

Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa* **

Adán Nieto Martín
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho penal
Universidad Castilla de la Mancha

Resumen

La autorregulación unida a la noción de responsabilidad social, podría convertirse en uno de los pilares de un futuro modelo europeo de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta tesis se fundamenta en el “defecto de organización” como presupuesto de dicha responsabilidad. Además, en cuanto herramienta política criminal, la autorregulación sería un método eficaz para la prevención y esclarecimiento de los delitos que atenten contra los bienes jurídicos afectados por la actividad empresarial, lo que se correspondería no sólo con la actual tendencia legislativa europea sino también con la norteamericana.

Palabras clave

Autorregulación, responsabilidad social, responsabilidad penal de las personas jurídicas

Abstract

Self-regulation combined with *social responsibility*, could become the main concepts for the European model of corporate criminal liability. Such a model – one involving *self-regulation & social responsibility* – is based on the idea that *lack of organization* constitutes the basis for corporate liability. Furthermore, as a matter of criminal policy and in accordance with recent European and American legislative developments, *self-regulation* could be considered as an effective measure in preventing and detecting corporate crimes.

Key Words

Self-regulation, social responsibility, corporate criminal liability

1. Los resquemores ideológicos del liberalismo ante todo lo que sonara a “corporación” no eran caprichosos. La importancia de los gremios, la iglesia y sus órdenes religiosas en la conformación de la vida pública durante la edad media y moderna lo justificaban sobradamente. Igualmente la aparición de las primeras corporaciones mercantiles en la Inglaterra de finales del siglo XVII propiciaron motivos sobrados de preocupación. Prueba de ello fue la *Bubble Act* de 1720 que prohibió durante algunas décadas la

* Trabajo recibido el día 25 de febrero de 2008 y aprobado por el Comité Editorial el día 1 de abril de 2008.

** Versión española de mi contribución al libro homenaje al Prof. Klaus Tiedemann.

creación de sociedades mercantiles en Inglaterra, como consecuencia del fraude masivo de la *South Sea Company*, cuyos dirigentes convencieron a numerosos inversores de que España le otorgaría sin problemas el monopolio del tráfico de esclavos con Sur América, lo que evidentemente no ocurrió.¹

Tras esta, y otras, nefastas experiencias iniciales, no es de extrañar que siempre haya existido la preocupación de cómo controlar de forma eficaz el comportamiento de las corporaciones. Un control que ha tenido dos focos. El primero deriva de la separación entre propiedad y gestión dentro de la empresa. Ya *Adam Smith* advertía que, dado que los administradores no pueden ser controlados en su manejo del dinero de otros como si fueran asistentes, siempre puede existir negligencia y fraude. Se trata pues, del conflicto entre *Shareholders* y administradores.² El segundo foco de control es el existente entre los *Stakeholders* y la empresa. Sobre todo en los países anglosajones, notaron muy pronto cómo grandes parcelas de la vida de los ciudadanos estaban bajo el control de las corporaciones: alimentación, transportes, medio ambiente, salud, ahorro, inversiones y ello sin contar la condición de asalariado. Y, por supuesto, muy pronto se experimentó la capacidad de influencia de las corporaciones sobre el poder político, para hacer y deshacer leyes a su medida, a través de turbias relaciones canalizadas por la corrupción. Pronto se descubrió, por tanto, un segundo conflicto, el existente entre la búsqueda del mayor beneficio por parte de la corporación y el de importantísimos intereses públicos y colectivos.

A grandes rasgos podría decirse, que el buen gobierno corporativo actúa dentro del primer foco de tensión con el fin de evitar los abusos de poder por parte de los administradores; mientras que lo que se conoce como responsabilidad social corporativa iría destinada a conciliar el interés de la empresa con su entorno. Lógicamente no existe una separación tan estricta: como muestra el código de buen gobierno modelo del *American Law Institute*, y en su senda otros muchos, parte del buen gobierno corporativo consiste en garantizar el respeto a la ley y en tener una producción respetuosa con el entorno.³ De hecho figuras, hoy tan conocidas, como los consejeros independientes, nacen con la pretensión de dar una voz en el consejo a todos esos intereses públicos contrapuestos a los intereses del accionariado.⁴

Una vez detectado el problema se planteó el cómo resolverlo. Y en este punto aparecieron dos estrategias que responden a planteamientos ideológicos bien distintos. Unos, los más proclives a las corporaciones, apostaban por la no intervención del Estado y por la autorregulación. Mientras que otros, *Roosvelt, Keynnes* y, en general, los países europeos, eran partidarios de la regulación y del intervencionismo estatal. Estas dos tendencias han librado un enconado combate desde los años 30 del pasado

¹ Para una historia del *corporate power* vid. BALKAN, Joel. *The Corporation. The Pathological pursuit of profit and power*. New York: Free Press, 2004, *passim*; PERROW, Charles. *Organizing America: Wealth, Power and the Origins of Corporate Capitalism*. Princenton: Princenton University Press, 2002, *passim*.

² Cfr. SMITH, Adam. *La riqueza de las naciones*. Barcelona: Editorial Bosch, 1983, *passim* y el también clásico BERLE, Adolf; MENS, Gardiner. *The Modern Corporation and Private Property*. New York: Harcourt, Brace & World, 1968, *passim*. Para el debate europeo VELASCO, Esteban. *El poder de decisión de las sociedades anónimas*. Madrid: Civitas, 1982, *passim*.

³ Vid. American Law Institute, *Principles of Corporate Governance*, 2.01.

⁴ STONE, Christofer. *Where the Law End, The Social Control of Corporate Behaviour*. New York: Harper and Row, 1975, *passim*.

siglo. Como resultado de la lid puede decirse que hasta la década de los ochenta la ventaja era para los partidarios de la regulación; a partir de este momento, con los gobiernos de *Reagan* y *Teacher*, apoyados intelectualmente por una corriente de pensamiento tan influyente como la escuela de Chicago, la balanza se inclinó hacia la privatización y la liberalización.⁵

Lógicamente a estas dos tendencias generales, habría que añadir las notables diferencias existentes dentro del intervencionismo entre Europa y los Estados Unidos, que descansan principalmente en tres razones: la cláusula constitucional de “Estado Social” que entre nosotros legitima una intervención más intensa y amplia; la ausencia de gigantes empresariales semejantes a los norteamericanos en el continente europeo, donde los servicios públicos hasta los años noventa estaban todos en manos del Estado; y la existencia de distintos modelos de financiación empresarial, el bursátil, en los Estados Unidos, y el bancario en Europa. De este modo, los europeos a la par que no nos sentíamos tan amenazados por el *corporate power*, tampoco habíamos desarrollado el derecho de los mercados financieros y las posibilidades de control que este ofrece a través de la idea de transparencia.

