

JUSTICIA EMPRESARIAL RESTAURATIVA Y VÍCTIMAS CORPORATIVAS*

Prof. Dr. Adán Nieto Martín
(Catedrático de Derecho penal – Universidad de Castilla-La Mancha)

SUMARIO: 1. Victimología corporativa y responsabilidad penal de personas jurídicas. – 2. Sanciones orientadas a las víctimas. – 3. Justicia restaurativa corporativa.

1. Este trabajo pretende introducir en la responsabilidad penal de las personas jurídicas los conocimientos aportados recientemente por la denominada victimología corporativa¹, de la mano de planteamientos procedentes de la justicia restaurativa². Hace ya tiempo señalaba que el debate sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se había centrado prioritariamente en la discusión del modelo de

*Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación Responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones a derechos humanos y medio ambiente (DER2017-85144-C2-1-P). Para una mayor información sobre el mismo: <http://blog.uclm.es/repmult/>. Las ideas esenciales de este artículo fueron expuestas en seminario *Ecocidio un giudice penale internazionale per i “diritti della terra”?*, celebrado en la Università de Pisa, el 27 de noviembre de 2020.

¹ Vid. al respecto las monografías de G. Forti (dir.), *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Wolters Kluwer - Cedam 2018; M. Hall, *Victims of Environmental Harm. Rights, recognition and redress under national and international law*, Routledge 2013; E. Saad Diniz, *Victimología Corporativa*, Tirant lo Blanch 2019.

² En este punto las ideas que aquí se exponen han sido ya sugeridas en otros trabajos anteriores, vid. A. Nieto Martín, *Igualmente Autorregulación, compliance y justicia restaurativa*, en A. Nieto Martín/L. Arroyo Jimenez, *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid 2008 (2ª edición, 2016); Id., *Justice restaurative et sanctions pour un droit penal international de l’environnement*, en *Des écocrimes à l’ecocide. Le droit pénal au secours de l’environnement*, L. Neyret (dir), Bruylant 2015; Id., *Empresas, víctimas y sanciones restaurativas: ¿cómo configurar un sistema de sanciones para personas jurídicas pensando en sus víctimas?*, en *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, coord. por Montserrat de Hoyos Sancho, 2017 (= en E. Saad Diniz, V. Vitte de Laurentiz, *Corrupção, direitos humanos e empresa*, D’Placido 2018).

Esta propuesta, que en un principio pudiera parecer un tanto “exótica”, en cuanto que procedía fundamentalmente de experiencias tan ajenas en nuestro entorno como las australianas, ha sido profundizada en un reciente proyecto de investigación dirigida por la Prof. Mercedes García Arán. En el marco de este proyecto cabe citar los siguientes trabajos de muy reciente publicación J. Baucells Lladós, *Delincuentes socioeconómicos y justicia restaurativa en la ejecución de la pena*, en *Revista General de Derecho Penal*, Vol. 34, 2020; M.J. Cuenca García, *La atenuante de reparación del daño como instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica*. *Estudios Penales Y Criminológicos*, Vol. 40, 2020; D. Gaddi, *Materiales para una conformidad restaurativa*. *Estudios Penales Y Criminológicos*, Vol. 40, 2020; M. García Arán, *Punibilidad, procedibilidad y reparación en la delincuencia económica*, Libro Homenaje al Prof. Zugaldía Espinar (en prensa); M.J. Guardiola Lago, *¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?*, en *Estudios Penales Y Criminológicos*, Vol. 40, 2020; M.J. Rodríguez Puerta, *El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 22-14, 2020.

imputación³, relegando a un segundo plano lo que a lo postre determina la eficacia de la intervención penal, como es el sistema de sanciones. En lo que afecta al sistema de penas seguíamos anclados en las aportaciones que durante los años ochenta del pasado siglo realizaron los partidarios del análisis económico del derecho, las críticas que realizaron a este modelo los partidarios del denominado *structural model* y, finalmente, las nuevas propuestas que procedían de la teoría de la regulación, como el *enforcement* piramidal de John Braithwaite. Los estudios sobre victimología corporativa permiten dar una vuelta de tuerca al sistema de penas e incluso, yendo más allá, dar una respuesta a la criminalidad empresarial basada en los planteamientos realizados por la justicia restaurativa, como camino para dar entrada a los intereses de la víctima.

La victimología corporativa ha puesto sobre la mesa una serie de peculiaridades que afectan tanto a la victimización primaria como secundaria de las víctimas de las grandes corporaciones. La primera nota que distingue a las víctimas corporativas es su falta de consideración como víctimas. Se trata del revés de las teorías del etiquetamiento. Si estas demuestran cómo el sistema penal es selectivo a la hora de establecer quienes son los autores del delito, mostrando sesgos que tienen que ver con la clase social del autor o el tipo de delito, el reverso de la moneda es que las víctimas de estos delitos quedan sin etiquetar. Para el sistema penal las víctimas de los delitos corporativos son con frecuencia invisibles, como muestra el texto de la Directiva Europa sobre derechos de las víctimas y su proceso de gestación, donde ni se las menciona, ni se las ha tenido presentes⁴.

A la invisibilidad de las víctimas corporativas ha contribuido la propia teoría jurídica del delito, donde muchas veces hemos catalogado determinados delitos como la corrupción, los delitos contra el medio ambiente o el fraude fiscal, como delitos sin víctimas. La construcción teórica de los bienes jurídicos colectivos o institucionales ha ayudado a este proceso⁵. Reconducir normativamente la dañosidad social del delito a la lesión del bien jurídico, conlleva contemplar la realidad con unas anteojeras que dejan fuera de nuestro espectro muchos de los daños, probablemente los más importantes, que implican determinados tipos de criminalidad. El caso paradigmático

³ A. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 2008, p. 266. Posteriormente me he ocupado de esta cuestión en *Looking For A System Of Sanctions For An EU Normative, Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, Vol II, Towards a Common Model in the European Union*, Fiorella A. (ed.), Jovene Editore, 2012. Igualmente *Autorregulación, compliance y justicia restaurativa*, en A. Nieto Martín, L. Arroyo Jimenez, *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008 (2ª edición, 2016).

⁴ Vid. C. Mazzucato, *Victims of corporate violence in the European Union*, en G. Forti (dir.), *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Wolters Kluwer - Cedam 2018, p. 22 ss.

⁵ Sobre este particular M.J. Guardiola Lago, *¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 40 (2020), p. 537 ss; M.J. Rodríguez Puerta, *El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos. Un análisis a partir de algunos delitos económicos*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 22-14 (2020), p. 9 ss.

quizás sea el de la corrupción. La imparcialidad de la administración de justicia, como bien jurídico protegido, dificulta incluir dentro del debate jurídico penal, que la corrupción también es un problema de gobernanza, de derechos humanos o de exclusión social⁶. La separación entre delitos y sanciones administrativas, vinculada también en gran medida a la elaboración del concepto de bien jurídico, coadyuva al proceso de invisibilidad. Las víctimas de sanciones administrativas son aún más invisibles, cuando el daño que experimentan puede ser similar⁷.

La falta de visibilidad de las víctimas corporativas se debe igualmente a que ellas mismas en ocasiones no acaban de reconocerse como tales, no se identifican como víctimas de un delito. Las personas que carecen de servicios públicos esenciales como consecuencia del fraude fiscal o corrupción generalizados, lo más seguro es que no se sientan víctimas de ningún comportamiento delictivo⁸. Ni siquiera en supuestos de delitos ambientales, donde el daño es más visible, las personas que por sufren enfermedades respiratorias como consecuencia de determinadas emisiones pueden identificarlas como consecuencia de las mismas. En muchos casos la identificación como víctimas sólo surge mucho más tarde, cuando se demuestra la relación causal existente entre una determinada substancia y la enfermedad que parecen, como ha ocurrido por ejemplo con las víctimas del amianto.

La segunda característica de las víctimas corporativas es que son a menudo víctimas dependientes económicamente del victimario. Dependen directamente o indirectamente de la empresa que les ha causado el mal, pues son sus trabajadores o viven en una región donde la empresa representa una de las principales fuentes de riqueza⁹. Esta dependencia conduce a la revictimización. Los trabajadores de una fábrica que utiliza productos tóxicos siguen expuestos a sus consecuencias, en cuanto que no les resulta fácil cambiar de actividad. Ante la disyuntiva de un peligro lejano, como una enfermedad cancerígena, o la pérdida cierta del trabajo que podría derivarse de las sanciones impuestas a la empresa, prefieren seguir expuestos al peligro.

La asimetría informativa existente entre víctima y victimario representa la tercera nota que distingue a las víctimas corporativas. La empresa puede tener conocimiento de la toxicidad de sus productos o procesos de producción muchos años antes de que las víctimas y el resto de la sociedad tengan noticias de ellos. Los resultados a largo plazo, en la denominada contaminación histórica, en casos como el

⁶ Vid. las distintas contribuciones en E. Saad Diniz/V. Vitte de Laurentiz, *Corrupção, direitos humanos e empresa*, D'Placido 2018; A. Planchadell Gargallo, *Las víctimas en los delitos de corrupción (Panorama desde las perspectivas alemana y española)*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVI, 2016, pp. 1-77.

⁷ En relación a los delitos contra el medio ambiente M. Hall, *Victims of Environmental Harm*, op. cit., p. 25 ss.; A. Visconti, *Corporate Violence: Harmful consequences and victims' needs. An Overview*, en G. Forti, (dir.), *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Wolters Kluwer – Cedam 2018, p. 149 ss.

⁸ Vid. M.J. Rodríguez Puerta, *El Derecho de las víctimas colectivas en participar en acuerdos restaurativos*, op. cit., p. 25 ss.

⁹ E. Saad Diniz, *Victimología corporativa*, op. cit., p. 172 ss.

amianto, al que antes se hacía ya referencia, son un buen ejemplo de este fenómeno.¹⁰ Pero no es sólo que la empresa albergue un mayor conocimiento sobre los factores del daño, sino que también por su poder tiene capacidad para imponer una determinada narrativa sobre el mismo. Una versión de los hechos que la desligue de la responsabilidad y que incluso llegue a responsabilizar a las víctimas.

Finalmente, la cuarta particularidad, vinculada también a la asimetría de poder, se manifiesta especialmente en el proceso judicial, donde las víctimas de las grandes corporaciones están particularmente indefensas. Mediante los procesos de deslocalización de la producción, los comportamientos lesivos suelen producirse en países singularmente débiles económicamente y con sistemas judiciales poco robustos, dominados en muchos casos por la corrupción¹¹. Los derechos de las víctimas, que han ido apareciendo en la mayoría de los ordenamientos durante las últimas décadas, no están pensados para diferencias de recursos tan importantes como los que pueden existir entre una corporación y sus víctimas. La capacidad de defensa de la empresa puede hacer de cualquier proceso, incluidos los procesos penales, una historia interminable, que deje sin recursos a las víctimas y que aplase *sine die* sus posibilidades de resarcimiento. Ello supone que en estos casos, de manera prácticamente estructural, aparece una victimización secundaria.

