, la que me parece más adecuada es el denominado «principio de cuenta», que, aunque ausente en el *bis in idem* nacional, ha sido utilizado, por ejemplo, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) en el plano internacional. Su utilización permite al juez, en los casos de doble sanción, tener en cuenta la duplicidad de consecuencias jurídicas para compensarlas o que incluso se conforme con imponer tan solo una de las sanciones.

Una posible alternativa de política legislativa que evitaría el *bis in idem* y la ausencia de proporcionalidad sería limitar la responsabilidad de las personas jurídicas a sociedades abiertas que coticen en bolsa. Con ello se evitarían, normalmente, los problemas derivados de la prohibición del exceso.

Otra posibilidad es la acogida por el Código penal español, que en su artículo 31 bis permite compensar la sanción impuesta a la persona física, si bien solo en los casos de multa.

Objeciones constitucionales al modelo de responsabilidad vicarial

El apartado de posibles objeciones constitucionales al modelo de responsabilidad vicarial no puede cerrarse sin que nos ocupemos de la siguiente: la característica principal de este sistema de imputación es que, desde el punto de vista de la empresa, funciona como *strict liability*, como un sistema de responsabilidad objetiva; aunque la empresa ponga la mejor voluntad y realice esfuerzos considerables en autorregulación, su responsabilidad seguirá intacta y este buen comportamiento no será tenido en cuenta.

Debe tenerse en cuenta que el principio de culpabilidad hunde sus raíces en la pérdida de dignidad de la persona. Por ello es inadmisibles la responsabilidad objetiva o las formas incluso más depuradas de responsabilidad objetiva como el *versari in re illicita*, en cuanto a que supone la degradación del hombre a la categoría de objeto. Pero por esta misma razón no está nada claro el papel del principio de culpabilidad de las personas jurídicas. Obsérvese, además, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) considera que los regímenes de responsabilidad objetiva actúan conforme al convenio (caso Salabiaku), y que incluso son aplicables a las personas físicas, siempre que las sanciones que se imponen no sean graves.

1.4.2. Crítica político-criminal

El modelo de responsabilidad por transferencia es criticable, sobre todo, desde el punto de vista político-criminal. En primer lugar, es altamente desaconsejable cuando se adopta un concepto estricto de agente. El concepto estricto frustra la mayor parte de los objetivos que se pretenden mediante la responsabilidad corporativa.

En concreto, plantea cinco disfunciones graves:

1) Un sistema vicarial construido sobre esta base recupera problemas de la responsabilidad individual, como el de la identificación y el de la culpabilidad, ya que obliga a buscar un culpable entre los superiores. No aligera, por tanto, la presión sobre el derecho penal individual que sigue estando obligado a extender, hasta límites que pueden resultar criticables, la responsabilidad de las personas naturales. Es verdad, no obstante, que esta razón empieza a perder peso cuando el hecho de conexión deja de ser la conducta delictiva y se conforma como una falta de vigilancia.

2) La teoría de la identificación o un concepto estricto de agente, en una suerte de efecto dominó, pone en peligro el resto de los objetivos de la responsabilidad de las personas jurídicas. Así pues, no es capaz de trasladar eficazmente a la empresa los costes que se derivan de su producción. No se entiende muy bien por qué la empresa únicamente puede asumir el coste social de los comportamientos realizados por la cúspide.

3) El concepto estricto de agente es peligroso para el proceso penal. Un efecto de este sistema es que incitará a los administradores a descargar su responsabilidad en los empleados. Con ello no solo intentará lograr objetivos de carácter personal (no ser movido de su puesto...), sino que también evitará una pérdida para la persona jurídica. Es decir, los incentivos para buscar «cabezas de turco» o «chivos expiatorios» entre los niveles jerárquicos inferiores son notables.

4) Este sistema acaba beneficiando a las empresas más grandes y complejas. En empresas medianas y pequeñas resulta más fácil que en las grandes demostrar la responsabilidad de los superiores o que estos, al menos, hayan conocido o tolerado el hecho, ya que la complejidad de las grandes esconde, a menudo, en qué personas concretas recaen las decisiones.

5) Cualquier sistema de responsabilidad objetiva tiene efectos desmotivadores a la hora de instaurar programas de cumplimientos basados en la prevención, pero también en la detección y colaboración. El principal inconveniente de la *vicarius liability* es que no incita a la cooperación con la administración de justicia, o la autoridad sancionadora administrativa, con el fin de esclarecer las infracciones ya realizadas, ni tampoco invita a establecer un poder de policía tendente a descubrir hechos delictivos.

La razón es sencilla: puesto que la empresa va a ser irremediabilmente sancionada de descubrirse el comportamiento ilícito de la persona física, su interés en que este se descubra es nulo. Por ello, la sanción al colectivo refuerza el pacto de silencio que opera como característica criminógena en el derecho penal de la empresa.