Más desde los años noventa del pasado siglo, tal como señala el título de una obra muy conocida de *Ian Ayres* y *John Braithwaite*, el debate “trasciende” a la vieja polémica entre intervención y autorregulación.⁶ Ello se debe a un mundo *luhmanianamente* más complejo, en el que son ineficientes muchas de las técnicas clásicas de intervención. Aunque los términos globalización y sociedad del riesgo produzcan a estas alturas la sensación de cansancio que conllevan todos los tópicos, no puede desconocerse la existencia de un mundo tecnológicamente más complicado, en el que el saber se encuentra más en los centros de I+D de las empresas que en la administración que ha perdido, de este modo, su antigua autoridad técnica y con ella parte de su capacidad de regulación. E igualmente tampoco puede olvidarse que la globalización conlleva una disminución considerable de la eficacia de los ordenamientos jurídicos nacionales. De la empresa *fordista*, que realiza toda su producción en un único territorio, se ha pasado a la empresa que deslocaliza y que se vale del *forum shopping*, que le suministra la liberalización de los mercados. Estos dos fenómenos han contribuido al aumento del poder de las corporaciones frente al Estado en todos los rincones del mundo. En este sentido hay quien habla incluso de un neocorporativismo en el que las empresas y no los individuos ocuparían el papel hegemónico en la sociedad, lo que no debe extrañarnos cuando se repara que de las cien economías más potentes del mundo 51 son corporaciones.⁷

Como consecuencia de esta situación, sumariamente descrita, en las últimas dos décadas ha surgido un nuevo modelo de intervencionismo público que utiliza una nueva estrategia reguladora, la denominada *self regulation* o autorregulación regulada. Se trata

⁵ Cfr. AYRES, Ian; BRAITHWAITE, Jhon. *Responsive Regulation, Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford University Press, pp. 3 y ss; BRAITHWAITE, Jhon. “The New Regulatory State and the Transformation of Criminologie.” *British Journal of Criminology*, vol. 40, nº2, (2000), pp. 222-238.

⁶ Cfr. AYRES, BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, cit. nota al pie nº5, p. 7 ss.

⁷ Sobre todas estas cuestiones DARNACULLETA, Mª Mercè. *Autorregulación y Derecho público: La autorregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 37 ss; GÓMEZ JARA, Carlos. *La culpabilidad penal en la empresa*. Madrid: Marcial Pons, 2005, pp. 263 y ss.

de un “intervencionismo a distancia” basado en la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y otros agentes sociales (sindicatos, ONGs...) con el fin no solo de generar o perfilar normas de comportamiento, sino también encargarse de su *enforcement*. Los ejemplos, como en seguida vamos a ver con más detenimiento, son muy numerosos, el moderno derecho del medio ambiente, el relativo a la protección de la salud de los trabajadores, consumidores, accionistas, inversores o las obligaciones administrativas del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo descansan en la *self regulation*.⁸

Ciertamente, a los que tenemos raigambres ideológicas socialistas o somos, sin más, proclives al intervencionismo estatal este modelo de intervención nos produce *prima facie* cierta desconfianza, pues no deja de constituir una forma de privatización. No obstante, estos prejuicios desaparecen si, a partir de la crisis del Estado regulador expuesta anteriormente, pensamos que no se trata de “ausencia” de Estado, sino de garantizar su presencia eficaz, mediante una forma de control social más sofisticada.⁹ Por si resulta necesaria alguna ayuda más para vencer los prejuicios ideológicos, la nueva tecnología del poder se fundamenta en algo que ya había “denunciado” nada menos que *Michael Foucault*, quien había advertido cómo el Estado contemporáneo suele aprovechar la capacidad de los regulados en regular su propio comportamiento, mediante una tecnología de dominio, indirecta, pero más sofisticada, a través de la cual el Estado reconfiguraría las reglas de autorregulación de los sujetos a derecho.¹⁰ Los amantes de las fundamentaciones más teóricas, pueden apreciar que este nuevo Estado regulador concuerda, por ejemplo, con los presupuestos del derecho reflexivo de *Gunther Teubner*.¹¹

Todo este discurso que proviene de la teoría del derecho, de la filosofía política, y de diversas ramas del ordenamiento jurídico, nos suena familiar a los penalistas, porque en realidad lo que descubrimos tras él son nuevas formas de control social estatal, es decir, un conjunto de mecanismos destinados a obtener un mayor dominio sobre las personas que se integran en una organización, con el fin de que estas adopten determinados modelos de conducta. Lógicamente, la aparición de una nueva forma de control social tiene que tener influencia en la forma de control social pública más grave y formalizada de todas, el derecho penal. Además y puesto que este nuevo estado regulador tiene que ver sobre todo con el control de las corporaciones, el ámbito donde más se siente su influencia es en el derecho penal de la empresa. Por ello, y a continuación, tras estudiar con los sectores del derecho económico donde se ha manifestado con más claridad esta nueva forma de intervención, esbozaré las distintas consecuencias que de ella se derivan.

⁸ Para una visión tanto del debate europeo como del norteamericano DARNACULLETA, *Autorregulación y Derecho público*, cit. nota al pie nº7, pp. 322 y ss.

⁹ Cfr. DARNACULLETA, *Autorregulación y Derecho público*, cit. nota al pie nº7, pp. 333 y ss; PARDO, José Esteve. *Autorregulación. Génesis y Efectos*. Pamplona: Aranzadi, 2002, p. 27, GÓMEZ JARA. *La culpabilidad penal*, cit. nota al pie nº7, p. 266.

¹⁰ BRAITHWAITE, *The New Regulatory State*, cit. nota al pie nº5, p. 225.

¹¹ Vid. por ejemplo TEUBNER, Gunther. “How the Law Thinks: Toward a Constructivist Epistemology of Law”. *Law & Society Review*, Vol. 23, nº5, (1989), pp.727-757; sobre las conexiones entre la autorregulación y el derecho reflexivo vid. también DARNACULLETA, *Autorregulación y Derecho público*, cit. nota al pie nº7, p. 313 y GÓMEZ JARA, *La culpabilidad penal*, cit. nota al pie nº7, pp. 262 y ss.

2. Cuando se analiza la evolución del ordenamiento jurídico español y europeo se constata que esta nueva estrategia de control o de intervencionismo administrativo, se comparte por sectores muy heterogéneos.¹² Sin ánimo alguno de exhaustividad aquí se han elegido como ejemplos la prevención de riesgos laborales, el derecho de los mercados financieros, el medio ambiente, la protección del consumidor, el blanqueo de capitales y el buen gobierno corporativo. Nota común a todos estos sectores es la adopción de la *self regulation*, a través de la cual la normativa administrativa incita a las empresas a que adopten determinadas normas de organización destinadas a complementar tanto la función normativa del Estado, como su función policial y sancionadora.

El primer elemento de la autorregulación es la necesidad de que las empresas establezcan normas de comportamiento que se plasman en instrumentos de muy diverso nombre: códigos de conducta, de buen gobierno, de buenas prácticas, técnicos o éticos etc. Debido a la complejidad técnica,¹³ legal o moral¹⁴ existente en muchos sectores la ley no está hoy en condiciones de regular pormenorizadamente un buen número de situaciones. De ahí que la primera función de la autorregulación sea normalmente el concretar y especificar principios que solo han sido enunciados de forma genérica, y además hacerlo a la luz de las distintas peculiaridades de cada empresa. En algunos supuestos además, como el blanqueo de capitales¹⁵ o la prevención de riesgos laborales,¹⁶ se exige a las empresas que formen a sus empleados en el cumplimiento de las normas de comportamiento, labor ésta que el Estado salvo en sectores muy específicos (vgr. tráfico rodado) ha descuidado siempre.

¹² Cfr. nuevamente DARNACULLETA, *Autorregulación y Derecho público*, cit. nota al pie nº7, *passim*.

¹³ Las normas que regulan problemas técnicos son las más numerosas. Y aquí cabría citar en primer lugar el Plan de prevención de riesgos laborales (art. 2 del Real Decreto 39/1997, Reglamento del Servicio de prevención de riesgos laborales), el Sistema de Análisis de Peligros y Puntos Críticos que en materia de seguridad alimentaria establece el RD 2207/1995, por el que se establecen las normas de higiene de los productos alimenticios o los sistemas de gestión ambiental del Reglamento CEE 1836/93/CE.