Este rápido esbozo sirve ya para percatarse de lo ineficiente que puede resultar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino se tiene presente desde el primer momento a sus víctimas. ¿Qué beneficio obtienen por ejemplo las víctimas que se han quedado sin infraestructuras básicas en un país del tercer mundo como consecuencia de la corrupción por el hecho de que la multinacional sea sancionada penalmente a través de una cuantiosa multa en el país donde tiene su centro de negocios? El derecho penal de las personas físicas fue construido en el momento histórico de máxima invisibilidad de la víctima, que comprende el siglo XIX y más de la mitad del siglo XX. Por esta razón, la introducción de las víctimas y de sus intereses en el sistema penal está rodeada de múltiples tensiones. El derecho penal de las personas jurídicas se ha empezado a construir por el contrario en un momento histórico bien diferente, en donde existe plena consciencia de esta equivocación, motivo por el cual sería imperdonable construir un sistema de responsabilidad sin atender a sus intereses.

El presente trabajo camina como apuntaba en esta dirección. El papel de las víctimas dentro del sistema de penas ha sido objeto de una discusión muy limitada en el marco de la responsabilidad penal individual, donde el debate sobre la reparación

¹⁰ Sobre estos supuestos F. Centonze, S. Manacorda, *Historical Pollution*, Springer 2017.

¹¹ En este punto son especialmente importantes las contribuciones procedentes de la “criminología verde”, vid. un excelente resumen de sus planteamiento en L. Natali, *Victimización medioambiental: una aproximación de criminología verde* (en prensa).

como alternativa juega un papel residual¹². Sólo en tiempos recientes se ha comenzado a reflexionar acerca del papel de la víctima en relación a los fines de la pena¹³. En el caso de la responsabilidad de personas jurídicas, aunque tampoco existe una reflexión teórica importante, se aprecian tímidos signos de un mayor protagonismo de la reparación del daño. Más allá de la existencia de atenuantes de reparación, en las *Guidelines* norteamericanas, la reparación constituye el fin prioritario ante el que deben ceder otras finalidades cuando entren en contradicción. Igualmente, desde hace algún tiempo autores como Braithwaite vienen proponiendo la necesidad de introducir planteamientos procedentes de justicia restaurativa¹⁴. Por esta razón la segunda parte de este trabajo se dedica a esbozar las posibilidades de utilizar la justicia restaurativa, en lugar del modelo tradicional.

Las reflexiones que aquí se realizan se centran principalmente en un grupo de caso muy concretos, los supuestos de violencia corporativa¹⁵ que pueden tener como resultado graves afectaciones al medio ambiente o a los derechos humanos. Con independencia de que la justicia restaurativa pueda aplicarse generalmente a todos los

¹² Al respecto, las contribuciones fundamentales de C. Alastuey Dobón, *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Tirant lo Blanch 2000; P. Galaín, *La reparación del daño como equivalente funcional a la pena*, Universidad Católica de Uruguay, Montevideo 2009; Id., *La reparación del daño a la víctima del delito*, Tirant lo Blanch 2010.

¹³ A. Gil Gil, *Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena*, en *Indret*, 4/2016.

¹⁴ J. Braithwaite/V. Braithwaite, *Democratic Sentiment and Critical Markets in Vice*, en *British Journal of Criminology*, 2006, 46, p. 1110 ss. (en relación al delito fiscal); J. Braithwaite, *Restorative Justice for Banks through negative licensing*, en *British Journal of Criminology*, 2009, (49), p. 439 ss.; Id., *Flipping markets to virtue with qui tam and restorative justice*, en *Accounting, Organizations and Society*, 2012, p. 7 ss. (ambos trabajos en el contexto de la crisis económica del 2008); igualmente el trabajo de su discípula C. Parker, *Restorative Justice in Business Regulation? The Australian Competition and Consumer Commission's Use of Enforceable Undertakings*, en *The Modern Law Review*, 2004, 67 (2), p. 209 ss. En el marco de las infracciones laborales también es de interés R. Johnstone, *De la ficción a la realidad. Repensar los mecanismos de la legislación en salud y seguridad*, en *Políticas públicas en salud y seguridad: una estrategia para el siglo XX*, Foro ISTAS de Salud Laboral, Madrid, Noviembre 2005, p. 25 ss.

La justicia restaurativa aplicada a los delitos económicos, fuera del círculo de estos autores, ha sido objeto de muy escasa atención en la literatura tanto continental y anglosajona I. Aersten, *Restorative justice for victims of corporate violence*, en G. Forti (ed.), *Victims and corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Wolters Kluwer - Cedam, 2018; Z.D. Gabbay, *Exploring the limits of the restorative justice paradigm: restorative justice and white-collar crime*, en *Journal of Conflict Resolution*, vol. 8.2, 2007; D. Luedtke, *Progression in the Age of Recession: Restorative Justice and White-Collar Crime in Post-Recession America*, en *Brooklyn Journal of Corporate Financial and Commercial Law*, vol. 8, Issue 1, 2014.

¹⁵ El concepto de violencia corporativa ha sido utilizado para designar casos en los cuales las víctimas del comportamiento de la empresa perdían la vida o sufrían graves lesiones como consecuencia de la actividad ordinaria de la empresa, al violar la normativa laboral o medioambiental. Lo importante de este concepto más que el tipo de daño, que podría ampliarse a otros muchos factores, es la reflexión sobre el concepto de violencia. Se trata de una violencia indirecta, que no requiere de contacto físico, ni siquiera una relación interpersonal. Es el resultado de una variedad de políticas, acuerdos, decisiones, órdenes de una organización. Igualmente es una violencia a distancia tanto temporal, como espacial. Estas decisiones se toman en lugares lejanos a donde se produce el daño, y en un momento que puede ser también muy anterior. No es además normalmente una violencia voluntaria. Las decisiones, políticas etc. a las que hacía referencia no buscan en modo alguno causar un mal, sino que persiguen el incremento de los beneficios o la rentabilidad de un negocio. Al respecto, de este concepto vid. A. Viscontin, *Corporate Violence*, op. cit, p. 157 ss; E. Saad Diniz, *Victimología Corporativa*, op. cit., p. 161 ss.

supuestos, graves y menos graves de delincuencia económica, los casos de violencia empresarial constituyen un marco especialmente adecuado para una primera reflexión.¹⁶.

2. La construcción de un sistema de sanciones orientado a la víctima tiene como objetivo básico evitar que las sanciones contra las empresas tengan efectos indirectos o daños colaterales, que impidan por ejemplo la reparación del daño. En una extraña paradoja las víctimas de un delito pueden ser en ocasiones afectadas colateralmente por la sanción. La multa impuesta puede afectar a las posibilidades de reparación o, ser de tal envergadura, que obligue a la restricción de puestos de trabajo. Esta contradicción me parece muy evidente, por ejemplo, en los casos de gran corrupción. Las sanciones que reciben las empresas multinacionales en aplicación de la *Foreign Corrupt Practices Act* en nada benefician los usuarios de las infraestructuras públicas que aumentaron estrepitosamente su precio o dejaron de hacerse. No deja además de ser un sarcasmo que las arcas públicas de los países occidentales que sancionan a sus empresas por hechos cometidos en el exterior se beneficien además en exclusiva de las multas gigantescas que imponen.

Superado este escalón básico, un segundo nivel debiera aspirar a diseñar sanciones orientadas a la víctima. Se trata de atender a sus intereses, sin descuidar otros fines de la pena como la prevención general o especial. Con este fin se propondrá una nueva generación de sanciones, que denominaré como sanciones empoderativas, donde el “mal” que ocasiona la imposición de la pena será restar poder de decisión a sus administradores, para al mismo tiempo trasladar este poder por diversos mecanismos a las víctimas.

a) *Sanciones y daños colaterales.*

Tal como indicaba, el objetivo básico es el de evitar daños colaterales, que pueden derivarse tanto de la imposición de multas, como de sanciones interdictivas (cierre de locales, prohibición de actividades, disolución...). Las sanciones interdictivas pueden ser especialmente perjudiciales para colectivos relacionados con la actividad de las empresas (trabajadores, acreedores) que a veces además pueden ser las víctimas del delito. Este tipo de sanción resulta muy agresiva con el desarrollo de la actividad normal de la empresa, puede dar lugar a despidos o incluso a la apertura de procesos concursales, lo que aleja el horizonte de la reparación. La forma más efectiva para evitar daños a las víctimas, y otros colectivos, es reducir el uso de este tipo de sanciones a lo imprescindible. Dejando de lado los supuestos de criminalidad organizada y

¹⁶ Vid. sumariamente este planteamiento, en A. Nieto Martín, *Ecocidio y justicia restaurativa: el Derecho Penal Internacional post-Núremberg*, en <https://almacendederecho.org/>.

empresas cuya actividad principal es la delictiva, ello se lograría eliminando de las sanciones interdictivas cualquier pretensión de prevención general y utilizarlas tan sólo con fines preventivo especiales negativos o innocuizadores, reservándolas para aquellos casos en los que la actividad productiva pone peligro los intereses de trabajadores, consumidores o el medio ambiente.

Una concreción de esta propuesta se encuentra en el art. 17 del *D. leg. 231* italiano donde se señala expresamente que no se impondrán sanciones interdictivas cuando la empresa ha reparado el daño, eliminando las consecuencias dañosas de su comportamiento o ha emprendido acciones eficaces para evitar estas consecuencias, ha implantado o mejorado su sistema de cumplimiento y ha puesto el beneficio obtenido a disposición de las autoridades para su comiso¹⁷. Igualmente en el art. 66 bis del Cp español, las penas interdictivas o la disolución, previstas en los apartados b) a f) del art. 33 7, tienen como presupuesto comprobar “su necesidad para prevenir la continuidad delictiva o de sus efectos”. Este requisito exige reservar, tal como antes indicaba, las sanciones interdictivas para empresas peligrosas. No obstante, si de lo que se trata es de conjurar la peligrosidad de empresas viables económicamente, con el fin de que puedan seguir operando y a la vez evitar daños colaterales, la pena más idónea sería la intervención. El art. 33. 7 f) del Cp español regula esta pena señalando precisamente como su objetivo prioritario debe ser el atender a los intereses de los trabajadores y acreedores, que han podido ser víctimas del delito.

La multa es genuinamente la sanción que más entorpece los intereses de las víctimas. Si se quiere ser muy disuasivo imponiendo multas muy cuantiosas, al final las víctimas verán disminuida su posibilidad de ser indemnizadas. En el caso de que las víctimas sean trabajadores o acreedores, la multa puede contener también importantes daños colaterales, que afecten a sus intereses. Esta es precisamente una de las razones que siempre se han esgrimido contra la multa, la *overdeterrence*, tal como la conciben los partidarios de la teoría económica del derecho. El Cp español resuelve desde antiguo esta cuestión haciendo una orden de prelación de pagos (art 126 Cp). El patrimonio del penado se aplica primero a la reparación del daño, a satisfacer los intereses de la víctima, y solo posteriormente al pago de la multa¹⁸. En el caso de las personas físicas esta regla no disminuye el carácter preventivo general de

¹⁷ Art. 17 Reparación de las consecuencias del delito. 1. Restando la aplicación de las sanciones pecuniarias, las sanciones interdictivas no se aplican si antes de la declaración de la apertura del juicio oral, concurren las siguientes circunstancias: a) la persona jurídica ha reparado íntegramente el daño y ha eliminado las consecuencias dañosas o peligrosas del delito o ha actuado de manera eficaz con este fin; b) la persona jurídica ha eliminado las carencias organizativas que han determinado el delito mediante la adopción e implantación de modelos organizativos idóneos para prevenir delitos como el realizado; c) la persona jurídica ha consignado el beneficio conseguido con el fin de que sea confiscado.