Tras los aspectos relativos a la eficacia, debe reseñarse que un grave problema de la teoría de la transferencia patrimonial es de índole tecnicojurídica. La falta de soporte teórico que acompaña a la responsabilidad vicarial la hace ir a la deriva empujada por los vientos del pragmatismo. Construida con materiales del derecho civil, su evolución no ha seguido otro patrón que el de atajar problemas de aplicación. Ello hace que su aplicación sea insegura en cuanto a que el juez desconoce qué criterios axiológicos o qué principios son los que fundamentan y justifican en última instancia sus diversos elementos.

2. Culpabilidad de empresa

2.1. Plasmación positiva y doctrinal

El nacimiento de la culpabilidad de empresa procede del matrimonio entre la necesidad del modelo vicarial de ir superando dificultades probatorias y las constataciones que desde *Sutherland* se han realizado en cuanto al espíritu criminal de grupo, la cultura colectiva, la filosofía de la empresa o el *ethos* colectivo. Existen varias propuestas doctrinales acerca de cómo debe entenderse la culpabilidad de empresa.

Propuesta de Heine

La primera propuesta es la realizada por Heine. La propuesta de Heine tiene el siguiente tenor literal:

(1) Una empresa descuida los riesgos típicos de su actividad omitiendo los siguientes aspectos:

1. la obligación de asegurar a largo plazo las fuentes de peligro de la actividad empresarial mediante medidas de organización y la adecuación de la estructura interna de la empresa,
2. la obligación de mantener el nivel de seguridad en la delegación de las competencias empresariales,
3. la obligación de supervisar y controlar los riesgos de la actividad empresarial y de sancionar disturbios empresariales relevantes.

(2) Existe un disturbio empresarial relevante cuando tiene lugar una de las situaciones siguientes:

1. Un grupo de la población es víctima de lesiones corporales graves o muertes.
2. Ocurren peligros contra la colectividad, especialmente incendios o explosiones (o daños materiales graves a un gran número de edificios).
3. Se producen daños graves contra el medio ambiente que solo pueden ser paliados con graves dificultades o después de un largo periodo de tiempo.

La propuesta de Heine expresa muy bien la esencia del modelo. Las personas físicas desaparecen y se acoge a un modelo de «causalidad relajada». A la empresa no se le imputa ningún delito, lo que exigiría del comportamiento de una persona física. La propuesta significativamente no habla ni de homicidio, ni de delito ecológico, sino de muertes, daños, peligros, etc.

La estructura típica del precepto es, además, relativamente sencilla: se requiere un control defectuoso del riesgo característico de la actividad empresarial que se realiza en un acontecimiento especialmente grave, el disturbio empresarial. Este último elemento constituye una condición objetiva de sanción y no el resultado del delito. La relación entre ambos elementos se establece a partir de una teoría similar a la del incremento del riesgo, desechándose fórmulas causales estrictas como la teoría de la condición.

Además de lo anterior, de la estructura típica resulta interesante observar la estructura temporal que sostiene al concepto de culpabilidad de empresa. La culpabilidad no se refiere al momento concreto en el que se produce la lesión, sino que se trata de una «culpabilidad duradera». No es relevante un fallo puntual en la organización, sino el hecho de que a largo plazo no se mantenga una organización adecuada de forma constante que impida cumplir con los deberes de aseguramiento del riesgo en un determinado instante. En el terreno práctico esto no centraría la investigación procesal en cómo estaba gestionada la empresa el día *D*, sino en cómo había sido organizada a lo largo del tiempo.

Propuesta de Fisse y Braithwaite

La propuesta de culpabilidad de Fisse y Braithwaite establece un programa de acción distinto.

Si hasta ahora, a semejanza del derecho penal individual, el esquema es: acción → sanción. El propuesto es: acción → reacción de la empresa → (en su caso) sanción. Lo decisivo no es como la empresa se comporte antes del hecho delictivo, sino su reacción ante los acontecimientos. El comportamiento posdelictivo, o *reactive corporate fault*, «que puede ser definido como una culpabilidad de empresa consistente en no adoptar medidas preventivas o correctivas satisfactorias como respuesta a la comisión de un *actus reus* o un delito por los empleados cuando actúan por cuenta de la corporación».

El cambio de enfoque implica que los problemas a la hora de diseñar el sistema de imputación sean distintos. No se trata de construir el dolo o la antijuricidad *ex ante*, sino *ex post*. Así pues, Fisse, intentando positivizar su fórmula, señala que:

«el delito de incumplimiento grave posdelictivo requerirá la prueba de la culpabilidad de empresa, entendida como política empresarial implícita o explícita de infracción deliberada o desconsiderada del deber legal de emprender medidas preventivas o reactivas».