¹⁴ A resolver la complejidad legal se encaminan muchas de las normas de conducta de los Códigos de gobierno corporativo, que intentan concretar deberes tan difusos como el de diligencia y el de lealtad de los administradores, sobre todo en este último caso, ante situaciones de conflicto de intereses. Igualmente resuelven problemas legales derivados de conflictos de intereses, los reglamentos internos de conducta que deben elaborar las empresas que prestan servicios de inversión y los emisores de valores con el fin de concretar sus deberes de diligencia, lealtad y transparencia y que se elaboran a partir de lo dispuesto en el Real Decreto 629/1993 de tres de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios.

A los efectos de este trabajo son muy significativos los Códigos de conducta que tienen como finalidad que la empresa cumpla con determinadas obligaciones legales, cuya finalidad es la de colaborar con el Estado en la consecución de un determinado fin público. Este es el caso, evidentemente, de la normativa sobre blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Para que las obligaciones legales (conozca a su cliente, deber de examen etc.) puedan cumplirse con efectividad, el art. 34 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de Octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo requiere de los sujetos obligados establezcan políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida con respecto al cliente, información, conservación de documentos, control interno, evaluación de riesgo etc. Lo que lógicamente debe concretarse en normas de conducta que indiquen, por ejemplo, a los empleados de la entidad como deben comportarse y que pasos han de seguir ante operaciones sospechosas de blanqueo. Igualmente incluiría dentro de las normas de conducta destinadas a cumplir con mandatos legales, las normas destinadas a establecer medidas con el fin de impedir la utilización por parte de los directivos de la entidad de información privilegiada (art. 83 bis de la Ley de mercado de valores).

¹⁵ Vid. art. 35 segundo párrafo de la Directiva 2005/60/CE.

¹⁶ Arts. 18, 20 de la Ley 31/1995 Seguridad e Higiene en el Trabajo.

Las normas de conducta internas que la empresa debe establecer por mandato legal no deben contemplarse como el “pariente laico” de los Códigos éticos que, por ejemplo, poseen ya en la actualidad dentro de la UE la mayor parte de las empresas cotizadas. En realidad, además de compartir el mismo ADN, existe una relación de complementariedad entre ellos. Es verdad, que los Códigos éticos en puridad no gozan de relevancia jurídica, mas tal como pone de manifiesto los últimos estudios sobre el control interno, la empresa solo puede garantizar que sus directivos y empleados cumplan con la ley cuando se esfuerza en que éstos asuman los valores éticos en que descansa la regulación estatal.¹⁷ Por ello no es de extrañar que, por ejemplo, el segundo informe – Informe Aldama- de buen gobierno corporativo español se hable del “marco ético del gobierno corporativo”¹⁸ y que en el marco de la prevención de riesgos laborales, se insista en que la “actuación de la empresa desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio, de deberes y obligaciones empresariales”.¹⁹

El segundo de los elementos del sistema de organización empresarial es la mejora de los sistemas de información, tanto los que regulan la circulación de la información en el interior de la corporación, como los que establecen cauces de comunicación con el exterior – autoridades, consumidores, accionistas -. Con ello se contrarresta una de los factores criminógenos más conocidos del *corporate crime*, la compartimentación de la información. Así, nuevamente en el marco del buen gobierno corporativo, se señala que para que los consejeros ejerzan eficazmente sus funciones supervisoras debe establecerse el derecho de todo administrador a “recabar y obtener la información y el asesoramiento necesarios para el cumplimiento de sus funciones de supervisión”.²⁰ Los deberes de documentación del blanqueo de capitales²¹ o de la prevención de riesgos laborales²² tienen como función que la empresa genere material probatorio, con el fin de que en caso de producirse una infracción resulte más sencillo localizar a sus responsables. Mas sin duda la “estrella” de las últimas disposiciones administrativas en orden a mejorar la circulación de la información, sobre todo la que puede dar lugar al descubrimiento de hechos delictivos, son los *Whistleblowers*,²³ a los que se refiere por ejemplo el art. 27 de la Directiva 2005/60 sobre blanqueo de capitales y financiación del

¹⁷ Vid. JOSEPH, Joshua. “Integrating Business Ethics and Compliance Programs: A Study of Ethics officers in Leading Organizations”. *Business and Society Review*, vol:107, (2002), p.309-347; PAINE, Lynn Sharp. “Managing for Organizational integrity”. *Harvard Business Review*. March-April, (1994), pp. 106 y ss. más detalles en NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008, § 6.

¹⁸ Informe de la Comisión especial para el fomento de la transparencia y la seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas, 8 de enero de 2003, p. 26. En: <http://www.cnmv.es/index.htm>, visitado el día 29 de mayo de 2008.

¹⁹ Ley 31/1995 Seguridad e Higiene en el Trabajo.

²⁰ *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Madrid: 1998, En: <http://www.cnmv.es/index.htm>, visitado el día 29 de mayo de 2008.

²¹ Art. 3.3 Ley 19/1993 de prevención del blanqueo de capitales.

²² Art. 23 Ley 31/1995 Seguridad e Higiene en el Trabajo.

²³ Vid. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (whistleblowers) como estrategia político criminal”. *InDret*, Julio, (2006), pp. 1-33. En: http://www.indret.com/pdf/537_es.pdf. RODRIGUEZ YAGÜE, Cristina. “La protección de los Whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”. En: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTIN, Adán (coords). *Eurodelitos de Fraude y corrupción*. Cuenca: Colección Marino Barbero Santos, Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha, 2006.

terrorismo, y en un ámbito bien distinto, la normativa sobre prevención de riesgos laborales, donde, con otro mecanismo motivador, se sanciona al trabajador que no informe de inmediato a su superior jerárquico de cualquier situación que entrañe, por motivos razonables, un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores.²⁴

Una característica ulterior de la normativa sobre *self regulation* es la tendencia a que la empresa refleje en su estructura estos nuevos cometidos, designando personas u órganos cuyo cometido específico sería el velar por la efectividad de la organización empresarial. Este proceso de institucionalización es muy evidente en el sector de la prevención de riesgos laborales, a través de los servicios de prevención con que deben contar todas las empresas,²⁵ pero también en el blanqueo de capitales, con los órganos de control.²⁶ Órganos de cumplimiento especializado son también los comités de auditoría o de retribuciones y, e incluso, los consejeros independientes dentro del buen gobierno corporativo. Es bastante común además que en estos sectores se limite de forma expresa la delegación de funciones, con el fin de que los administradores se impliquen directamente en las tareas de prevención.²⁷ En la literatura norteamericana se habla, en este sentido, de que la *compliance* solo se toma en serio por la empresa, cuando los superiores se implican en ella, considerándola (*tone at the top*), por tanto, un objetivo empresarial similar a la obtención de beneficios.²⁸

Cuarta nota común a los sistemas de autorregulación regulada es la exigencia de un control externo que certifique, evalúe o audite la idoneidad del sistema de autorregulación. Baste en este punto con señalar que al lado de la auditoría contable han aparecido otros diversos tipos de auditoría como la laboral, la ecológica e incluso se está desarrollando un sistema de auditoría social con el fin de comprobar en qué medida las empresas cumplen con los deberes que dimanen de su responsabilidad social.²⁹ En cualquier caso debe señalarse que en este aspecto de la autorregulación existen diferencias que en una línea continua podríamos situar entre la técnica de la certificación de que la empresa dispone de normas técnicas y que las cumple, hasta la obligación de someterse a auditorías rigurosas, en las que además se busca la independencia del controlador externo, como son la auditoría contable y también la existente en material de prevención de riesgos laborales.

A la par que la auditoría se extiende, las normas de auditoría clásica confieren cada vez con mayor claridad al auditor una función policial con el fin de descubrir las irregularidades que tienen lugar dentro de la empresa. Si de acuerdo con la concepción

²⁴ Art. 29.2. 4ª. Ley 31/1995 Seguridad e Higiene en el Trabajo.