¹⁸ La LO 1/2015 que ha reformado este precepto ahonda más en la línea de primar los intereses de la víctima dando preferencia al pago de las costas procesales en que haya podido incurrir la víctima del delito frente a la indemnización al Estado,.

la multa. En la mayoría de los códigos penales la multa siempre tiene una sanción de apoyo como es el arresto sustitutorio o los trabajos en beneficio de la comunidad, por lo que reparación y prevención general no son fines que colisionen.

En el caso de las personas jurídicas, la compatibilidad de la multa con la reparación se pretende resolver (Art. 50.6 y 53.5 del Cp) a través del fraccionamiento del pago. El art. 53.5, que prevé un sistema específico para la persona jurídica, señala que el pago de multa puede suspenderse durante un periodo de hasta cinco años “cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general”. Nuevamente este precepto permite tener en cuenta los intereses de un variado número de *stakeholders* de la empresa que va a ser sancionada, entre ellos sus víctimas que pueden ser incluidas bajo la cláusula de interés general.

La tensión entre sanción y reparación se aborda también en las Directrices para la imposición de sanciones norteamericanas, que expresamente señalan que la primera finalidad de la sanción contra una persona jurídica es la reparación y luego el pago de la multa¹⁹. En los casos en que la organización, como consecuencia de esta medida, carezca de medios para pagar una multa calculada por el modo habitual, existe una forma alternativa de calcular la multa, la denominada multa para empresas insolventes. Incluso cuando se comprueba que la organización es o será incapaz de pagar la multa es posible prescindir de ella totalmente. Esta posibilidad se fundamenta en el *just desert* como teoría de la pena, que aunque de manera simplificada se suele identificar con la retribución, incluye también la reparación de la víctima como fin prioritario de la pena

Resulta también importante atender al modo en que las *Guidelines* aseguran la reparación del daño. La reparación en unos casos constituye una condición de la *probation*, lo que supone que el oficial de prueba tiene entre sus tareas supervisar el modo en que se efectúa la reparación.²⁰ En el caso en que la empresa sea condenada, la supervisión de la reparación se realiza mediante *supervised release*, y corre a cargo de una persona designada por el juez. Esta modalidad de intervención resulta imprescindible para asegurar la eficacia de la reparación de la víctima, que constituye a su vez parte del derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva.

Un problema hasta ahora no afrontado es cómo compaginar los intereses de las

¹⁹ Guidelines for sentencing organizations § 8B 1.1. Remediating Harm From Criminal Conduct. Introductory Commentary: «As a general principle, the court should require that the organization take all appropriate steps to provide compensation to victims and otherwise remedy the harm caused or threatened by the offense. A restitution order or an order of probation requiring restitution can be used to compensate identifiable victims of the offense. A remedial order or an order of probation requiring community service can be used to reduce or eliminate the harm threatened, or to repair the harm caused by the offense, when that harm or threatened harm would otherwise not be remedied. An order of notice to victims can be used to notify unidentified victims of the offense».

²⁰ §8B1.2. Remedial Order y §8D1.1. Imposition of Probation – Organizations.

distintas víctimas o afectados por el delito, en cuanto que estos pueden ser contradictorias. Los intereses de los acreedores o de los trabajadores pueden resultar contrapuestos a las víctimas, por ejemplo, de la contaminación ambiental, en cuanto que su reparación efectiva puede poner en peligro el cumplimiento de las obligaciones de la empresa. En este sentido, debería existir la posibilidad de establecer mecanismos que armonicen la diversidad de intereses. El derecho de daños absolutiza la reparación de los afectados directos, lo que puede dejar de lado por ejemplo la reparación de intereses colectivos o de víctimas más difusas. Las *Guidelines* prevén disposiciones que permiten no sólo aplazar la responsabilidad civil, sino también fraccionar el pago de las responsabilidades civiles o incluso atemperarlo.

La responsabilidad civil satisface los intereses sólo de una categoría de víctimas, aquellas cuyo daño se traduce en un perjuicio patrimonial, pero obvia y puede llegar a ser contraproducente para otras categorías de víctimas²¹. Este problema, conduce en cualquier caso a una discusión mucho más amplia, muy importante por ejemplo en los delitos contra el medio ambiente, donde la diferencia entre el concepto de víctima y el de perjudicado civil puede ser enorme. Aunque el Cp español en los delitos contra el medio ambiente señala expresamente que los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado (art. 339),²² no existe regulación alguna de como compaginar la reparación de daños medioambientales, los procedentes de la reparación civil y los que hayan podido experimentar otro tipo de víctimas.

b) Sanciones restaurativas o socializadoras.

Desde el punto de vista de la protección de las víctimas, resulta un objetivo muy modesto centrarse en un sistema de sanciones que simplemente pretenda evitar daños colaterales. La introducción de los intereses de la víctima dentro del sistema de penas debe ser más ambiciosa y aspirar a un segundo escalón en el cuál sus intereses sean un objetivo prioritario a la hora de configurar la sanción²³. Un ejemplo de este tipo de sanciones es la que en Estados Unidos se denomina *order to notice to victim*²⁴. Se trata de una publicidad, a través de correo o de anuncios, restringida a las víctimas o

²¹ En este punto merece especial interés la propuesta que recientemente ha realizado M.J. Cuenca García *La atenuante de reparación del daño como instrumento de la justicia restaurativa en la delincuencia socioeconómica*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vo. 40, 2020, con el fin de dotar de elementos restaurativos a la atenuante de reparación, dentro del marco de los delitos.

²² Vid. L.M. Puente Aba, *La reparación en el marco del derecho medioambiental*, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 8, 2004, p. 6.

²³ Se trata desde luego de ir más allá de dar estímulos a través del sistema de ejecución de las sanciones o de su determinación para la satisfacción de los intereses de la víctima. Este tipo de estrategia genera importantes distorsiones con otros fines de la pena, vid. Faraldo Cabana P., *Satisfacción de los intereses patrimoniales de la víctima y resocialización del condenado*, *Estudios penales y criminológicos*, Nº. 26, 2006, págs. 7-80.

²⁴ §8B1.4. Order of Notice of Victims.

afectados por delitos de fraude con el fin de que sean conscientes de la sanción y facilitar la reparación²⁵. Claramente este tipo de sanción sirve para compensar las asimetrías informativas entre víctimas y autores a las que antes se hacía referencia.

Los servicios o trabajos en beneficio de la comunidad constituyen un tipo de sanción que con facilidad puede configurarse con el fin de atender a los intereses de la víctima de la infracción. Tal como se dispone en las *Guidelines* esta sanción resulta especialmente apropiadas cuando la empresa dispone del *know how* específico para reparar el daño causado por su comportamiento. La empresa no se limita pasivamente a aportar una cantidad que sufrague la reparación, sino que debe emplear sus conocimientos técnicos, medios y trabajadores²⁶.

No obstante, la posibilidad de tener en cuenta los intereses de la víctima a la hora de conformar la sanción va más allá de estos supuestos, en donde la sanción está muy ligada a la reparación de daños tal como se entiende por el derecho civil. Es posible ser más imaginativos a la hora de proponer sanciones orientadas a la víctima, con una dimensión mucho más colectiva o social. En este sentido, una primera propuesta son las multas en beneficio de la comunidad que se inspiran en las previsiones del art. 378 del Cp español. En los años 80, cuando el consumo de drogas ocasionaba la muerte de miles de jóvenes, muchas madres encabezaron un movimiento social entre cuyas reivindicaciones se encontraba la necesidad de invertir los fondos obtenidos en la indemnización del daño u otro tipo de proyectos sociales. Y es que, ciertamente, resulta obsceno que el Estado se apropie de los bienes decomisados o de la cantidad pagada mediante multa mientras las víctimas continúan desatendidas. Fruto de esta presión es el actual art. 378 del Cp, que exclusivamente en materia de drogas, señala que tanto el comiso, como la multa irán a parar a reparar el daño causado y a indemnizar los perjuicios. Desde luego, aunque el art. 378 utiliza términos procedentes de la responsabilidad civil como indemnización o reparación, lo cierto es que estos conceptos pueden interpretarse de manera autónoma. Los delitos de tráfico de drogas son infracciones de peligro, es decir, dogmáticamente delitos sin víctimas, que no conllevan ningún tipo de reparación civil, por esta razón el art. 378 permite emplear estos fondos en proyecto sociales que beneficien a un conjunto amplio e indeterminado de personas afectadas o que vayan destinadas a mejorar el entorno social.

Este tipo de previsiones podrían generalizarse a través de la figura de las multas en beneficio de la comunidad. La cuantía de la multa pasaría a formar parte de un fondo fiduciario que se destinaria a reparar los daños ocasionados por el delito en el

²⁵ Básico en la configuración de todo este tipo de sanciones Gruner, *Beyond Fines: Inovative Corporate Sentences Under Federal Sentencing Gudelines*, 71, Wash. U. L. Q. 261 (1993).

²⁶ Vid. A. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 314; el trabajo de Fisse, *Community Service as Sanction Against Corporation*, en *Wis. L. Rev.* 970 (1981), p. 970 ss.

seno de la comunidad. En su diseño resultaría conveniente establecer que la aplicación de los fondos no fuera decidida exclusivamente por el Estado, sino que las comunidades afectadas tuvieran voz en este proceso o incluso pudieran decidir en qué proyectos o acciones se invierten las cantidades que conforman el fondo fiduciario..

Igualmente debe pensarse en el establecimiento de la denominada *equity fine* o multa de capital propuesta por John Coffee²⁷ a principios de los años ochenta del pasado siglo y que se ha introducido en países como Australia²⁸. Esta multa tenía en principio como objetivo evitar daños colaterales contra acreedores y trabajadores²⁹, por ello la multa, en lugar de traducirse en el pago de una cantidad de dinero, se articulaba de un modo algo más complejo: se reducía el valor nominativo de cada acción, a la par que la persona jurídica emitía nuevas acciones por un valor equivalente. En el diseño original de este tipo de sanción estas nuevas acciones pasaban a ser propiedad del Estado, lo que suponía una modalidad alternativa al pago de la multa. En un modelo de multa de capital orientado a la víctima estos paquetes de acciones irían a parar directamente a las víctimas. Al igual que en el caso anterior, las acciones podría formar parte de un fondo fiduciario, que administrado por las propias víctimas o por un tercero en su nombre, sirviera para reparar el daño o desarrollara proyectos que beneficiaran a las comunidades afectadas.

La *equity fine* es como puede apreciarse una vía muy eficaz para aunar reparación – en un sentido más amplio que el que existe en la responsabilidad civil – y prevención general. La cuantía multa de capital no afecta a la capacidad productiva de la empresa, ni mucho menos pone en peligro su existencia, pero a la vez mantiene intacta o incluso incrementa su poder de disuasión. La intimidación no viene únicamente determinada por la cuantía a la que asciende la multa, sino también por la pérdida de poder, de control que puede surgir tras la reducción del valor de las acciones y la aparición de otro accionista – las víctimas o el Estado – con un poder relevante. Esta pérdida de control debiera ser especialmente significativa, como consecuencia de la cuantía de la multa, en dos situaciones. En supuestos en los que el delito realizado sea extraordinariamente grave – una catástrofe ambiental o alimentaria, la participación en el blanqueo de capitales procedentes del narcotráfico por parte de una entidad bancaria etc. – o cuando la empresa sea multireincidente. En estos supuestos las sucesivas *equity fines* irán despojando a los socios mayoritarios de su control, produciéndose de manera progresiva una socialización de la empresa.