La piedra angular de la *corporate reactive fault* es el diseño de las medidas posdelictivas tendentes a aumentar y asegurar el compromiso futuro de la empresa. En su esquema, la respuesta penal usual debería ser la siguiente: tras el acaecimiento del evento, la empresa debe poner en marcha una investigación interna por tiempo determinado que incluya las correspondientes medidas disciplinarias.

Todo ello debe ser supervisado por el tribunal competente. Tras esta investigación, la empresa debe preparar un programa estableciendo qué llevará a cabo en el futuro para evitar hechos como el acaecido, en los que es especialmente importante designar a personas cualificadas e independientes para que sean los responsables de poner en marcha estos programas de cumplimiento, así como establecer comisiones de control que verifiquen el cumplimiento del programa. Esta suerte de justicia dialogada o control social dialogado entre la empresa y el Estado constituiría la forma normal de intervención. No obstante, de no resultar y existir, por ejemplo, reincidencia, habría que utilizar las sanciones y, en última instancia, la incapacitación.

A partir de aquí, el autor establece un sistema de imputación paralelo al que existe en relación con la persona jurídica. En el que su injusto, en su vertiente objetiva, estaría determinado por un defecto de organización que ha generado un riesgo para un bien jurídico y, en su vertiente subjetiva, por un dolo basado en el conocimiento colectivo del riesgo empresarial. El conocimiento colectivo se fundamenta en los conocimientos de la sociología empresarial.

Así pues, por lo que se refiere a la culpabilidad empresarial, sintéticamente equivaldría a la presencia de una cultura corporativa de infidelidad al derecho, que cuestiona la vigencia de las normas.

2.2. Crítica al modelo de la culpabilidad propia

La seña de identidad de la culpabilidad de empresa es que prescinde de la idea de transferencia y, por tanto, cree que puede prescindir totalmente del agente. Esta independencia absoluta representa un error.

Que la culpabilidad no se transfiera no implica en modo alguno que sea indiferente para establecer la culpabilidad de la empresa saber quién es el agente, cuál es su nivel jerárquico en la entidad, cuál es su grado de culpabilidad o el delito que se ha cometido.

1) La culpabilidad de la empresa puede establecerse prescindiendo del agente, pero difícilmente puede cuantificarse sin saber nada de él. Así, por ejemplo, el nivel jerárquico del autor individual es un indicador bastante fiable del grado de culpabilidad o del defecto de organización de la empresa.

Existen razones empíricas que avalan que la culpabilidad de la empresa aumenta a medida que crece el grado jerárquico de la persona individual responsable, por lo que los deberes de autoorganización son mayores en relación con los comportamientos delictivos que realiza la cúspide empresarial que los de los subordinados. Si los altos jefes realizan hechos delictivos es más fácil que dentro de la empresa se propague la realización de conductas delictivas

Propuesta de Carlos Gómez Jara

Una tercera aportación doctrinal a este modelo es la realizada por Carlos Gómez Jara. Para este autor la culpabilidad de la persona jurídica deriva de su libertad de organización, tal como ocurre con las personas físicas. El hecho de que determinadas personas jurídicas alcancen un determinado grado de autoorganización comporta que sea legítimo, desde el punto de vista del derecho penal, que se responsabilice a la empresa por las consecuencias que se derivan del ejercicio de su libertad autoorganizativa.

como *modus operandi* ordinario. El clima de cumplimiento de la empresa es el que proporcionan sus directivos. Por esta razón las medidas de autoorganización son poco creíbles cuando el propio vértice de la empresa las elude.

2) En segundo lugar, el hecho cometido por la persona individual es imprescindible para poder dar sentido al dolo o la imprudencia dentro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dolo o imprudencia no significan otra cosa que la existencia de un defecto de organización en la entidad para prevenir comportamientos como el doloso o imprudente realizado por los empleados. No es posible hablar de un tipo objetivo y otro subjetivo, aunque sí es razonable que las penas que se impongan a la empresa sean mayores en los casos de dolo que en los de imprudencia, por la sencilla razón de que los comportamientos dolosos son más peligrosos, generalmente, que los imprudentes, y por ello interesa fomentar más la autorregulación empresarial en relación con los mismos. Los esfuerzos preventivos, de organización y de detección de la empresa deben ser mayores en estos casos.

3) La interrelación entre ambas culpabilidades, la individual y la empresarial, no impide que pueda apreciarse responsabilidad de la empresa en ausencia de la primera. Como ya hemos visto al estudiar el modelo de heterorresponsabilidad, en los delitos imprudentes es perfectamente posible que la empresa sea hecha responsable, aunque ninguna de las personas físicas tenga un comportamiento negligente con la suficiente gravedad como para alcanzar responsabilidad penal.