²⁵ Arts. 30 ss Ley 31/1995 Seguridad e Higiene en el Trabajo.

²⁶ Arts. 12 RD 925/1995, aprueba el Reglamento de la Ley 19/1993 que establece determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales.

²⁷ Art. 2.2 RD 39/1997 reglamento de servicios de prevención de riesgos laborales.

²⁸ Cfr. SCHROEDER, *Doris*. “Ethics from the top, Management and ethical business”, *Business Ethics - A European Review*. Oxford: Blackwell Publishers: Vol 11 (2002) pp. 260-267; SHEEDER, Frank E., “What Exactly is “tone at the top” and is it really that a big deal?”. *Journal of Health Care Compliance*. May-June, 2005, pp. 35 ss.

²⁹ La heteroevaluación es constante en materias como la prevención de riesgos laborales art. 29 ss RD 39/1997 o el medio ambiente art. 6 del Reglamento CEE 1836/93. Sobre la evaluación de la responsabilidad social que plantea problemas similares existen ya normas de auditoría internacionales, concretamente la SA8000, elaborada por la Social Accountability Internacional, que evalúan los controles de la empresa destinados, por ejemplo, a asegurar la vigencia de derechos humanos básicos, vid. www.sa-intl.org.

tradicional el auditor podía actuar bajo la creencia de que todo está en orden, y solo adquirir una obligación de denunciar o investigar cuando se encontraba con algún tipo de irregularidad, las nuevas normas de auditoría obligan a actuar con la obligación de investigar aquellos hechos delictivos que pueden tener reflejo en el balance.³⁰ Esta tendencia de crear nuevos *gatekeepers* va en aumento imponiendo también a abogados o contables obligaciones de denuncia.³¹

Una técnica alternativa o adicional a la auditoría para garantizar la eficacia de la organización interna es la transparencia, esto es, la obligación de informar públicamente acerca del modo en que la empresa se organiza para cumplir un determinado objetivo.³² Esta es la función, por ejemplo, de los informes de buen gobierno corporativo en el mercado de valores.³³

De lo que se indica hasta ahora podría desprenderse una idea engañosa, algo así como que el modelo de autorregulación al que nos estamos refiriendo consiste en que la Administración delega absolutamente en las corporaciones la capacidad de crear normas de conducta y de asegurar su cumplimiento. Para las posturas antiintervencionistas más coherentes esta sería en verdad la solución, en cuanto que consideran qué nadie mejor que las propias empresas para dotarse de las normas internas más convenientes. Cualquier intervención del Estado sería disfuncional. Pese a esta visión, lo que caracteriza a la moderna *self regulation* es una intervención administrativa distinta, menos coactiva y más dialogante. Así en ocasiones se incentiva positivamente la autorregulación, mediante sistemas a los que las empresas voluntariamente pueden adherirse,³⁴ en otros, la ley se ofrece principios genéricos que las empresas han de desarrollar, pero cooperando después la propia administración, de forma dialogada, en la concreción del modelo de organización de cada empresa.³⁵ En el gobierno corporativo la fórmula ha sido la designación de grupos de expertos que confeccionan recomendaciones, dotadas de un gran grado de flexibilidad.³⁶ que posteriormente las empresas deben seguir o, en caso contrario explicar por qué se apartan de ellas. Todo ello no impide que tras el diálogo la administración se reserve cierto grado de control a través de autorizaciones ex ante o la supervisión ex post del modelo de autorregulación

³⁰ La nueva norma internacional de auditoría ISA 240 exige de los auditores que lleven a cabo procedimiento de auditoría que puedan responder de forma rápida a la identificación de riesgos de declaraciones falsas.

³¹ COFFEE, Jhon. “The attorney as gatekeeper: an agenda for the SEC”. *Columbia Law and Economic Working Paper*. No. 221. Vol 103, (2003), pp. 1296 y ss

³² Cfr. NIETO MARTÍN, Adán. “El programa político criminal del corporate governance”. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, N°11, (2004), p. 11, 2004.

³³ Art. 116 Ley del Mercado de valores.

³⁴ Vid. Art. 1 del Reglamento CE 1863/93 del Consejo, por el que se permite a las empresas del sector industrial que se adhieran con carácter voluntario al sistema comunitario de gestión y auditoría ambientales.

³⁵ Sería el caso de Reglamento CE 852/2004, de 29 de abril del Consejo y del Parlamento, DOCE L 30 de abril 2004, núm. 139 y de las “guías de prácticas correctas” (art. 7 ss), o en el caso de sistemas de prevención de riesgos laborales, donde intervienen los representantes de los trabajadores y también la inspección de trabajo.

³⁶ Comisiones de Olivencia y Aldama, que finalmente han dado paso a una propuesta por parte del organismo regulador – la Comisión Nacional del Mercado de Valores – que las empresas cotizadas pueden tomar como referencia para cumplir con lo dispuesto en el art. 116 de la LMV.(vid. la distinta documentación en <http://www.cnmv.es/index.htm>.)

creado por la empresa.³⁷ Es también frecuente que en la confección de la autorregulación intervengan terceros afectados individualmente por la actividad empresarial y si se trata de intereses colectivos, representantes de estos intereses, lo que ocurre singularmente en España de los sindicatos y los trabajadores en el sistema de prevención de riesgos laborales.³⁸

Esta nueva forma de regulación administrativa, distinta en forma y espíritu, a la tradicional ha sido estudiada particularmente por *Ayres* y *Braithwaite*, bajo los nombres de *Trispartism* o *Responsive Regulation*. Su eficiencia descansa en que, de un lado, permite la creatividad empresarial, al huir de una regulación detallada, y de otro, la intervención de terceros, de distintos *public interest groups*, tanto en el momento de la confección de los sistemas de prevención como en el del *law enforcement* evita problemas tan clásicos de toda la teoría de la regulación, como la posibilidad de que a través de la corrupción o el *lobby* las empresas consigan de la administración la regulación más propicia para sus intereses (*capture theory*).³⁹

3. La irrupción de la autorregulación en el derecho administrativo, como forma de controlar el comportamiento de las corporaciones, despliega tanto de *lege lata* como, a mi juicio, de *lege desiderata* notables efectos en todo el derecho penal de la empresa.

La primera opción sería plantear la autorregulación como alternativa al derecho penal, sustituyendo conforme al principio de *ultima ratio* el control social público, por este nuevo control de naturaleza semiprivada.⁴⁰ En este sentido, podría mantenerse, por ejemplo, que la intervención del derecho sancionador y de la supervisión estatal debería proyectarse no sobre las conductas individuales que, por ejemplo, lesionan el medio ambiente, sino sobre la idoneidad del modelo de organización empresarial para evitar tales lesiones. Se trataría de un derecho penal – o sancionador administrativo – que sancionaría sobre todo a la empresa por no auto organizarse de forma correcta. A favor de esta estrategia podría alegar que, de un lado, la responsabilidad individual puede ser establecida mediante el derecho disciplinario de la empresa y, que de otro, los recursos públicos se utilizan de este modo de una manera más eficiente.