²⁷ J. Coffee, *No soul to dam no body to kick: An unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment*, en *Michigan Law Review*, 1981. Un desarrollo pormenorizado de esta propuesta en Kennedy, *Criminal Sentences for Corporations: Alternative Finding Mechanisms*, en *California Law Review*, Vol. 73, 1985.

²⁸ J. Braithwaite, *Strategic Socialism, strategic privatisation and crisis*, en *Australian Journal of Corporate Law*, nº 28 (2013), p. 35 ss., especialmente p. 51 ss., donde denomina gráficamente a este tipo de sanciones “*socialist sanctions*”.

²⁹ Vid. A. Nieto Martín, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, op. cit., p. 345.

Una alternativa a la multa de equidad, pero funcionalmente equivalente, sería la de constituir directamente fondos fiduciarios, que en manos de un administrador independiente o incluso de la propia empresa, tendrían como cometido desarrollar acciones de reparación o proyectos sociales durante un determinado tiempo³⁰. Este tipo de fondo vendría a ser una responsabilidad social corporativa obligatoria orientada a los perjudicados por el delito, que en realidad constituyen una categoría más entre los *stakeholders* de la entidad. Aunque no se tratara estrictamente de una multa, no está lejos de esta propuesta el fondo de integridad de 100 millones \$, que el Banco Mundial obligó a crear a Siemens durante 15 años, como parte de su acuerdo por los delitos de corrupción cometidos por la firma³¹.

La participación de las víctimas en la sanción sería también posible a través de la sanción que denominaré pena de intervención comunitaria. Esta sanción debe ponerse también en relación con la responsabilidad social corporativa. En sus orientaciones más recientes la responsabilidad social corporativa pretende integrar a los *stakeholders* en el sistema de gobierno de la empresa, con el fin de hacer más efectivos sus intereses en la toma de decisiones de la entidad. Esta vuelta de tuerca se debe a múltiples factores, desde la globalización a la utilización de la autorregulación, pero que confluyen en el aumento desmesurado de poder que hoy tienen las grandes corporaciones en la sociedad. Cuando las empresas se convierten en actores sociales y políticos, y no meramente económicos, con una capacidad de influencia en la vida de miles de personas, se hace necesario una mayor legitimación de sus decisiones, que se traduce en la necesidad de reformar sus sistemas de gobierno corporativo con el fin de institucionalizar la representación de los *stakeholders*³².

La intervención comunitaria sería una sanción destinada precisamente a introducir la voz de los *stakeholders* afectados por los comportamientos delictivos de la empresa en el gobierno corporativo del ente, especialmente en aquellos órganos responsables del diseño, implementación y ejecución de los modelos de organización. Este papel activo de los *stakeholders* en la gestión del cumplimiento normativo podría articularse de tres maneras. La primera obligando a la entidad a que suministrara periódicamente información de su gestión al grupo de interés afectado, con el fin de que estos pudieran ejercer un mayor control sobre su actividad. La segunda, permitiendo además que los representantes de los grupos de interés participaran en la revisión del programa de cumplimiento, pudiendo visitar con este fin sus establecimientos, hacer entrevistas a su personal etc.. La tercera sería incluir, de

³⁰ M.L. Howard, *Charitable Contributions as a Condition Of Federal Probation For Corporate Defendants: A Controversial Sanction Under New Law*, en *Notre Dame Law Review*, Vol. 60, 3, 1985.

³¹ Vid. <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/NEWS/o,,contentMDK:22234573~pagePK:34370~piPK:34424~theSitePK:4607,00.html>

³² Al respecto, con ulteriores referencias A. Nieto Martín, *Compliance programs: de la gestión de la legalidad a la de la legitimidad* (en prensa).

manera estable, a los grupos de víctimas dentro de los órganos de cumplimiento. Por ejemplo, en Italia y España donde tenemos el órgano de vigilancia, sería un sitio ideal para ubicarlos.

La intervención comunitaria podría ser una medida mucho más efectiva que una intervención pública o judicial, para mejorar el sistema de cumplimiento de la entidad. Generaría una mejor comprensión por parte de la empresa de los problemas de cumplimiento que debe afrontar o, más aún, abriría las puertas a una *responsive self regulation* en el sentido que propone John Braithwaite³³. Por otro lado, ayudaría a subsanar uno de los principales defectos de los programas de cumplimiento, la falta de legitimidad en la manera en que estos son implementados. Es lógico mirar con desconfianza un programa de cumplimiento diseñado e implementado en exclusiva por los dirigentes sociales, es decir, por aquellos que son los principales obligados o destinatarios del programa. La intervención de terceros en los programas de cumplimiento solventa este problema de legitimidad y eficacia. Por ello, la intervención en beneficio de la comunidad que se propone como sanción, en realidad debiera ser también una *best practices* con el fin de implementar programas de cumplimiento más efectivos y creíbles³⁴.

3. La justicia restaurativa constituye un camino más ambicioso que el anterior para tener presente los intereses de las víctimas de comportamientos de violencia empresarial. Aunque *prima facie* puede resultar una propuesta novedosa, existen ya una serie de iniciativas que apuntan en esta dirección. En el plano normativo cabría destacar en primer término la Directiva de la UE sobre derechos de las víctimas³⁵, donde se contempla la justicia restaurativa como un derecho más de cualquier víctima, lo que lógicamente incluye las víctimas corporativas. Desde el punto de vista de los derechos de las víctimas el acceso a este tipo de procedimientos requiere no sólo que el autor reconozca los hechos, lo que constituye como veremos una *conditio sine qua non* de la justicia restaurativa, sino además que la víctima preste su consentimiento libre e informado. Igualmente resulta importante garantizar a las víctimas el acceso a los servicios de justicia restaurativa, lo que exige el que en estos servicios exista algún tipo de especialización que permita atender a las peculiaridades especiales de este tipo de víctimas³⁶.

³³ J. Braithwaite, *Restorative Justice and Responsive Regulation*, op. cit., p. 29 ss.

³⁴ A. Nieto Martín, en A. Nieto Martín (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch 2015, p. 123 ss.

³⁵ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, DO L 315/57, vid. especialmente el punto 46 de su preámbulo y su art. 12.

³⁶ La monografía G. Forti (dir.), *Victims and Corporations. Legal Challenges and Empirical Findings*, Wolters Kluwer – Cedam 2018, recoge los resultados de un proyecto de investigación dedicado a analizar las

En segundo término, y en el marco que particularmente nos interesa, el *soft law* de Naciones Unidas ha ido aproximándose a la justicia restaurativa como forma de compensación de las violaciones de derechos humanos, entre las que se incluyen también los graves atentados al medio ambiente. A diferencia del resto de violaciones al derecho internacional donde la reparación tiene lugar entre estados, en estos casos las víctimas son las titulares directas del derecho a la reparación³⁷. La primera norma en el tiempo es la Declaración de Naciones Unidas de 1985 relativa a las víctimas de abuso de poder, donde además de medidas de resarcimiento, se contemplan otras de indemnización, asistencia y acceso a la justicia, que toman como punto de partida un concepto de víctima mucho más amplio que el de perjudicados civilmente por el delito. La Resolución de la Asamblea General 60/147 sobre Principios básicos y directrices para la reparación a víctimas graves de derechos humanos, retoma el camino de la Declaración de 1985 establece también un concepto amplio de reparación, próximo a lo restaurativo. Además de las medidas de reparación, indemnización, aun cercanas a la noción de responsabilidad civil se incluye la garantía de no repetición o la satisfacción, con el derecho a la “revelación pública y completa de la verdad, “una declaración oficial que restablezca la dignidad de la víctima” o “la petición de disculpas”³⁸.

Más allá de estos documentos generales, la práctica nos muestra supuestos de reparación con elementos de justicia restaurativa, si bien hasta la fecha los casos han tenido como protagonistas las violaciones de derechos humanos realizadas por los

peculiaridades de las víctimas corporativas en el marco de la Directiva europea. Además de los distintos trabajos que componen la monografía resulta de especial interés uno de los resultados del proyecto *Individual Assessment of Corporate Violence Need's. A practical Guide*, April 2017, especialmente p. 27 y ss, donde se realizan interesantes propuestas sobre el desarrollo práctico de procedimientos restaurativos con víctimas de corporaciones.

En materia de daños medioambientales, desde el marco de la criminología verde se propone incluso un concepto de víctima no antropocéntrico, que incluya también como víctima a especies animales y vegetales, G. Varona, *Restorative pathways after mass environmental victimization: walking in the landscapes of past ecocides*, Oñati Socio-legal Series, 2019 (<https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1044>). Más allá de si el concepto de víctima debe dejar de ser antropocéntrico, lo que es indudable es que los programas de justicia restaurativa por daño ambiental deben incluir también no sólo la restauración de espacios protegidos, sino prestar especial atención a animales salvajes o domésticos dañados por la catástrofe medioambiental. En el caso de la Fundación Renova que se citará posteriormente como una experiencia pionera, existe un programa especial de reparación para este tipo de “víctimas” (vid. <https://www.fundacaorenova.org/programa/programa-de-asistencia-aos-animais/>).

³⁷ Vid. sobre la reparación a las violaciones de víctimas de derechos humanos vid. C. Tomuschat, *Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations*, 10 Tul. J. Int'l & Comp. L. 157, 2002; L.M. Cruz, *El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos*, en UNED. *Revista de Derecho Político*, nº 77, enero-abril 2010, p. 185 ss.

³⁸ La resolución es obra fundamentalmente de Van Boven y del penalista Cheriff Bassiouni. Vid. T. Van Boven, *Principios y directrices básicos de las naciones unidas sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, United Nations Audiovisual Library of International Law.

estados³⁹.

Los documentos anteriores se enmarcan claramente en un contexto de justicia de transición⁴⁰, es decir, de violaciones a derechos humanos ocurridas en conflictos bélicos o regímenes dictatoriales. Los Principios Rectores de Naciones Unidas para empresas multinacionales establecen la aplicación de un concepto de reparación y víctima similares en un contexto distinto, en el que la violación de derechos humanos se produce como consecuencia de su actividad ordinaria. Aunque hasta el momento la diligencia debida – o cumplimiento normativo en Derechos humanos – ha acaparado la mayor parte del debate, centrándose en este elemento las normas nacionales que se han elaborado en esta materia, la reparación entendida de manera amplia constituye un aspecto esencial y deja absolutamente claro que no constituye una obligación estatal, sino de las propias empresas multinacionales. La función del estado consiste en establecer el marco legal oportuno para qué hacer que la reparación y el acceso a la justicia sean eficaces. El concepto de reparación de los Principios Rectores supera cualquier igualmente cualquier connotación civilista y se aproxima con claridad a contenidos restaurativos: “puede incluir disculpas, restitución, rehabilitación, compensaciones económicas o no económicas y sanciones punitivas (ya sean penales o administrativas, por ejemplo, multas), así como medidas de prevención de nuevos daños como, por ejemplo, los requerimientos o las garantías de no repetición”. Los Principios establecen igualmente que la necesidad de arbitrar mecanismos extrajudiciales, como la mediación, que pueden ser dejados en manos de las empresas por sí solas o conjuntamente con las partes interesadas.