4) Una crítica ulterior al modelo de la culpabilidad de empresa es de carácter procesal. La gravedad y la existencia del defecto de organización solo se pueden determinar procesalmente cuando se conocen los detalles de comportamiento individual. Desentenderse del mismo atentaría contra el principio de presunción de inocencia.

3. Modelo mixto

El modelo mixto supera las críticas que acabamos de realizar en cuanto al de la culpabilidad propia, ya que no prescinde del hecho cometido por la persona individual para la responsabilidad de la persona jurídica.

En el derecho comparado, la articulación legislativa del modelo mixto se produce básicamente de dos modos:

1) El primero es el de las directrices norteamericanas para la determinación de la pena de las organizaciones. En este modelo la responsabilidad de la empresa consta de dos fases: primero, se constata la atribución del hecho a la empresa conforme al modelo de heterorresponsabilidad y bajo la fórmula del *respondeat superior*; después, se determina la pena atendiendo a la culpabilidad de la empresa.

2) El segundo modelo, mucho más extendido, es, por ejemplo, el italiano, chileno o español, en los que primero se establece la comisión del delito de referencia del autor individual, conforme al modelo de la heterorresponsabilidad, y después se observa si la persona jurídica puede desvincularse del mismo por haber dispuesto de medidas de prevención, detección o reacción que impidan hablar de culpabilidad de empresa. Si estas medidas se consideran enteramente satisfactorias, la persona jurídica no responderá, y si se consideran solo parcialmente satisfactorias, la pena se atenuará.

Los principales problemas del modelo mixto son dos. El primero es determinar en qué consiste la culpabilidad de la empresa, lo que resulta esencial para establecer su responsabilidad penal y el contenido y significado de los programas de cumplimiento. El segundo es la relación que debe existir entre el comportamiento delictivo individual y esta responsabilidad; algo en lo que no acaba de ponerse de acuerdo la doctrina.

Modelos mixtos

Los modelos mixtos son aquellos que combinan el modelo de imputación vicarial o de transferencia con la culpabilidad de empresa. Cada vez son más frecuentes en el derecho comparado y están muy presentes en la mayoría de las nuevas propuestas legislativas. Se trata, por tanto, de un modelo mucho más legislativo que doctrinal, a diferencia de lo que ocurría con la culpabilidad de empresa.

4. El concepto de culpabilidad de empresa y su relación con el delito cometido por la persona física

Como ya se ha visto, existen varias formas de entender la culpabilidad de la empresa. En la discusión actual existen dos debates que se entrecruzan.

El primero de ellos es si la culpabilidad de empresa equivale a un defecto de organización (un programa de cumplimiento no ejecutado correctamente) que ha propiciado la aparición del delito, o si, además, se exige constatar una cultura empresarial defectuosa: la de un ciudadano corporativo que no resulta fiel al derecho. La relevancia práctica de esta disputa es, seguramente, dudosa. Los programas de cumplimiento se basan en la difusión y la consolidación en la empresa de determinados valores éticos. Por lo que la cultura empresarial desviada forma parte, en cualquier caso, del defecto de organización. En realidad, visto desde la óptica de la construcción de los programas de cumplimiento o de determinar la responsabilidad de la entidad, en la práctica, ambas posturas coinciden.

A efectos prácticos, el debate acerca de la estructura temporal de la culpabilidad de empresa es más importante. Para un grupo de autores la culpabilidad de empresa es similar a la culpabilidad por la conducción de la vida, es decir, una culpabilidad por la dirección del negocio. Lo relevante no sería el fallo de organización concreto que ha propiciado el delito, sino constatar que la empresa, durante un espacio relevante de tiempo, no ha mantenido una organización adecuada.

La culpabilidad de empresa se asimilaría al derecho penal de autor: un carácter empresarial defectuoso (una deficiente dirección en materia de cumplimiento normativo) que se mantiene a lo largo del tiempo y que no se refiere a acciones concretas, sino al «ser» de la corporación. Esta idea enlaza, en definitiva, con la idea anterior de que la culpabilidad de empresa se basa en una cultura de la legalidad defectuosa.

Desde esta perspectiva temporal, se insiste igualmente en la gran importancia que tiene la manera de comportarse tras la comisión del delito (*reactive corporate fault*) para medir la culpabilidad de empresa: no adoptar medidas preventivas o correctivas satisfactorias tras la comisión de un delito. Para esta visión, el comportamiento posdelictivo no estaría desvinculado de la culpabilidad, sino que supondría un indicador muy preciso de cuál es la cultura de la entidad.

La distinta estructura temporal de la culpabilidad de empresa justifica la importancia que se le debe dar a la reincidencia empresarial a la hora de elegir y determinar la sanción. E igualmente hace que cobre gran relevancia el com-

portamiento posdelictivo y, en concreto, las conductas como la reparación, la colaboración en la investigación o la implantación de un programa de cumplimiento.