Esta ruta político criminal debe ser rechazada, entre otras razones, porque la responsabilidad individual debe seguir siendo el pilar básico del sistema penal y ello aunque se abogue por introducir la responsabilidad de personas jurídicas. Cuestión distinta es la posibilidad de valorar la oportunidad de que los modelos de autoorganización deban dotarse de sanciones disciplinarias, con el fin de sancionar la infracción a las normas de comportamiento procedentes de la autoorganización, y de que éstas puedan modular la intervención del derecho penal.⁴¹ En este sentido, sería razonable proponer que cuando dentro de una organización un trabajador o técnico tenga un grado de responsabilidad no demasiado elevado en la comisión de un delito

³⁷ Como ocurre en el blanqueo de capitales art. 11.6 del Real Decreto 925/1995, de 9 de junio o en los códigos de conducta de los intermediarios financieros art. 3.4 y 5 del Real Decreto 629/1993.

³⁸ Arts. 33 ss, Ley 31/1995 prevención de riesgos laborales.

³⁹ Ampliamente AYRES, BRAITHWAITE, *Responsive Regulation*, cit. nota al pie nº5, pp. 55 y ss.

⁴⁰ Cfr. PASTOR MUÑOZ, Nuria. “La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos contra la propia empresa: ¿Derecho penal o autorregulación empresarial?”, *InDret*, Octubre (2006), pp. 1-17. En: http://www.indret.com/pdf/380_es.pdf.

⁴¹ FISSE, Brent; BRAITHWAITE, Jhon. *Corporations, Crime and Accountability*. Cambridge University Press, 1993, pp. 80 y ss., pp. 96 y ss., y pp. 193 y ss.

contra el medio ambiente o los consumidores, bastara con la imposición de la sanción disciplinaria para cumplir con los niveles de prevención general y especial necesarios. En los ordenamientos procesales donde rige el principio de oportunidad, esta consideración debiera sin duda tenerse presente. Igualmente desde el punto de vista del principio de proporcionalidad y *non bis in idem* resultaría adecuado tener en cuenta en la medición de la pena, conforme al principio de cuenta, que por los mismos hechos ya se ha impuesto una sanción disciplinaria. En este caso debe reconocerse que la sanción disciplinaria, aunque tiene carácter privado forma parte de un sistema de autorregulación que goza de reconocimiento por el derecho público.⁴² Mucho más cuestionable resulta en cambio que se de algún efecto a aquellas sanciones que establecen grupos de empresas (vgr. la industria farmacéutica) para los casos en que alguno de sus miembros viole los códigos de buenas prácticas, como el que por ejemplo tienen la industria farmacéutica en materia de publicidad.⁴³ Este tipo de autorregulaciones, sobre las que no existe control público alguno, son más parte en ocasiones del *marketing* y del aparato publicitario de la empresa, que muestras de una auténtica responsabilidad social.

La importancia de la autorregulación para el derecho penal es notoria a mi juicio en el marco de la imprudencia. La metodología esencial en la elaboración de un sistema de autoorganización es el denominado *risk assesment*, método a través del cual la empresa debe evaluar los sectores de su actividad que son más proclives a generar riesgos no permitidos para la lesión de determinados bienes jurídicos o de infracciones normativas (blanqueo de capitales). A partir de esta valoración del riesgo las empresas deben crear, precisamente, las normas de conducta y los sistemas internos de control con el fin de evitar la aparición de este tipo de riesgos o, al menos reducirlos de forma razonable. La normativa administrativa suele obligar además a una evaluación constante de los sistemas preventivos con el fin de detectar posibles deficiencias o nuevos riesgos.⁴⁴ Creo que resulta evidente que la autoorganización resulta una caudalosa fuente de normas de cuidado, en cuanto que concreta de forma razonada los niveles de diligencia dentro de la empresa. Con ello se recorta el margen de discrecionalidad judicial dentro de la imprudencia, acomodando el delito imprudente al principio de determinación. Los empleados, sobre todo cuando no tienen una posición jerárquicamente relevante, deben poder confiar en que se establece el nivel de diligencia necesario cuando actúan conforme a los estándares establecidos en las normas internas de autoorganización, sobre todo si en su elaboración y supervisión ha intervenido, en la forma antes señalada, la administración.

⁴² Sobre las sanciones disciplinarias como parte del sistema de autorregulación, vid. DARNACULLETA, *Autorregulación y Derecho público*, cit. nota al pie nº7, p. 361 ss.

⁴³ *Farmaindustria. Código de Buenas Prácticas de promoción*. En: www.farmaindustria.es. En ejecución de este Código las farmacéuticas se han “autoimpuesto” 550.000 € de multa en cinco años por malas prácticas publicitarias (vid. El País, 2 de febrero 2007).

⁴⁴ Vid. Art. 3 y ss. del Real Decreto 39/1997 Reglamento de Servicios de prevención de riesgos laborales. En el blanqueo de capitales la selección de operaciones sospechosas que deben ser examinadas con cuidadosa atención descansa también en el análisis de riesgos que realice cada sujeto obligado y que plasme en su sistema de control interno, vid. art. 5 del RD 925/1995, Reglamento de blanqueo de capitales. Vid. además sobre el *risk assesment* en la elaboración de los *compliance programs* impuestos en la *Organizational Sentencing Guidelines*, de los Estados Unidos. GRUNER, Richard. *Corporate Criminal Liability and Prevention*. New York: Law Journal Press, 2005, § 15.03, pp. 15-26 y ss.

Pero la autoorganización no solo contribuye a la seguridad jurídica, sino que también permite un derecho penal más democrático, allí donde se permite que representantes de intereses públicos como ONGs, sindicatos, asociaciones de defensa de los consumidores o del medio ambiente participen, a través de lo que se ha dado en llamar *Tripartism*, en la confección del sistema de prevención de la empresa. La elaboración de una norma de cuidado implica en la mayoría de los casos una ponderación entre utilidad social y riesgos socialmente útiles, que el legislador parlamentario, en el momento de promulgar la norma, solo puede hacer de forma muy vaga. Permitir que los propios afectados y las víctimas potenciales de los riesgos de la actividad empresarial participen activamente en la determinación de las normas de cuidado implica un modo de legislar mucho más democrático que el tradicional.⁴⁵

La autorregulación resulta también muy útil en la interpretación de delitos dolosos muy indeterminados, como la administración desleal de patrimonios (*Untreue*). En los últimos años, en buena parte de los países de la UE han aparecido casos en los que resultaba más complicado que lo habitual establecer tanto la infracción del deber de salvaguarda patrimonial, como el perjuicio patrimonial. Los supuestos más conocidos son los que se refieren a la fijación de las retribuciones por parte de los administradores (*Mannesmann*, *Vivendi*, *BSCH*), pero también aquellos casos que se caracterizan por la existencia de un considerable margen de apreciación en manos del administrador a la hora de realizar un acto de disposición que no siempre implica una ventaja evaluable económicamente para la empresa (*sponsoring*, gastos en *good will*, asunción de gastos de defensa jurídica por parte de los empleados etc). Cualquier irregularidad a la hora de realizar o autorizar este tipo de actos de disposición corre el peligro de considerarse como administración desleal.

Ante estas situaciones, las normas contenidas en los códigos de buen gobierno, que no son otra cosa que un caso más de autorregulación, pueden aportar importantes dosis de seguridad jurídica en este sector, al concretar los contenidos del deber de lealtad. En aquellos sectores donde la dirección empresarial goza de un gran margen de discrecionalidad, el respeto a los procedimientos de decisión, como, por ejemplo, las reglas de comportamiento internas destinadas a evitar el conflicto de intereses o incrementar la transparencia a la gestión, implica negar que existe una infracción del deber de salvaguarda patrimonial y ello aunque desde el punto de vista material, la corrección de la decisión pueda resultar cuestionable (vgr. las remuneraciones del administrador resulta excesiva).⁴⁶

4. Si hasta ahora la autorregulación tiene efectos sobre todo limitadores de la responsabilidad, es posible también pensar en la aparición de un nuevo grupo de responsabilidades que tienen como base comportamientos omisivos. Algunos Códigos de buen gobierno señalan expresamente la obligación de los administradores de dirigir la empresa con el fin de evitar la comisión de hechos delictivos.⁴⁷ En los Estados Unidos a partir del asunto *Caremark*, son relativamente frecuentes los acciones de responsabilidad social planteadas por los socios contra los administradores cuyas

⁴⁵ AYRES, BRAITHWAITE. *Responsive Regulation*, cit. nota al pie nº5, p.54 ss, vid. también a este respecto las consideraciones que se realizan en pp. 122 y 124.