Tal como señalábamos también en el terreno de la práctica han aparecido experiencias de reparación que aunque en puridad no pueden ser calificadas de restaurativas, paulatinamente van abarcando contenidos que trascienden una visión, puramente civil y por tanto patrimonial, de reparación⁴¹. Ya en el núcleo duro del

³⁹ Vid. C. Martín Beristain, *El derecho a la reparación en los conflictos ambientales*, Universidad del País Vasco, 2012, donde se dan cuenta de numerosos casos y experiencias prácticas. Es especialmente interesante el caso Chixoy. La presa Chixoy se construyó entre 1977 y 1985, inundando más de miles de hectáreas y haciendo desaparecer localidades, viviendas etc., lo que afectó 2.300 familias. Realizada durante la dictadura militar de Guatemala, no hubo consulta alguna con los afectados y además la Policía Militar no dudó en asesinar y arrasar poblaciones con el fin de acallar las protestas. A partir de 2006 se llegó a acuerdos entre el Gobierno de Guatemala y la Coordinadora de Comunidades afectados. En dicho marco se conformó la Mesa Política de Diálogo y Negociación con representantes del Gobierno, la Coordinadora, observadores internacionales, y la Organización de Estados Americanos (OEA) como mediador. Se estableció también una Comisión Técnica de Verificación quien elaboró un informe de identificación y verificación de daños y perjuicios. En 2010 se firmó un acuerdo de reparación que incluye una perspectiva integral y mecanismos de verificación y seguimiento. Uno de los puntos de este acuerdo consistió en exigir al gobierno de Guatemala organizar una serie de encuentros con las comunidades afectadas en los que las autoridades daban a conocer el Informe de Identificación y Verificación de Daños y Perjuicios y el Plan. Igualmente tienen contenidos restaurativos los denominados los toxi-tours, en el que altos directivos de empresas contaminantes visitaron las zonas afectadas en la amazonia ecuatoriana.

⁴⁰ Vid. a partir de la experiencia brasileña E. Saad Diniz, *Justiça de transição corporativa: a nova geração de estudos transicionais*, en *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2020, 167 ss.

⁴¹ Sobre los fondos de reparación para víctimas con carácter general L. Lima, *Fondos de Ayuda o reparación para*

Derecho penal internacional, las empresas que habían colaborado con el régimen nazi y fueron juzgadas en Nüremberg por utilización de trabajo esclavo crearon en el 2000 la Fundación *Erinnerung, Verantwortung und Zukunft*⁴², dotada de un fondo de 358 millones de euros con los que financian proyectos de recuperación de la memoria, de protección de derechos humanos y de reparación a las víctimas del nacionalsocialismo.

En Brasil recientemente se ha cerrado un acuerdo entre la Fiscalía y la empresa Volkswagen sobre la represión ejercida durante la dictadura, en la que la empresa se ha comprometido a pagar 36,3 millones de Reales a iniciativas de reparación en materia de Derechos humanos. La iniciativa se ha articulado a través de una *Termo de Ajustamento de Conducta* (TAC), un acuerdo extrajudicial donde se establecen obligaciones para las empresas, que de cumplirse no darán lugar a acciones judiciales de naturaleza civil contra la compañía por complicidad empresarial con los órganos de represión estatales durante la dictadura brasileña (1964 y 1985). A las empresas se les investiga en concreto por haber colaborado con la tortura y la desaparición de empleados de la compañía. La empresa además de pagar una compensación al fondo estatal destinado a la compensación por estos delitos, debe publicar en los dos periódicos de mayor tirada dos reportajes sobre los hechos investigados y hacer una donación de aproximadamente 2 millones de dólares a proyectos que promuevan la memoria histórica.

En el caso de violaciones contra el medio ambiente puede citarse el caso del fondo fiduciario de *British Petroleum* como forma de compensar a los damnificados por el vertido en el Golfo de Méjico⁴³, pero sobre todo nos parece particularmente interesante la experiencia de la Fundación Renova en Brasil. Al igual que el acuerdo de Volkswagen, esta iniciativa parte de un acuerdo entre la empresa minera Samarco, filial de la empresa Vale -antigua empresa estatal privatizada- y de otras multinacionales canadienses y australianas, y el Ministerio Público de la Región de Minas Gerais, como medio alternativo a los procesos civiles contra la compañía. El acuerdo no ha afectado sin embargo a los procedimientos penales abiertos contra la compañía y varios de sus empleados y dirigentes⁴⁴.

El origen de la Fundación Renova se encuentra en la catástrofe medioambiental ocurrida como consecuencia de la ruptura de una presa de residuos, que afectó a miles de hectáreas y además de muertes y lesiones, alteró significativamente la vida de miles

víctimas de delitos o abuso de poder, en *Revista de Victimología*, p. 97-131.

⁴² <https://www.stiftung-evz.de/start.html>

⁴³ Este fondo se estructura de manera semejante al del 11 de Septiembre e incluso se nombra a la misma persona como administrador. Su fundamento jurídico es una *class actions funds* y se aprueba judicialmente en el marco de procedimientos civiles. El fondo no ha tenido ningún tipo de supervisión judicial.

⁴⁴ Un completo estudio del caso puede verse en D. Arantes Prata, *Criminalidade corporativa e vitimização ambiental: análise do caso Samarco*, *Libers Ars* 2020. Igualmente es muy valiosa la información que puede obtenerse en la web de la Fundación (<https://www.fundacaorenova.org/>).

de personas. Lo significativo del trabajo realizado hasta ahora por la Fundación es el desarrollo de más de cuarenta programas de reparación, agrupados en dos grandes bloques: programas socioeconómicos y medioambientales. Igualmente resulta de gran interés la discusión relativa a establecer un sistema propio de gobierno corporativo de la Fundación que pretende garantizar la participación de las diversas categorías de afectados en la gestión de los fondos. A diferencia del fondo de British Petroleum, que carecía de un control público, el sistema de gobernanza de la Fundación Renova permite una gran participación del Ministerio Público⁴⁵.

Al modelo de los fondos fiduciarios, pero en el ámbito de la corrupción, pertenece también el creado por Siemens al que antes se hacía referencia, como consecuencia de su acuerdo con el Banco Mundial. La creación de este fondo tenía como objetivo el que Siemens fuera excluida del sistema de *debarment*.

Ninguna de estas experiencias puede ser calificadas plenamente de restaurativas en el sentido estricto del término. En todas ellas faltan elementos esenciales de este modelo de justicia como es la asunción de responsabilidades por parte del victimario, la petición de disculpas, su compromiso para emprender reformas estructurales que garanticen la no repetición etc... En algunos de estos supuestos se tiene la sensación de que la creación de fondos fiduciarios ha sido la estrategia elegida por la empresa para desvincularse del conflicto ocasionado por la catástrofe medioambiental o la violación de derechos humanos, una manera de desconectar el daño causado de sus asuntos ordinarios y las preocupaciones principales de sus dirigentes. Quizás por todas estas razones, la creación de este tipo de fondos pese a las grandes sumas de dinero invertidas no ha servido para cerrar de manera definitiva el conflicto generado por el comportamiento empresarial. E igualmente tampoco han tenido gran repercusión en la esfera judicial. Lo importante de todos estos intentos es, sin embargo, la utilización de un sistema de reparación extrajudicial, basado en un concepto de reparación que en mayor o menor medida contiene elementos restauradores. Por esta razón, cabe suponer que la utilización de la justicia restaurativa aportaría una metodología mucho más sofisticada e idónea para solventar los conflictos originados por la violencia empresarial.

La justicia penal tiene un ritmo muy distinto al que plantean las necesidades de reparación de la víctima, que además por muchos derechos que se le hayan conferido, puede tener problemas insalvables de acceso a la justicia, sobre todo en aquellos supuestos en los que la empresa no va a ser juzgadas en el país donde ocurrieron los hechos y se sitúan las víctimas. Pero también la justicia restaurativa resulta de gran interés para las empresas. El esfuerzo que realizan, a través de mecanismos

⁴⁵ L. Mullenix, *Prometheus Unbound: The Gulf Coast Claims Facility as a Means for Resolving Mass Tort Claims - A Fund Too Far*, en *Louisiana Law Review*, Vol. 71 3, 2011, p. 819 (<https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol71/iss3/3>).

extrajudiciales de reparación, podría ser rentabilizado en los procesos penales abiertos y ser de utilidad para mitigar el daño reputacional que ha generado y poder seguir manteniendo su producción en las zonas afectadas.

a) ¿Una vía alternativa o complementaria?

El primer debate que debe plantearse a la hora de proponer una solución restaurativa para los casos de violencia empresarial es la relación entre los procesos restaurativos y la justicia penal ordinaria o retributiva. En lo que alcanzo, y hasta la fecha, no existe ningún supuesto en los que iniciativas como las apuntadas anteriormente hayan tenido algún tipo de vinculación con el proceso penal.

Idealmente, las relaciones de la justicia penal con la restaurativa pueden, ciertamente, articularse de varios modos. Tal como muestran los casos que examinamos anteriormente, pueden actuar en planos diferentes, sin interferencias. No obstante, no es esta la única posibilidad. Como establece la reciente Recomendación del Consejo de Europa, la Justicia Restaurativa “puede emplearse en cualquier fase del proceso penal”. Lo que significa que puede utilizarse dentro de la conformidad o de justicia negociada⁴⁶; como forma de restitución que tenga incidencia en la sentencia como circunstancia atenuante; como circunstancia a tener en cuenta para la suspensión de la ejecución de la pena; o incluso dentro de la ejecución penitenciaria⁴⁷.

Con independencia de que en diversos ámbitos de la delincuencia económica y corporativa sean convenientes vías distintas, la propuesta que aquí se hace, destinada a los casos de violencia corporativa que causan graves daños a los derechos humanos y al medio ambiente, es que la justicia restaurativa debe conformarse como una vía alternativa, y no simplemente complementaria, y que además debe ponerse en marcha desde el inicio del procedimiento penal (o sancionador) como mecanismo de *diversion*. De hecho, la recomendación del Consejo de Europa que antes citábamos, aunque deja la puerta abierta a varias formas de coordinación, pone un especial énfasis en la justicia restaurativa como vía alternativa al proceso penal.

La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la

⁴⁶ Vid. en este punto los trabajos de M. Aguilera Morales, *Víctima y conformidad: al encuentro de dos rectas paralelas llamadas a coincidir*; R. Castillejo Manzanares, *Justicia restaurativa, mediación penal y víctimas*, ambos en M. Hoyos de Sancho, *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*, Aranzadi 2017; D. Gaddi, *Materiales para una conformidad restaurativa*, en *Estudios Penales Y Criminológicos*, Vol. 40, 2020. En estos trabajos se da cuenta de los esfuerzos que hasta ahora se han hecho de vestir prácticas restaurativas con el inapropiado traje de la conformidad. Además de otras dificultades que ponen de manifiesto las autoras, en realidad la dinámica temporal de un procedimiento restaurativo no tiene que ver nada con la conformidad. En supuestos de delincuencia corporativa graves, como los que nos ocupan en este trabajo, los procesos restaurativos pueden durar años, en los que se desarrollen los distintos programas etc. Es muy difícil encajar las dinámicas restaurativas en un espacio de tiempo mucho más circunscrito a un breve lapso de tiempo como es el de la conformidad.