Seguir consecuentemente esta propuesta implicaría que este tipo de atenuaciones o, incluso de factores excluyentes de la responsabilidad, solo debieran tenerse en cuenta cuando forman parte de un programa de cumplimiento empresarial dilatado en el tiempo, y no cuando sean hechos aislados que responden a una estrategia puntual de la dirección empresarial destinada a evitar la responsabilidad.

Estrechamente vinculado al debate sobre la culpabilidad de empresa se encuentra la cuestión de cómo establecer o tener en cuenta la conexión entre la comisión del delito y el defecto de organización o la culpabilidad.

Desde luego, en este punto existe siempre la tendencia constatable en el derecho comparado de que los jueces infieran de la comisión del delito la ineficacia del modelo de organización, lo que haría inútil cualquier tipo de esfuerzo preventivo por parte del ente y generaría un efecto de desaliento similar al que hemos visto que se produce en el modelo vicarial.

Esta conexión, en el derecho comparado, depende de qué naturaleza se otorgue al programa de cumplimiento. En Italia, donde la ineficacia del modelo es considerada como el criterio de imputación subjetiva al ente, en el caso en el que el delito sea cometido por un directivo de la entidad (*apicale*), el artículo 6 del Decreto legislativo 231 exige que el autor debe haber eludido fraudulentamente las medidas de prevención, cuando estas hayan sido correctamente implantadas. Es decir, además de cometer el delito, debe haber realizado una actividad encaminada directamente a eludir alguno de los controles previstos en el programa de cumplimiento. Por esta razón, la sola previsión de un modelo de organización, aunque genéricamente pueda considerarse correcta o eficaz, no resulta suficiente.

Otra manera de establecer esta vinculación (Chile, Italia cuando el delito es cometido por un subordinado, Austria, Suiza...) es que la comisión del delito constituye la circunstancia que da pie a que se examine la idoneidad del programa de cumplimiento para prevenir *ex ante* delitos semejantes al que se ha cometido.

No obstante, existen posiciones dispares acerca de si lo que se examina es la idoneidad, en general, del programa de cumplimiento en su conjunto o del tipo concreto de controles que tienen que ver con la comisión del delito que ha sido cometido.

Esta es la opinión prevalente, por ejemplo, en Italia, donde la operación a realizar para averiguar la eficacia será similar a la que se realiza en los delitos de omisión: comprobar que la adopción de las medidas oportunas habría reducido de manera significativa la posibilidad de que se realizara el delito. De acuerdo con este punto de vista, el programa de cumplimiento o las reglas que, por ejemplo, para su conformación se ofrecen en la legislación italiana o chilena (y ahora en la española), no serían sino el «contorno» o el «contexto» en el que ha de evaluarse el control o los controles que se refieren específicamente al delito realizado. Igualmente, la existencia de esta medida de control interesa en el preciso momento histórico en el que se ha cometido el delito. Los esfuerzos que la empresa haya podido realizar durante este tiempo para implantar una cultura de la legalidad no se tienen en cuenta.

Frente a esta posición, hay quienes proponen un análisis más global del programa de cumplimiento, en el que, en primer término, se utilizan criterios procedentes de la teoría de la imputación objetiva: el defecto de organización equivaldría a la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, del que después habría que concretar, conforme al criterio de realización del riesgo, si es el que se ha plasmado en el delito cometido por el autor individual.

A este primer test, los autores que desarrollan con más coherencia el modelo de autorresponsabilidad añaden otro que determinaría la culpabilidad de la propia empresa o, lo que es lo mismo, la existencia de una cultura de la legalidad. De este modo, aunque exista un defecto de organización concreto manifestado en un hecho, si la empresa demuestra más adelante una cultura de la legalidad, quedaría exenta de pena.

Lo interesante de esta propuesta es que, mientras que la primera parte del test se centra sobre un aspecto muy específico del programa de cumplimiento, la segunda lo evalúa globalmente y atiende, por ejemplo, a los recursos que ha invertido la empresa, a la formación ofrecida, al funcionamiento del canal de denuncias, la imposición de sanciones disciplinarias, etc.

En los países del *common law*, en realidad los programas de cumplimiento más que cómo elemento de la infracción constituyen una *defense*, esto es, una suerte de causa de justificación o exculpación que la empresa puede esgrimir mediante una *due diligence defense*. Esta es la vía por la que los programas de cumplimiento adquirieron alguna relevancia en los Estados Unidos antes de las

Directrices, y hoy es la forma en la que han entrado, por ejemplo, en Canadá (art. 22.2 CP) o en la Ley Bribery, cuya sección 7, apartado 2, señala muy claramente que la adopción de medidas adecuadas es una *defense*. Este hecho tiene como consecuencia que la carga de la prueba pesa sobre la empresa.