⁴⁶ Cfr. FOFFANI-NIETO, Martín. “Corporate Governance y administración desleal. Casos y problemas del derecho comparado europeo.” *Revista Penal*. Enero 2006, pp. 110 y ss.

⁴⁷ Vid. American Law Institute. *Principles of Corporate Governance*, 4.01 a) 1.

empresas habían sido sancionadas penalmente, como consecuencia de la actuación delictiva de algún empleado.⁴⁸ Para el tribunal de *Delaware*, si en tiempos pasados los administradores solo eran responsables de impedir la comisión de hechos delictivos de los empleados cuando los conocían o al menos tenían sospechas, en la actualidad el aumento de sus funciones de vigilancia les obliga a asegurarse que la empresa cuenta con una organización que impide la comisión de hechos delictivos en su interior.⁴⁹ La progresiva clarificación de este tipo de obligación dentro del derecho de sociedades, merced a los códigos de buen gobierno, resulta un argumento muy fuerte para mantener la existencia de una posición de garantía en los administradores, que les obliga a impedir hechos delictivos de sus empleados, lo que implicaría, en los delitos dolosos la posibilidad de apreciar, al menos, la cooperación en comisión por omisión.⁵⁰

Pero a mi juicio, el futuro del derecho penal de la empresa en lo tocante a la responsabilidad del superior va más allá que la de aportar nuevos argumentos a una discusión, como la del deber de garantía, en la que ya se han gastado demasiados esfuerzos con muy poca claridad. De la estructura de la autorregulación que examinábamos en un apartado anterior (III), se deduce la importancia que tienen los deberes de documentación de aquellas actividades empresariales en la que exista riesgo de aparición de comportamientos delictivos. Igualmente se ha constatado una preocupación porque circule fluidamente, y sobre todo de abajo-arriba, la información empresarial relativa a la *compliance*, y no solo aquella que tiene que ver con el cumplimiento de los fines económicos. Esta situación no solo facilita la imputación subjetiva de los superiores, sino que también me parece relevante a la hora de discutir la legitimidad de la sanción por imprudencia dentro del derecho penal económico, con el fin de sancionar penalmente a los administradores que de forma grave se han apartado de su deber de conocer.⁵¹ Incluso y más allá de este debate, la importancia de los nuevos deberes que surgen de la autorregulación debe llevarnos a discutir si en el derecho penal europeo debe incluirse como tercera forma de imputación subjetiva dolosa, el desconocimiento deliberado (*willful blindness*), forma de dolo que es tradicional en el derecho norteamericano.⁵² En materias como la corrupción o el blanqueo de capitales, las infracciones más intolerables de la obligación de conocer lo que ocurre bajo sus pies por parte de los administradores, no debería beneficiarse de las penas más benévolas del delito imprudente.⁵³

Uno de los aspectos más importantes dentro del incremento del castigo de comportamientos omisivos y de la responsabilidad individual es la responsabilidad de los *gatekeepers*, cuyo ejemplo es el auditor de cuentas, el auditor de riesgos laborales o, en general, todas aquellas personas que institucionalmente en la empresa – tal como hemos visto anteriormente – tienen que velar porque su actividad se desarrolle en el

⁴⁸ *In re Caremark International Inc. Derivate Litigation*. Court of Chancery of Delaware, Sep. 25, 1996.

⁴⁹ Cfr. LAUFER, William. “Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability”. Chicago: The University of Chicago Press, 2006, pp. 36 y ss.

⁵⁰ Vid. TIEDEMANN, Klaus. “Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexte.” Köln: Carl Heymanns Verlag, 2004, pp. 91 y ss.

⁵¹ Vid. TIEDEMANN, *Wirtschaftsstrafrecht*, cit. nota al pie nº 50, p. 31 ss.

⁵² Vid. JAKOBS, Günther. “Gleichgültigkeit als dolus indirectus” *ZStW* 114 (2002), Heft. 3, pp. 584 y ss.

⁵³ Vid. NIETO MARTÍN, Adán. “La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)”. *Revista Penal*, N° 11, Julio, (2003). p. 23.

respeto a la legalidad.⁵⁴ La discusión en torno a la responsabilidad penal de estos vigilantes, que cumplen funciones de naturaleza pública, debe partir de bases parecidas a la que durante los años ochenta existió en torno a la responsabilidad de los funcionarios públicos en el derecho penal del medio ambiente, por no dar la voz de alarma ante determinados hechos delictivos.⁵⁵ En este debate no debe olvidarse, sin embargo, las diferencias existentes entre auditorías, como por ejemplo, la contable, de carácter obligatorio y donde el auditor cuenta con amplios poderes de supervisión, y auditorías de carácter voluntario, como medioambiental, o simples certificaciones de calidad.

La responsabilidad penal de los *gatekeepers*, unida a la responsabilidad individual tradicional y la de la propia persona jurídica, vendría a constituir la “tercera pata” de un derecho penal de la empresa mucho más efectivo. La eficacia preventiva de este tipo de responsabilidad es considerablemente alta, dado que el guardián de intereses colectivos normalmente tiene poco que ganar con la comisión de un delito dentro de la entidad y, en cambio, mucho que perder de ser sancionado, pues además de la pena, perderá la reputación necesaria para ejercer sus funciones. Con todo deben reconocerse los riesgos que genera este tipo de responsabilidad. Como es conocido, uno de los fenómenos más característicos de la criminalidad de empresa es el deslizamiento del riesgo (*risk shifting*) a través del cual los administradores intentan derivar su responsabilidad por conductas delictivas o negligentes hacia otros sujetos de imputación, como pueden ser subordinados o carencias estructurales de la propia entidad. Introducir un nuevo círculo de personas responsables, además dotadas de una posición más débil dentro del reparto de poder en la empresa, puede dar lugar a que sean utilizados por los administradores como chivos expiatorios sobre los que descargar la responsabilidad.⁵⁶

5. Pero el terreno más propicio dentro del derecho penal para que la autorregulación germine con fuerza es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La autorregulación unida a la noción de responsabilidad social debería convertirse en las bases del modelo europeo de responsabilidad penal de las personas jurídicas.⁵⁷

En efecto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede conformarse como el sistema de cierre de los distintos modelos de autorregulación administrativa, que han aparecido además en los sectores – consumidores, protección de accionistas, medio ambiente, trabajadores, mercados financieros, blanqueo de capitales etc. - donde la responsabilidad colectiva tiene un mayor sentido. Es cierto, que la responsabilidad penal de las corporaciones tiene también sentido en otros terrenos como, por ejemplo, la corrupción o el fraude de subvenciones, en donde hasta ahora no existe indicación alguna por parte del derecho administrativo, pero en estos supuestos los sistemas de autorregulación ya existentes aportan la metodología necesaria para que las empresas

⁵⁴ Ampliamente COFFEE, “Gatekeepers”, cit. nota al pie nº31, *passim*.

⁵⁵ Vid. CANCIO MELIA, Manuel. “La responsabilidad del funcionariado por delitos contra el medio ambiente en el Código penal español.” *Anuario de Derecho penal y las Ciencias Penales*. Tomo 52, 1999, pp. 137 ss; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente: una contribución al estudio de la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente*. Madrid: Centro de Estudios Judiciales, 1993.