⁴⁷ J. Baucells Lladós, *Delincuentes socioeconómicos y justicia restaurativa en la ejecución de la pena*, en *Revista General de Derecho Penal*, Vol. 34, 2020.

mayoría de los ordenamientos nos sitúa en un contexto nuevo a la hora de reflexionar acerca de las posibilidades de utilizar la justicia restaurativa como alternativa. La responsabilidad conjunta de persona física y jurídica por unos mismos hechos, que es la regla en la mayoría de los ordenamientos, abre un nuevo escenario acerca de cómo alcanzar los fines de la pena. El que por un mismo hecho podamos sancionar a dos entidades diversas, pero a su vez conectadas de una manera distinta a la que están por ejemplo los coautores, permite establecer puentes e interacciones entre las diversas respuestas.⁴⁸ En el terreno que aquí nos interesa, permite por ejemplo establecer una estrategia conjunta para alcanzar los distintos fines de la pena, centrando los aspectos de prevención general o incluso retributivos en la persona física y dando prioridad en la respuesta a la persona jurídica a otros aspectos que también resultan imprescindibles para la superación del conflicto generado por el delito.

La preferencia por la persona jurídica, en lugar de la física⁴⁹, como sujeto del proceso restaurativo se fundamenta, de un lado, en su mayor capacidad para poner en marcha y ejecutar medidas que atiendan a las múltiples aristas de los conflictos sociales que generan los delitos económicos, sobre todo cuando pueden definirse como violencia corporativa y dan lugar a procesos de victimización complejos como los referidos en el apartado primero de este trabajo. La justicia restaurativa empresarial es especialmente útil para enfrentarse con supuestos graves de violencia empresarial, como graves delitos medioambientales o violaciones de derechos humanos, escenarios donde existe una situación de gran desequilibrio de poder entre víctimas y autores y unas necesidades de reparación que sobrepasan las que puede ofrecer el derecho penal, civil o administrativo a través de sus mecanismos habituales. Además, en la etiología de los delitos corporativos resultan de gran importancia los factores estructurales, que tienen que ver más con problemas propios de la corporación que con factores individuales, tal como pone de manifiesto el paradigma explicativo dominante de este tipo de delitos⁵⁰. De esta manera, la garantía de no repetición que constituye un derecho básico de las víctimas solo puede asegurarse en el marco de un proceso reparador centrando en la empresa. Esto no excluye en ningún caso que de la reparación puedan desvincularse las personas físicas y muy especialmente los dirigentes empresariales. Como después veremos, la petición de disculpas, el oír las historias y los problemas de las víctimas, la asunción de responsabilidad, que

⁴⁸ La muestra es por ejemplo el art. 31 ter 1. del CP española que permite compensar ambas sanciones. El mejor estudio sobre las relaciones entre la responsabilidad individual y colectiva es Mongillo V., *La responsabilidad penale tra individuo ed ente colettivo*, Torino 2018, quien propone un modelo interactivo y ponderado entre ambos tipos de responsabilidad (pags. 467 ss) que conectaría con la propuesta que aquí se realiza.

⁴⁹ Explorada por M.J. Guardiola Lago, *¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?*, en *Estudios Penales Y Criminológicos*, Vol. 40, 2020.

⁵⁰ Cfr. Nieto Martín A, Cumplimiento normativo, Criminología y Responsabilidad penal de personas jurídicas, en Nieto Martín A., (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2015, p. 50 ss.

constituye un momento esencial de los procesos restaurativos, sólo puede hacerse a través de personas físicas que representen a la entidad.

La objeción más importante a que la justicia restaurativa pueda conformarse como una alternativa a la justicia penal y que además opere de manera simultánea se centra en señalar que ambos tipos de “justicia” se mueven en planos diferentes⁵¹. Mientras que el derecho penal actúa en un plano de relaciones vertical: estado-ciudadano infractor, la justicia restaurativa, se mueven en un plano horizontal o interpersonal. Ambos planos son independientes y el conflicto que origina el delito en cada uno de ellos debe ser solventado de manera autónoma. Como muestra por ejemplo la institución del perdón, que se mueve en el plano horizontal, entre ambos pueden existir interrelaciones, pero cada uno de ellos obedece a una lógica diferente. Igualmente, la intervención penal debe llevarse a cabo sin que interfiera u obstaculice la posibilidad de solventar el conflicto horizontal.⁵² El problema que ha planteado el renacer de la víctima es que precisamente sus intereses son el núcleo de esta relación.

Esta crítica no me parece sin embargo que tenga el peso suficiente. En primer lugar, tal y como ya señalamos, la dualidad persona física-jurídica debe resultar de utilidad para encontrar una solución que permitan resolver ambos conflictos simultáneamente. Mientras que la sanción penal individual solventa el conflicto vertical que genera el delito, posibilitar la justicia restaurativa empresarial, ayuda a solventar el conflicto horizontal. La justicia restaurativa está mejor situada para atender los intereses de la víctima, porque a diferencia del derecho penal, incorpora como elementos estructurales el arrepentimiento, la petición de disculpas, la reconciliación que son necesarias para resolver el conflicto horizontal. La justicia penal está asociada además al modelo de reparación patrimonial procedente del derecho civil, que no resulta idóneo para un modelo de reparación como el que proponen los instrumentos internacionales a los que antes se hacía referencia.

A esta suerte de doble vía podría objetarse que también en relación a la persona jurídica, una vez establecida su responsabilidad penal, existe un conflicto vertical que es independiente y que no puede ser solventado en exclusiva con la pena impuesta a la persona física. Ello resulta por lo demás una consecuencia lógica de la independencia de ambos injustos, lo que es incuestionable cuando hablamos de autorresponsabilidad o culpabilidad propia. Esta posible objeción no me parece sin embargo de peso. No es posible separar ambos conflictos de manera tajante, a no ser que se mantenga un

⁵¹ A superar esta diferencia de planos y enfoques no ayuda el que desde las filas de la justicia restaurativa se hable con frecuencia de justicia retributiva para referirse a la justicia penal. Dando por bueno que la retribución es fin de la justicia penal, lo cierto es que el derecho penal persigue finalidades muchos más complejas, como se deriva de la discusión de los fines de la pena, pero también del ingreso de la víctima en el sistema penal. Para una visión actualizada del debate de los fines de la pena es imprescindible D. Rodríguez Horcajo, *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión, cooperación y equidad*, Marcial Pons 2016.

⁵² Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis: Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier 2018, p. 23 y p. 215 ss.

riguroso retribucionismo⁵³ o una concepción autoritaria del derecho penal, donde la desobediencia a la norma y por tanto al mandato del soberano sea el núcleo de la infracción. La resolución del conflicto horizontal, a través el proceso restaurativo, disminuye la importancia del conflicto vertical en la mayoría de los casos, como prueba el que la reparación sea una circunstancia atenuante en la mayoría de los sistemas.

Logicamente todo lo anterior no implica que a justicia restaurativa empresarial sea válida para resolver todo tipo de conflictos generados por la violencia corporativa grave. En este punto, la investigación futura tiene como reto principal identificar los conflictos que pueden ser resultados de manera más eficiente a través de este mecanismo alternativo⁵⁴ y en cuales otros deben seguir apostándose por la vía del derecho penal.

b) El instrumento jurídico de *lege ferenda*: los acuerdos reparadores para diferir el procedimiento.

La instrumentalización práctica⁵⁵ de la propuesta que aquí se realiza vendría de la mano de una nueva tipología de acuerdos para diferir el procedimiento de naturaleza restauradora⁵⁶. A diferencia de la conformidad, cuya finalidad principal es la gestión de la carga de trabajo de la administración de justicia, los *Deferred Prosecution Agreements*, que existen en muchos países anglosajones y que empiezan a exportarse también a ordenamientos continentales, deben enmarcarse dentro de la *probation*. Procedentes del derecho penal juvenil, desde donde han saltado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tienen un fin resocializador. Si atendemos a la práctica norteamericana las condiciones que se imponen en estos acuerdos como la reparación del daño, la mejora de los programas de cumplimiento

⁵³ Lo cual parece ser la posición de D. Robinson, *The Virtues of Restorative Process, the Virtues of Restorative Justice*, en *Utah Law Review*, 2003, 1, p. 375 ss., que comparte J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis*, op.cit., p. 217.

⁵⁴ Sobre los criterios de eficiencia y eficacia de los acuerdos restaurativos vid. R. Calvo Soler, *Donde la justicia no llega. Cuando el proceso judicial no acompaña*, Gedisa 2018, p. 84 ss., quien precisamente plantea la noción de la alternatividad de la justicia restaurativa a partir de estas nociones. Raul Calvo ha desarrollado, si bien no en el marco que ahora nos interesa, la ausencia de condiciones restaurativas en relación al victimario, las víctimas o la comunidad, vid. R. Calvo Soler, *Justicia Juvenil y prácticas restaurativas. Trazos para el diseño de programas y para su implementación*, Ediciones Ned 2018, p. 89 ss.

⁵⁵ Como requieren las Recomendaciones del Consejo de Europa es preciso articular mecanismos que coordinen el proceso restaurativo y el penal. Punto 22: "Si la justicia restaurativa es aplicada en el marco del procedimiento penal, se deben elaborar políticas de funcionamiento. Concretamente, estas deben abordar los procedimientos que contemplen la derivación de casos a justicia restaurativa y la gestión de casos después de la justicia restaurativa."

⁵⁶ Cuya inclusión en nuestro país cuenta con bastantes apoyos en relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vid. por ejemplo recientemente J. Gimeno Beviá, *Hacia el principio de oportunidad en el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas* en María Sonia Calaza López M.S/Muinelco Cobo J.C.(dir.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Madrid 2020; J.M. Torras Coll, J. Gimeno Beviá, M. Fortuny, *Instrumentos alternativos al proceso penal de la persona jurídica: desde las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal y la mediación penal hacia los DPA norteamericanos*, en *Diario La Ley*, nº 9443, 2019.

o el cese de determinados directivos de la entidad, atienden a esta finalidad. No resulta complicado el salto de unos acuerdos para diferir o finalizar el procedimiento resocializadores a otros de tipo restaurativo. Las condiciones resocializadoras que acabamos de mencionar, pueden por ejemplo entenderse como condiciones necesarias para la no repetición.

Una ventaja de establecer en el comienzo del procedimiento la conexión entre justicia restaurativa y el proceso penal es que ello resulta más atractivo para las empresas. La inclusión por ejemplo de la justicia restaurativa como una atenuante en el momento de la determinación de la pena llegaría demasiado tarde. Es dudoso que una empresa decidiese embarcarse en un procedimiento restaurativo, cuando ya ha tenido que soportar un proceso penal. Éste seguramente habrá generado nuevas tensiones y agrandado el conflicto con las víctimas, lo que hará más compleja la intervención restauradora. Una ventaja ulterior de los acuerdos restaurativos frente a los resocializadores es que servirían para eliminar una de las principales críticas que, al menos en EEUU, se han efectuado contra los *deferred* y *non deferred prosecution agreements*: la falta de transparencia y el olvido de las víctimas⁵⁷. Por su propia naturaleza el procedimiento restaurador subsiguiente al acuerdo no incurriría en ninguno de estos dos defectos.