Finalmente, en EE. UU., el país que ha generado el debate en torno a la culpabilidad empresarial, la solución que se ha acogido es tener en cuenta los programas de cumplimiento como criterio de determinación de la sanción. El derecho penal federal de los Estados Unidos parte de un modelo de heteroresponsabilidad o vicarial, que es corregido, teniendo en cuenta la culpabilidad de la empresa, en el momento de la determinación de la pena. Este es el cometido del Guidelines for Sentencing Organizations.

No obstante, y más allá de esta cuestión sistemática, lo cierto es que a las Directrices no les preocupa tanto la relación entre el programa de cumplimiento y el delito que en concreto se ha cometido como la existencia de un programa eficaz para proteger ese tipo de infracciones.

5. Las sanciones contra las personas jurídicas

El fin de la sanción o de la pena a la persona jurídica es eminentemente preventivo; consiste en que esta se «resocialice» adoptando mecanismos de autorregulación más eficaces. Se trata de provocar una especie de catarsis en la empresa con el fin no solo de que se inhiba de cometer nuevas infracciones (prevención general negativa), sino de que además adopte las medidas internas necesarias para impedir que esas infracciones se cometan en el futuro (prevención reactiva).

Ahora bien, mientras que esta autorregulación tiene lugar, puede ocurrir que la empresa no esté en condiciones de participar en el tráfico económico sin generar graves riesgos para terceros; por esta razón, la inocuización o prevención especial negativa resulta también un importante fin de las penas.

Tomando como punto de partida estas finalidades, existen varias teorías acerca de cómo configurar el sistema de sanciones: la teoría racional o económica, la estructural y la de persuasión.

1) El **modelo económico** proviene del análisis económico del derecho y encaja plenamente con las propuestas que desde la criminología han realizado los partidarios de la elección racional.

Si el fin de las sanciones contra corporaciones es que estas se organicen de tal modo que prevengan la comisión de hechos delictivos, la multa es capaz de cumplir este objetivo de forma muy eficiente. A diferencia de los individuos, cuyas infracciones pueden estar motivadas por fines irracionales, los delitos que se realizan en las personas jurídicas obedecen a un fin racional, el de maximizar el beneficio.

Por ello, si a la empresa se le amenaza con una sanción que equivale al menos al beneficio que va a obtener, se abstendrá de realizar cualquier hecho delictivo.

Esta fórmula se apoya en **dos presupuestos básicos**:

- El primero es que para que la autoorganización funcione es preciso un cálculo correcto de la multa, lo que se basa en multiplicar las ganancias procedentes del delito, por las posibilidades de que este sea descubierto. Cuanto mayor sea la cifra negra, mayor habrá de ser la multa. El daño social causado por el delito o la proporcionalidad, atendiendo a la importan-

cia del bien jurídico, son en este esquema factores que no necesariamente han de tenerse en cuenta.

- La segunda condición para que la multa motive a la autoorganización es que los socios, cuyas ganancias son el blanco de la sanción, presionen a los administradores o incrementen el control sobre los mismos para que implementen las medidas preventivas necesarias. La autoorganización, o autoresocialización en lenguaje antropomórfico, es más eficiente que cualquier medida de organización impuesta por el juez o la administración. Nadie mejor que la propia persona jurídica para saber cuáles son sus carencias y sus puntos débiles.

2) Los partidarios del **modelo estructural** niegan el punto de partida de la teoría anterior.

Conectando con los conocimientos que proporcionan la sociología y la criminología, se considera que en el comportamiento de las empresas existen focos de irracionalidad. Así se señala, por ejemplo, que la «dirección por resultados» empujaría a ejecutivos y técnicos a infringir la ley cuando lo único que importa a la dirección es el cumplimiento de objetivos económicos. La sanción penal se ve como un mal remoto, comparado con las consecuencias inmediatas que para un directivo puede suponer incumplir con los resultados de la empresa.

Igualmente, como enseñan las teorías procedentes del *street crime*, existen factores individuales, de la personalidad de cada directivo o empleado, que no responden en absoluto a la racionalidad. Los delitos pueden ser cometidos, por ejemplo, por ejecutivos ambiciosos a los que el riesgo de ser sancionados apenas les asuste (aversión al riesgo) y con escaso autocontrol.

Si en la empresa existe ya una mala cultura corporativa, fruto de una dirección despreocupada por los problemas de cumplimiento, la multa no surtirá ningún efecto preventivo, tal como ponen de manifiesto los altos índices de reincidencia que existen en ámbitos como el derecho de la competencia, que utiliza exclusivamente las multas como sanción contra las corporaciones.