⁵⁶ LAUFER, *Corporate Bodies*, cit. nota al pie nº49, p. 99 y ss.

⁵⁷ He desarrollado más pormenorizadamente estas ideas en NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. pp.360

establezcan códigos de prevención destinados a impedir la comisión de delitos en su interior o a que, de haberse cometido, sirvan para cooperar con la administración de justicia en su descubrimiento.⁵⁸ Es más, algunas de estas medidas están ya presentes, de forma más o menos retórica, en muchos de los Códigos éticos con que cuentan ya la mayoría de las grandes empresas europeas. En estos casos, la responsabilidad de la empresa serviría para dar relevancia jurídica a los Códigos éticos, códigos de buenas prácticas etc. La necesidad de concretar en estos instrumentos los niveles preventivos necesarios para evitar determinados delitos y que además su eficacia sea controlada judicialmente en el proceso penal, borraría la sospecha de que la ética empresarial no es sino un instrumento más del marketing empresarial.

Todo lo anterior, implica que en consonancia con lo que señalaba ya *Klaus Tiedemann* hace años,⁵⁹ que el fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas debe buscarse en un defecto de organización de la empresa. El desarrollo experimentado por la autorregulación en estas últimas décadas sirve para paliar el aspecto más delicado de esta propuesta: su falta de determinación. ¿Qué es exactamente organizar bien una empresa para prevenir hechos delictivos?. Los sistemas de autorregulación que se han construido ya en diversos sectores del ordenamiento, en colaboración con la administración, y con diversos portadores de intereses públicos, enseñan hoy el tipo de organización con el que se conecta la responsabilidad penal. La culpabilidad de la empresa por defecto de organización significa que en la dirección empresarial no se han cumplido eficazmente y de manera prolongada las obligaciones de autorregulación que impone el derecho administrativo o el derecho penal con el fin de evitar lesiones para los bienes jurídicos más afectados por la actividad empresarial. La noción de responsabilidad social, que como indicábamos anteriormente, refleja la tensión existente entre los intereses económicos que persigue la gestión empresarial y los bienes jurídicos colectivos e individuales a los que ésta afecta constituye el fundamento material de este nuevo tipo de responsabilidad penal. Se trata con ello de hablar en serio sobre responsabilidad social.⁶⁰

La responsabilidad penal colectiva fundamentada en la autorregulación podría ser además, y tal como señalaba, un buen modelo de responsabilidad para el derecho penal europeo y ello por varias razones. Primera, por propia coherencia: en la mayoría de los sectores que se acaban de enumerar la técnica de la autorregulación proviene del derecho comunitario que se la ha impuesto a los Estados miembros a través de directivas o reglamentos.⁶¹ Segunda, porque de hecho se corresponde ya con una tendencia legislativa muy visible dentro de diversos países de la Unión y con numerosos valedores dentro de la doctrina más reciente.⁶² El ejemplo más claro es Italia donde el

⁵⁸ Es interesante en este punto la experiencia italiana, vid. MONESI, Carlo. (a cura di) *I modelli organizzativi ex. D. Lgs. 231/2001. Etica d'impresa e punibilità degli enti*. Milano: Guiffré, 2005, *passim*.

⁵⁹ TIEDEMANN, Klaus. “Die Bebussung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität” *NJW*, 1988, p.1169 y ss.

⁶⁰ Una fundamentación similar, si bien referida al *good corporate citizen* puede verse en GÓMEZ JARA. *La culpabilidad penal*, cit. nota al pie nº7, p. 249 ss, FOFFANI-NIETO, *Corporate governance y derecho penal de la empresa*, cit. nota al pie nº46, p. 265.

⁶¹ Cfr. DARNACULLETA, *Autorregulación y Derecho público*, cit. nota al pie nº7, p. 298 ss; la obra clásica en esta materia es MAJONE, Giandoménico. *Regulating Europe*. New York: Routledge, 1996.

⁶² Cfr. por ejemplo la propuesta de Betriebsführungsschuld de HEINE, Günther. *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*. Baden Baden: Nomos, 1995 o el modelo de culpabilidad constructivista de GÓMEZ JARA. *La culpabilidad penal*, cit. nota al pie nº7, p. 258 ss.

Decreto Legislativo 8 Giugno 2001 N. 231 (Disciplina Della responsabilità delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica) ha consagrado a los modelos de organización como el epicentro de su sistema de responsabilidad (Art. 6).⁶³ Más también en otros países como Austria,⁶⁴ el Reino Unido⁶⁵ o incluso de *lege ferenda* España⁶⁶ o fuera de la UE, Suiza⁶⁷ se empieza a dar relevancia en el momento de establecer la responsabilidad o de graduar la sanción a conductas como no haber impedido un delito doloso cometido por una persona física, colaborar en la investigación, tomar precauciones para impedir hechos delictivos semejantes al que se ha realizado o establecer Códigos de prevención con posterioridad a la comisión del delito, que sólo cobran sentido dentro de un sistema de responsabilidad colectiva en el que se dirijan a las empresas deberes de organización propios. Incluso en ordenamientos tan aparentemente alejados de la idea de una responsabilidad propia de la empresa, como es el Francés, en la práctica finalmente se tienen en cuenta los esfuerzos que ha realizado la empresa con el fin de evitar comportamientos delictivos o su cooperación posterior con la administración de justicia.

La historia legislativa del *Decreto Legislativo 8 N° 231* italiano muestra además como es posible compaginar el modelo de culpabilidad por defecto de organización con el que se desprende de las distintas decisiones marco de la UE que aparentemente se fundamenta en la responsabilidad vicarial. La característica más importante del diseño de la responsabilidad de personas jurídicas en las normas de la UE es que establecen dos niveles distintos de responsabilidad dependiendo de si el hecho fue cometido por una persona con poder de dirección o por un subordinado debido a la infracción de un deber de vigilancia de las personas con capacidad de dirección. La comisión del delito por parte de un superior, tal como muestra por ejemplo el sistema norteamericano, denota que el sistema de organización del que se ha dotado la empresa es ineficaz. De ahí que, aunque a mi juicio deba huírse de todo automatismo, resulta coherente señalar que cuando el que cometió el delito es un superior, el defecto de organización es tan grave que la empresa actúa necesariamente con culpabilidad. En el caso de los subordinados, una interpretación amplia de las disposiciones europeas, permite entender que la responsabilidad de la empresa deriva de un defecto de *management* consistente en que los dirigentes no han establecido con carácter general medidas de prevención eficaces para evitar hechos delictivos del tipo que se ha cometido. Condicionar la responsabilidad de la empresa a demostrar que un directivo en relación a un concreto hecho delictivo y a un subordinado han infringido sus deberes de supervisión, supondría consagrar un modelo de responsabilidad, que como ocurre siempre con la

⁶³ Vid. Relazione al Decreto Legislativo 8 Giugno 2001 n.231

⁶⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo. “¿Delitos contra personas jurídicas?. A propósito de la Ley austriaca de las agrupaciones por hechos delictivos”, en *InDret* nº2 (2006), pp 1-25. En: http://www.indret.com/pdf/344_es.pdf.

⁶⁵ Home Office, *Reforming the Law on involuntary manslaughter: The government's proposal*, Home Office. May 2000. El texto finalmente aprobado - *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2006* -, está, sin embargo, en la senda de la doctrina inglesa de la teoría de la identificación, vid. *Explanatory notes. Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2006*. En: <http://www.publications.parliament.uk>.