Lógicamente los acuerdos de no persecución de restaurativos tendrían que partir de la aceptación tanto por parte de las víctimas como de los autores. Igualmente sería necesario que estos asumieran, como punto de partida la responsabilidad de los hechos. No obstante, esta asunción de responsabilidad debe producirse de acuerdo con las propias reglas y la dinámica propia del proceso restaurados. Como atinadamente ha señalado Daniela Gaddi de lo que se trata fundamentalmente es de reconstruir entre ambas partes “el sentido del evento delictivo de manera que pueda ser compartido por todos los protagonistas y, sobre esa base, establecer conjuntamente la forma mejor de reparar sus consecuencias”⁵⁸.

Descendiendo a un plano más técnico, los principales problemas a la hora de diseñar estos acuerdos surgen en el momento de articular sus relaciones con el proceso penal. El primero aspecto complejo radica en establecer qué ocurre cuando el proceso restaurador fracasa y qué reflejo tiene en el proceso penal o en la pena⁵⁹. Aunque no es sencillo determinar cuándo puede decirse que un proceso restaurativo ha fracasado

⁵⁷ Cfr. nuevamente D. Gaddi, *Materiales para una conformidad restaurativa*, en *Estudios Penales Y Criminológicos*, Vol. 40, 2020, p. 1010 ss. Vid. además el fundamental estudio en este punto de B.L. Garret, *Too Big to Jail. How Prosecutors Compromise with Corporations*, Belknap Press 2014.

⁵⁸ Cfr. D. Gaddi, *Materiales para una conformidad restaurativa*, en *Estudios Penales Y Criminológicos*, Vol. 40, 2020, p. 1024

⁵⁹ En este punto son escasas las indicaciones que aportan las Recomendaciones del Consejo de Europa: “35. Si un caso vuelve a remitirse a las autoridades judiciales sin que las partes hayan llegado a un acuerdo o después de no aplicarse dicho acuerdo, la decisión sobre cómo proceder debe tomarse sin demora alguna y conforme a las garantías procesales y legales que contempla la legislación nacional”.

esta decisión debe corresponder la fiscal (o juez de instrucción) que admitió la derivación del proceso, quien dotado de un margen de discrecionalidad inevitable debiera decidir acerca de qué hacer en estos casos. La decisión a tomar no debiere ser desde luego binaria (blanco/negro), y debiera permitir gran variedad de grises. Un gran esfuerzo de la empresa pese a la insatisfacción de las víctimas podría considerarse suficiente y no dar lugar a la apertura del proceso penal. En caso contrario, la atenuante de reparación podría servir en nuestro ordenamiento para articular una rebaja substancial de la pena, que tuviera en cuenta el esfuerzo reparador realizado, pese al posible fracaso.

A diferencia de lo que ha ocurrido en algunas experiencias práctica como la de la Fundación Renova que antes comentaba, el papel del fiscal/juez de instrucción, en los procesos reparadores debe limitarse a ser un mero observador externo con el fin de, en consonancia con lo que acabo de indicar, analizar los efectos sobre un posible proceso penal⁶⁰. Su participación, representando los intereses del estado, podría desvirtuar el procedimiento restaurativo, cuyo desarrollo debe llevarse a cabo por un nuevo tipo de experto, con habilidades y conocimientos bien diferentes: el facilitador y los servicios de justicia restaurativa⁶¹.

Un problema ulterior es la regulación de la transmisión de información entre el proceso restaurador y el proceso penal. En el modelo que aquí se propone el proceso penal seguiría en relación a las personas físicas responsables del delito. Como es bien sabido, los *Deferred Prosecution Agreement* en la práctica norteamericana han sido utilizados a veces como un mecanismo casi extorsivo para obtener información de la empresa con la que condenar a las personas físicas implicadas. Lo que debilita enormemente sus derechos de defensa. Enfrentarse a la vez al *ius puniendi* estatal y a la maquinaria jurídica puesta en marcha por una gran empresa multinacional no es sencillo. Por esta razón, la colaboración con la administración de justicia debiera articularse por ejemplo a través de un sistema garantistas de investigaciones internas como el propuesto recientemente por el Proyecto de Ley alemán sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶².

En este punto, y en general a la hora de establecer la posible comunicación de informaciones entre el proceso restaurativo y el penal debería partirse de la regal de

⁶⁰ Este papel, como mero supervisor, es el que también se desprende de las Recomendaciones del Consejo de Europa: "7. La necesidad de una supervisión judicial es mayor si la justicia restaurativa va a afectar a las decisiones judiciales, como cuando la interrupción del enjuiciamiento depende de una conformidad, o cuando el acuerdo restaurativo se eleva al tribunal como orden o resolución recomendadas."

⁶¹ Vid. D. Gaddi, *Materiales para una conformidad restaurativa*, en *Estudios Penales Y Criminológicos*, Vol. 40, 2020, p. 1029 ss. quien aboga también por una intervención mínima del Ministerio Fiscal.

⁶² Para una descripción breve de este sistema A. Nieto Martín, *Reforma del proceso penal y regulación de las investigaciones internas* (<https://almacendederecho.org/>). Sobre la relación de los acuerdos procesales en Estados Unidos con los derechos de defensa, Gimeno Bevia J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Thomson, 2ª Ed, 2016,

“autonomía informativa” de cada uno de los procesos. Esta regla resulta coherente con la confidencialidad que debe ser la norma general en los procesos restaurativos, tal como se establece en la Recomendación del Consejo de Europa⁶³. Coherente con esta propuesta de independencia o autonomía informativa es también lo establecido en el punto 30 de las Recomendaciones: “La participación en la justicia restaurativa no debe utilizarse como prueba del reconocimiento de culpabilidad en procedimientos judiciales posteriores”. De este modo, se blindo el que pueda ser utilizado como elemento probatorio un aspecto esencial del proceso restaurador que es el reconocimiento voluntario de la verdad y de los hechos. La no utilización de la declaración del responsable en su perjuicio como elemento de prueba no es ni más, ni menos compleja que por ejemplo lo que sucede por ejemplo en los casos de prueba prohibida, cuando existen pruebas que soportan la culpabilidad, pero no pueden ser tomadas en cuenta.

c) El desarrollo de los procedimientos de justicia restauradora empresarial: algunas ideas.

Más allá de establecer la herramienta que permita la articulación entre el proceso restaurativo y el penal, el aspecto sin duda más complejo de todos es adaptar la práctica de los procedimientos restaurativos, procedentes del derecho penal del menor o de jóvenes y de supuestos no graves, a los casos de violencia corporativa grave contra los derechos humanos o el medio ambiente⁶⁴. Con el fin de visualizar de la mejor manera en qué pueden consistir las prácticas restaurativas, se expondrán en primer lugar sus rasgos principales⁶⁵, para intentar después mostrar las herramientas y técnicas de un posible plan de justicia restaurativa empresarial.

Una buena forma de entender la diferencia entre la justicia penal y la restaurativa es contraponer los elementos estructurales de cada una de ellas. El derecho penal material pivota sobre los conceptos de injusto/tipicidad y culpabilidad, mientras que la justicia restaurativa en lugar de estos conceptos utiliza

⁶³ Recomendación 17 “La justicia restaurativa debe prestarse de manera confidencial. Los debates en el contexto de la justicia restaurativa deben ser confidenciales y no pueden utilizarse posteriormente, excepto si lo acuerdan las partes afectadas”. La única excepción a la regla de la confidencialidad es la que se contempla en el punto 49 de las Recomendaciones: “Más allá del principio de confidencialidad, el facilitador debe facilitar a las autoridades competentes información sobre delitos inminentes o graves que puedan salir a la luz mientras se aplica la justicia restaurativa”.

⁶⁴ Recientemente han aparecido propuestas en torno a cómo materializar este tipo de encuentros, vid. especialmente J.M. Guardiola Lago, *¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 40, 2020, pág. 529 ss.; J.M. Rodríguez Puerta, *El derecho de las víctimas colectivas a participar en encuentros restaurativos*, en *RECPC 22-14* (2020), (<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-14.pdf>), pág. 30 ss; D. Gaddi, *Materiales para una conformidad restaurativa*, en *Estudios Penales Y Criminológicos*, Vol. 40, 2020,

⁶⁵ Al respecto, vid. por todos R. Calvo Soler, *Justicia Juvenil y prácticas restaurativas*, en *NED*, 2020, 2018; J.M. Tamarit Sumalla, *La justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*, Comares, Granada 2012.

respectivamente los de daño, conflicto y responsabilización por el daño. El escurridizo concepto de conflicto tiene unas pretensiones bien diversas a la tipicidad penal⁶⁶. Mientras está es un concepto que reduce la complejidad de los casos, para hacerlos manejables procesalmente y permitir una descripción de los comportamientos conforme con el principio de legalidad, los conceptos de daño y conflicto tienen como finalidad describir quién y qué resultado dañado y las relaciones que se han visto afectadas por el comportamiento del victimario.

Este cambio de perspectiva hace que para la justicia restaurativa carezca de sentido plantearse la existencia de delitos sin víctima, una de las objeciones más frecuentes cuando se plantea su utilización en el ámbito de la delincuencia económica o corporativa. La expresión “delitos sin víctima” solo tiene sentido a la luz del concepto de bien jurídico, que reduce el delito a la lesión de un derecho, un valor o institución. Desde una visión más amplia y mucho más realista como la que se desprende de las nociones de daño y conflicto, la existencia de delitos sin víctimas carece de sentido. No hace falta detenerse en demostrar que los delitos ecológicos, fiscales o la corrupción generan un daño social, más allá de la lesión al bien jurídico protegido, y que por tanto existan diversos perjudicados o víctimas. Cuestión distinta es, y de ello nos ocuparemos más adelante, es cómo articular la participación y representación de los diversos afectados y víctimas en el procedimiento restaurador.

En el derecho penal la culpabilidad atribuye al autor la responsabilidad por el hecho tras imputar objetiva y subjetivamente el delito. En la justicia restaurativa el concepto clave es la responsabilización. Se trata de un camino que debe recorrer el victimario, quien después de reconocerse como autor, debe responsabilizarse de las consecuencias de su comportamiento. Una de las finalidades básicas de los procesos restaurativos es que creen el clima oportuno para que el autor entienda lo que hizo y el daño que origino a otras personas. La responsabilización como uno de los objetivos del proceso explica la importancia que en él tiene la petición de disculpas. Responsabilizarse y sentirse obligado a reparar constituyen ya, por ello, un comienzo de reparación del daño.