Por otro lado, se subrayan también los graves problemas que tiene ejecutar multas como las que propone el modelo económico: las empresas insolventes no serían intimidables, pues saben que no se van a hacer cargo de las multas; los jueces no suelen imponer sanciones que saben que tienen efectos colaterales excesivos para trabajadores o acreedores, y todo ello sin contar con que no es nada fácil calcular una multa óptima (¿cuál es el grado de probabilidad de que un delito sea descubierto?), y que además este modelo tiene serios problemas prácticos en corporaciones distintas a empresas, no presididas por el ánimo de lucro (por ejemplo, en nuestro país, fundaciones, sindicatos, partidos políticos o, allí donde también se sanciona, a las administraciones públicas).

Régimen de prueba (*probation*)

Para el modelo estructural, la sanción estrella sería un peculiar régimen de prueba (*probation*), en el transcurso del cual la empresa, y bajo la supervisión judicial o incluso bajo la dirección de un curador, debería adoptar las medidas para autorregularse más eficazmente. Mientras esto ocurre, sería posible adoptar medidas como la suspensión de la actividad. Las ventajas de este modelo frente al anterior son considerables, pero también posee inconvenientes. El coste de ejecución de una medida como la curatela es altísimo, y lo mismo ocurre con los modelos de multa que proponen o con la sanción de publicación de la sentencia.

3) El tercer modelo sancionador, al que denominaremos **modelo de la persuasión**, parte de planteamientos diferentes a los anteriores.

Cumplir con la legalidad es un hecho que requiere de un proceso de aprendizaje y de negociación que necesita tiempo. Muchas empresas incumplen la ley por no creer en sus objetivos o estimar que simplemente generan una mayor burocracia interna y costes excesivos.

En estas circunstancias, suelen adoptar una actitud de recelo y poco cooperativa hacia las autoridades administrativas encargadas de implementar la normativa, que además suelen partir de una actitud policial de caza al infractor. Por estas razones y frente al modelo policial, las empresas potencialmente cumplidoras deben ser persuadidas por la cooperación y el diálogo, debiendo entrar el derecho penal en escena solo en un momento posterior, aplicando sus sanciones *in crescendo*, dentro de una pirámide punitiva que acabaría con la disolución de la entidad.

El derecho penal solo sería necesario, en un primer momento, para hacer frente a empresas que claramente no tienen intención de cumplir con la normativa o para hacer frente a delitos de gravedad alta.

Lógicamente, este modelo incrementa la discrecionalidad de los encargados de la persecución penal y, sobre todo, de las agencias administrativas, quienes en muchos casos, tras juzgar el estatus moral del autor, abrirían o no las puertas del derecho penal.

Pero este tipo de discrecionalidad no es substancialmente distinta a la que opera en el derecho penal cuando, por ejemplo, se aplican sustitutivos penales o la suspensión de la ejecución. Es más, a la hora de diseñar el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta erróneo desconocer que en todos los sistemas, se reconozcan o no, la administración tributaria, la inspección de trabajo o la de sanidad ejercen, de hecho, una discrecionalidad encubierta a la hora de considerar que un caso es penal o que se queda dentro de sus dominios.

Cercanos a los planteamientos de este modelo se encuentran los que abogan por la introducción de planteamientos de justicia restaurativa.

Aunque procedente de un mundo muy diverso, las estrategias que ha propuesto la justicia restaurativa, por ejemplo, para la delincuencia juvenil pueden aplicarse al ámbito de las personas jurídicas y la delincuencia económica.

La justicia restaurativa es, fundamentalmente, una justicia reparadora, entendiendo el concepto de reparación de un modo amplio. No se trata solo de reparar el daño producido a la víctima, sino de forma más comprehensiva, de reparar la totalidad de los efectos negativos que produce la conducta en la comunidad o grupo social en el que se ha cometido el delito, y de poner las bases para que la infracción no vuelva a repetirse.

En este sentido, se habla de que la reparación tiene un contenido resocializador, tanto del autor como de la víctima, en cuanto a que la reparación la reintegra en la sociedad, pero también en la propia comunidad, ya que se intentan abordar los posibles factores estructurales que ha producido la infracción.

Como puede apreciarse, este tipo de reparación, más que un nuevo fin de la penal, constituye una forma de alcanzar los fines tradicionales de la pena. Rebaja notablemente las exigencias de prevención general, pero, sobre todo, al ir orientada a que la situación no vuelva a producirse, incluye la resocialización. Además de la reparación, la segunda gran característica de la justicia restaurativa es su carácter abierto y deliberativo. En las conferencias restaurativas deben participar todos aquellos que hayan sido afectados por la comisión del delito.

Justicia restaurativa

En el caso de la justicia restaurativa, la sanción clave sería la reparación, entendida en este sentido amplio, que comprendería, por supuesto, la mejora del sistema de cumplimiento, pero también medidas reparadoras que vayan más allá de las de contenidos patrimonial, y que comprendan, por ejemplo, la petición de disculpas, los trabajos en beneficio de la comunidad, la dotación de fondos de asistencia a víctimas, etc.