⁶⁶ Vid. el art. 31.4 del Proyecto de reforma del CP español (Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. 15 de Enero de 2007. Núm 119-1), donde se considera como una causa de atenuación el que la empresa adopte tras la comisión del delito un código de prevención destinado a evitar conductas similares.

⁶⁷ HEINE, Günther. “Das kommende Unternehmensstrafrecht”, (Art. 100 quartier f.), *ZStrR* 121 (2003).

responsabilidad vicarial, beneficiaría a las grandes empresas y perjudicaría a las pequeñas, al ser en éstas mucho más sencillo en éstas localizar la responsabilidad o la concreta falta de vigilancia en un directivo.

La tercera razón para adoptar este modelo de imputación es que la unión entre responsabilidad entre personas jurídicas y autorregulación es un camino que viene ensayándose con eficacia desde hace más de una década en los Estados Unidos a través de las *Guidelines* y los *compliance programs*. Lo que implica de hecho que las grandes empresas europeas están ya sujetas al mismo cuando operan en el mercado norteamericano y, salvo que deseen exponerse a multas muy elevadas, deben adoptar modelos de organización similares.⁶⁸ Si se examinan además los elementos que debe poseer un *compliance program* para ser considerado efectivo se descubre que estos son substancialmente idénticos a los sistemas de autorregulación que existen ya en la legislación administrativa europea.⁶⁹

Es verdad, que el sistema norteamericano es objeto de críticas muy serias como son especialmente el que incita a las empresas, con el fin de obtener rebajas en las sanciones, a denunciar a ejecutivos o directivos que actúan como “chivos expiatorios” o que los programas de cumplimiento no son en ocasiones sino mera “cosmética” que utilizan las empresas para evadir su responsabilidad a través, principalmente, de la utilización del principio de oportunidad procesal, llegando a acuerdos con el Ministerio Fiscal.⁷⁰ Mas estos inconvenientes, que en parte tienen que ver con el modelo procesal norteamericano y su cultura jurídica, se evitarían en buena medida si tal como se hace en algunos de los modelos de autorregulación administrativa que antes comentábamos se establece, además de la necesidad de un control externo, una mayor presencia de la administración en el diseño de los modelos de prevención, donde deben igualmente participar activamente ONGs u otros portadores de intereses públicos. En este sentido, me parece un ejemplo a seguir el de la ley italiana en el cual los modelos de organización pueden ser diseñados por organizaciones empresariales, y posteriormente necesitan de la aprobación de la administración.

La cuarta razón que me conduce a proponer un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas fundamentado en la autorregulación es su eficacia político criminal. La unión de responsabilidad empresarial y autorregulación supone implicar a las empresas en la realización de una nueva tarea pública, la prevención y el esclarecimiento de comportamientos delictivos que afecten a los bienes jurídicos afectados por el desarrollo de su actividad. A diferencia de lo que ocurre en los modelos de heterorresponsabilidad, donde la responsabilidad colectiva deriva de forma objetiva y automática de la responsabilidad individual, el modelo de autoorganización propuesto ofrece la posibilidad a la empresa de distanciarse del hecho delictivo. Si la empresa ha

⁶⁸ Sobre la influencia del derecho penal norteamericano en el derecho penal económico europeo vid. NIETO MARTÍN Adán. “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?.” *Revista Penal*. Vol. 19. Enero (2007) (= *Revue du Science Criminelle et Droit Penal Comparé*, Octubre/Décembre (2006), p. 767 ss.

⁶⁹ En relación a las *compliance programs* puede verse ampliamente, GRUNER, *Corporate Criminal Liability*, cita nota al pie nº44, Capítulo 14. En la literatura alemana, ALWART, Heiner. (hrsg.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*. München: Reiner Hampp Verlag, 1998, *passim*, y en la española GÓMEZ JARA, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Ramón Areces, 2006, *passim*.

⁷⁰ Cfr. LAUFER, *Corporate Bodies*, cita nota al pie nº49, *passim*.

cumplido de forma razonable con las exigencias de organización que le impone el ordenamiento no será sancionada. Ello conduce a que la empresa en lugar de aliarse con el infractor individual e intentar encubrir su responsabilidad, coopere con la administración de justicia, en cuanto que sabe que este comportamiento atenuará o excluirá su sanción. La promoción de este *self policing* contribuirá significativamente a rebajar el grado de delitos dentro de la empresa, pues como señala un principio indiscutido de la teoría de la organización nadie mejor que la empresa para controlar el comportamiento de los agentes.

La imposición de sanciones a la empresa cuyo fundamento radica en la ausencia de una organización adecuada comunica además de forma muy eficaz a socios y administradores que el cumplimiento con la legalidad penal es un fin de primer orden dentro de toda ordenada gestión empresarial, y que su incumplimiento puede traer consecuencias económicas desfavorables para los socios y, por tanto, poner en peligro la “estabilidad en el empleo” de los administradores. La responsabilidad colectiva es la única forma de redistribuir correctamente el riesgo por responsabilidad penal dentro de una estructura empresarial, donde como es sabido ésta tiende a deslizarse hacia escalones medios o bajos dentro de la jerarquía. Con ello se pone en práctica otro de las enseñanzas más importantes y sencillos de la teoría de la organización: el medio más efectivo para controlar externamente una organización es hacer responsable de lo que en ella ocurra al decisor más poderoso.⁷¹

A estos argumentos deben sumársele otros de naturaleza económica. La responsabilidad de la empresa, además de privar a esta de una forma más sencilla y eficaz de la ventaja económica obtenida mediante la infracción penal, soluciona también el problema de lo que los economistas denominan fallos de mercado, esto es, los costes sociales de la producción que la empresa consigue eludir y que no se incorporan al precio final de sus productos. A través de la implantación de medidas de prevención destinadas a la prevención y la investigación de hechos delictivos, la empresa asume parte del gasto público que genera la administración de justicia que de otro modo traslada al resto de la sociedad.

Finalmente un sistema de responsabilidad colectiva fundamentado en la existencia de un defecto de organización concuerda mejor con los valores constitucionales. Dejando de lado la naturaleza jurídica de la sanción que se imponga a las personas jurídicas (penal, administrativa, medida de seguridad, “tercera vía”), lo cierto es que este tipo de sanción debe considerarse como sanción penal a los efectos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y por tanto le son de aplicación los principios fundamentales que se derivan del art. 6 del Convenio. Aunque el Tribunal de Estrasburgo aún no se ha pronunciado de forma clara sobre el principio de culpabilidad,⁷² de la jurisprudencia constitucional europea tanto nacional como supranacional, se deriva la aplicación de este principio a las sanciones que se imponen a las personas jurídicas.⁷³ La posibilidad de que la empresa o el Estado, en cuanto tal, puedan invocar para imponer, rechazar o graduar la sanción aspectos que guardan relación con la propia empresa, y no con el agente que ha actuado en su nombre, concuerda mejor con la noción de culpabilidad que la adopción

⁷¹ Sobre todo lo anterior con numerosas referencias bibliográficas, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, cit. nota al pie nº17, § 2.

⁷² Vid. por ejemplo STEDH de 7 de octubre de 1988 (*Salabiaku*).

⁷³ Cfr. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, cit. nota al pie nº17, § 3.2.1.

NIETO MARTÍN, Adán. “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa” *Polít. Crim.* N° 5 (2008). A3-5, p.1-18.
[http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf]

de un sistema de responsabilidad objetiva como el que representa la teoría de la culpabilidad.⁷⁴

⁷⁴ Vid. en este sentido la *Relazione al D. Lgs. 8 Giugno 2001*, op. cit, 3.3 (I criteri di imputazione sul piano soggettivo).