Desde luego, la instauración de esta nueva filosofía punitiva podría hacerse tanto en el derecho penal como en el sancionador administrativo, y exigiría modificaciones legislativas con el fin de abrir las puertas a esta vía alternativa de resolución de conflictos.

El recorrido por las filosofías punitivas más importantes muestra, en primer lugar, que el sistema de penas no puede desentenderse del tipo de empresa que cometa la infracción. En el fondo, lo que transluce tras las distintas teorías que acabamos de ver no es tanto un debate sobre el fin último de la sanción, sino las estrategias que deben adoptarse ante tipos diferentes o estereotipos de empresas infractoras.

La teoría económica está pensando en una empresa racional, aunque, ciertamente amoral, a la que es posible intimidar. El modelo estructural atiende a los componentes irracionales que puede haber en cualquier grupo humano, que hacen que la intimidación fracase; mientras que el modelo de la persuasión

está pensando en la persona jurídica con problemas de adaptación a las reglas sociales, sobre las que debe actuarse mediante estrategias distintas al «palo y la zanahoria».

Una característica común en buena parte de las legislaciones, entre ellas las europeas, es que contemplan una amplia paleta de sanciones. Las directivas y las decisiones marco de la UE han apostado por que, al lado de la multa, los Estados miembros puedan incluir sanciones interdictivas o la intervención judicial (curatela).

Pues bien, esta diversidad de sanciones solo puede aprovecharse correctamente si se conecta con los distintos tipos de empresas infractoras, y para ello son esenciales, de un lado, los conocimientos que pueda proporcionar la criminología, con el fin de decidir ante qué tipo de empresa nos encontramos; y por el otro, si en la aparición del hecho delictivo han pesado más los favores estructurales, provenientes de la organización, o los individuales.

Si analizamos la tipología de las sanciones que propone la UE para personas jurídicas, vemos que estas en realidad son un híbrido entre penas y medidas de seguridad. El derecho penal contra personas jurídicas es un derecho penal de una única vía. Mientras que la multa es una sanción claramente retrospectiva que mira al hecho cometido, el resto son fundamentalmente sanciones inocuidadoras, destinadas a empresas peligrosas, que atienden a la prevención especial negativa.

Algunas decisiones marco y directivas también contemplan la intervención judicial, que podría conformarse como una *probation*, con el fin de reorganizar la empresa, por medio de un curador u oficial de prueba. Como puede comprobarse, esta paleta de sanciones se adapta –o mejor dicho, puede ser adaptada por el legislador nacional– a la tipología de empresas que acabamos de describir. Aunque limitada por el principio de responsabilidad por el hecho, las sanciones penales contra personas jurídicas deben atender al tipo de autor empresarial.

El fin último de la sanción, la implantación de mecanismos de prevención, solo puede conseguirse si se permite que el juez pueda optar por una sanción adecuada atendiendo a la tipología de empresa que tiene ante sí. De este modo, las empresas en las que se ha cometido un delito de manera ocasional deben ser sancionadas mediante una multa o cualquier otra sanción de contenido disuasivo (prohibición de obtener ayudas públicas), pero dando oportunidad al juez para la suspensión o la aplicación de régimen de prueba (empresas corregibles).

En el caso de empresas reincidentes, debe optarse por sanciones de tipo estructural, como singularmente la intervención o curatela. No debe desdeñarse, además, el fuerte carácter preventivo general, que en todo caso tienen estas medidas para los administradores de la entidad.

Finalmente, deben preverse medidas inoportunas (interdicción, cierre de locales...) para empresas peligrosas, donde las posibilidades de autorregulación son muy escasas y no pueden continuar su actividad sin poner en peligro bienes jurídicos relevantes.

Los programas de cumplimiento tienen un papel importante en la aplicación de este modelo sancionador. En primer lugar, desempeñan un papel esencial a la hora de determinar ante qué tipo de empresa estamos. Aunque el programa de prevención de la persona jurídica no se considere lo suficientemente eficaz como para liberarla de responsabilidad, lo que sí es cierto es que puede ser suficiente como para no considerarla una empresa peligrosa. Igualmente la instauración de un programa de cumplimiento eficaz debe ser el contenido básico de las medidas reestructuradoras, como la intervención, la curatela o la prueba.

Obviamente, también tienen un papel determinante los programas de cumplimiento de optarse por un modelo de justicia restauradora, o cuando, como ocurre en los Estados Unidos, se permitan acuerdos procesales con los fiscales. Un aspecto básico de su contenido, además de la colaboración o el pago de multas, es la implantación de un programa eficaz de cumplimiento.