Las diferencias entre ambos tipos de justicia no se acaban en el plano material, también son decisivas las diferencias entre ambos procesos. El proceso penal, ya se conforme como inquisitivo o acusatorio, es una lucha entre dos partes principales: acusación y defensa. Los procesos restaurativos por el contrario se basan en el diálogo entre las diversas partes afectadas. La definición más usual de la justicia restaurativa en las normas internacionales, ya sean de *soft law* como la Recomendación del Consejo de Europa o vinculantes como la Directiva europea sobre derechos de las víctimas,

⁶⁶ Ampliamente sobre el concepto de conflicto R. Calvo Soler, *Mapeo de conflictos. Técnicas para la exploración de los conflictos*, Gedisa 2014, p. 33 ss.

insiste en describirla como un proceso en el que participan activa y libremente las personas dañadas por el delito y las personas responsables del daño, de la mano de un facilitador. Esta figura, a diferencia del juez penal, tiene como función principal propiciar el diálogo entre víctima y victimario, con el fin de que cada una exponga los intereses que conforman el conflicto. Se habla en este sentido con frecuencia de un diálogo deliberativo, un espacio de habla no dominado por ninguna de las partes y respetuoso⁶⁷.

Los procesos restaurativos, a diferencia del proceso penal, son además abiertos, en ellos participan no sólo las víctimas, sino la totalidad de partes afectadas por el conflicto o que tienen un interés legítimo en el mismo. La justicia restaurativa es justicia comunitaria. Su pretensión, como es bien conocido, es devolver el conflicto a la comunidad, para que participe en su resolución. En el discurso de la justicia restaurativa late la vieja idea abolicionista de que el derecho penal estatal, que aparece con las monarquías absolutas que convierten cualquier delito en una ofensa contra el rey, roba el conflicto a la sociedad, lo que a su vez supone que esta se desentienda del delito, delegando en el estado la tarea de su prevención. Por ello uno de los objetivos de la restauración es el fortalecimiento de la comunidad, para que sea capaz de alcanzar un mayor protagonismo en la resolución de conflictos y sea capaz de evitarlos en el futuro.

La diferencia final se encuentra en el resultado del proceso: la pena frente al acuerdo reparador. La reparación, tal como señala Naciones Unidas debe ser entendida de forma amplia: desde luego incluye los daños económicos, pero también trata de abordar la totalidad de efectos negativos que ha producido la conducta, como las relaciones sociales que se han visto afectadas. Un aspecto esencial de la reparación es evitar la reiteración de conductas similares por parte del victimario. La resocialización no es pues extraña a los procesos restaurativos y comienza con el proceso de reconocimiento del daño, pero también con la necesidad de afrontar los factores que han llevado a la aparición de los comportamientos delictivos.

Vistos los rasgos principales de la justicia restaurativa, abordaré a continuación el cómo esta puede hacerse operativa en el marco de los casos que nos ocupan.

A diferencia de lo que puede ocurrir en los casos de los que hasta ahora resueltos a través de prácticas restaurativas, los supuestos de violencia empresarial suelen generar daños y conflictos complejos de entender y cuyas causas y efectos ocupan un mayor espacio temporal. Por ello el éxito del proceso restaurador depende de que en el mismo se hayan debatido y abordado los problemas más importantes generados por el delito, por esta razón el primer paso debe consistir en el mapeo o cartografía del

⁶⁷ Al respecto de este carácter deliberativo vid. los comentarios de D. Gaddi, *Materiales para una conformidad restaurativa*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 40, 2020, p. 1023 ss.

conflicto.⁶⁸ Se trata de un actividad destinada a descubrir las personas que se han visto afectadas, de qué modo lo han sido y cuáles son sus intereses. Cuando existen colectivos de víctimas y perjudicados habrá que analizar también cuáles son sus posibles interlocutores. El mapeo en este primer momento debe ser realizado por el facilitador, ayudado por un grupo de expertos, como paso previo a cualquier tipo de encuentro restaurativo. Una vez que estos encuentros vayan desarrollándose se irán perfilando o corrigiendo la cartografía originaria. No obstante, avanzado el proceso restaurador resultaría conveniente que terceros independientes evalúen cómo están incidiendo las distintas medidas adoptadas en la resolución del conflicto. La resolución del conflicto afecta a su conformación, de ahí la necesidad de medirlo constantemente.

Una segunda actividad absolutamente necesaria en la justicia restaurativa empresarial deben ser la investigación interna que ha de desarrollar la organización. Se trata de una investigación interna peculiar que no se ajusta a su tipología usual⁶⁹. Las investigaciones internas sirven a la empresa normalmente para trazar cuál será su estrategia en el proceso penal, señalar a los responsables de la infracción e imponer sanciones disciplinarias. Son además normalmente secretas y en ningún caso la empresa tiene la obligación de hacerlas públicas. Las investigaciones internas restauradoras por el contrario deben conformarse como el mecanismo principal a través del cual la empresa se responsabiliza por los hechos. De este modo, la complejidad para entender el conflicto se afronta con dos herramientas complementarias: el mapeo del mismo, que realizará el facilitador, de la mano de expertos independientes, y la investigación interna restauradora, que como a continuación va a analizarse constituye una tipología específica, con rasgos propios, dentro de las investigaciones internas.

Es desgraciadamente usual que la investigación interna asociada al proceso penal sirva para construir un relato de los hechos que desvincula a los dirigentes de la organización. Este riesgo debe evitarse a toda costa en la investigación interna restauradora cuyo primer objetivo debe ser el desvelar las estrategias y decisiones que han llevado a la causación del daño, señalando a las personas responsables del mismo. Por esta razón, la investigación interna necesita, primero, ser conducida por un tercero ajeno a la organización y, segundo, contar con el máximo compromiso de sus dirigentes. Lo que debe traducirse en que alguien con una autoridad relevante dentro de la empresa debe estar activa y directamente implicado en su desarrollo, con el fin por ejemplo de evitar cualquier tipo de obstáculo. La investigación restauradora tiene como uno de sus cometidos principales mostrar los defectos del programa de cumplimiento o medidas de prevención, empezando por los déficits que puedan existir

⁶⁸ Ampliamente R. Calvo Soler, *Mapeo de conflictos. Técnicas para la exploración de los conflictos*, Gedisa 2014.

⁶⁹ Sobre las investigaciones internas me remito a mi trabajo A. Nieto Martín, *Investigaciones internas*, en A. Nieto Martín (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch 2013.

en la cultura de legalidad de la organización. Un rasgo esencial de las investigaciones internas restauradoras es que están destinadas a hacerse públicas, pues constituyen la expresión de la voluntad de la empresa asumiendo y responsabilizándose por el mal realizado. Lo que exige desvelar públicamente cuáles han sido los defectos, las decisiones estratégicas causas del comportamiento delictivo⁷⁰.

La investigación interna constituye el comienzo de responsabilización por el daño y la petición de disculpas, pero aún son precisas actividades ulteriores. La petición de disculpas exige un contacto directo entre los responsables de la organización y las víctimas. Habíamos indicado como los diversos fondos fiduciarios que hasta la fecha se han creado dan la impresión que más que una forma de responsabilización, son un modo de apartar el conflicto y las víctimas de las preocupaciones de sus dirigentes. Al igual que en el cumplimiento normativo es importante el *tone from the top*, en la justicia restaurativa empresarial los miembros de los órganos de dirección visiten los lugares afectados y oír los relatos de las víctimas⁷¹.

Igualmente la responsabilización requerirá normalmente que la organización adopte medidas contra los responsables individuales y cambios en la organización. El derecho disciplinario, parte esencial de los programas de cumplimiento, resulta por ello también esencial dentro de los procesos restauradores. Esta medida es frecuente en la mayor parte de los acuerdos procesales norteamericanos, si bien en el caso de la justicia restaurativa se trata de una iniciativa que debe adoptar la propia organización.

En este punto conviene no confundir, en cualquier caso, el proceso de responsabilización de la organización y de los responsables individuales del daño. La dificultad existente para que los autores individuales reconozcan los hechos se ha indicado como uno de los mayores problemas a la hora de aplicar la justicia restaurativa en el marco de los delitos económicos⁷². Desde la formulación de la teoría de la asociación diferencial, se viene señalando como uno de los factores etiológicos más importantes de la delincuencia económica es la existencia de técnicas de neutralización, que permiten a los autores justificar su comportamiento, negar el daño, a la víctima etc... La responsabilización, que empieza con la investigación interna, debe conformarse como el mecanismo que permita ir desmontando este tipo de razonamientos, como forma de recuperar la cultura de la legalidad en la organización,

⁷⁰ Un ejemplo de como articular este tipo de investigaciones es el que la SEC encargó en los años 70 a la compañía Shell acusada de numerosos casos de corrupción. Una persona independiente se encargó de su realización y finalmente se publicaron los resultados de la misma.

⁷¹ Es interesante por ejemplo la experiencia, a la que ya hicimos referencia anteriormente, de los *Toxi-tours* en el que altos directivos de empresas contaminantes visitaron las zonas afectadas en la amazonia ecuatoriana al respecto, C. Martín Beristain, *El Derecho a la reparación*, op. cit, p. 285 ss.

⁷² Cfr. J.M. Guardiola Lago, *¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 40, 2020, p. 565 ss.

lo que no implica necesariamente que los responsables individuales modifiquen su visión.

Otro de los frutos de la investigación interna y del proceso restaurador debe ser una profunda reforma – o en su caso adopción – del programa de cumplimiento. No obstante, en el marco de los procesos restaurativos este tipo de cambios deben operarse propiciando la participación de las víctimas y afectados en su gestión. Como ya explicamos anteriormente, al exponer las sanciones restaurativas, las víctimas y afectados son *stakeholders* de la entidad, que en la era del *stakeholders capitalism* deben pasar a desempeñar un papel significativo dentro del sistema de gobernanza de la organización. La justicia restaurativa constituye también una herramienta de empoderamiento, decisión y control para las personas que han experimentado un daño. Tener por ello algún tipo de participación en la gestión de una organización que ha generado una alteración notable en sus vidas obedece a este procedimiento. Ya expusimos el modo en que esta participación puede darse, desde ser miembros del órgano de vigilancia – en el caso del art 31 *bis* del Cp español – a tener derecho a recibir información periódica sobre el desarrollo del programa.

La reforma en profundidad del programa de cumplimiento y la mejora de la cultura de la legalidad entronca igualmente con otro de los objetivos esenciales de todo proceso restaurador como es evitar la revictimización. Recordemos además que las víctimas corporativas son en muchas ocasiones víctimas dependientes del victimario. Sus vidas no sólo han sido condicionadas por este como consecuencia de su comportamiento, sino que entre ambos existe una relación más estrecha y continuada que hace especialmente importante asegurar la garantía de no repetición.

Un aspecto tremendamente discutido es el papel de las víctimas en los acuerdos restaurativos y sí estas deben estar representadas colectivamente – por ejemplo por asociaciones de víctimas – o deben asistir individualmente. Tal como ya se ha indicado, dentro de la justicia restaurativa la expresión delitos sin víctimas, carece per se de sentido. Todo conflicto tiene víctimas y afectados por muy supraindividual que sea el bien jurídico protegido. Será función del mapeo del conflicto descubrir quienes son las víctimas más directas y los afectados. La justicia restaurativa es diálogo, reconciliación y petición de disculpas. Resulta imposible cerrar el conflicto sin oír las historias y el punto de vista de las víctimas “en carne y hueso”. Su papel en modo alguno puede reducirse, en consonancia con lo que después se dirá al respecto del peligro de burocratización, a ser meros solicitantes de ayudas o indemnizaciones económicas. Esto es lo que ocurre en alguna de las experiencias prácticas a las que antes se hacía referencia. Otra cosa es que, al margen de estos encuentros personales destinados a propiciar la restauración emocional y a la recomposición de las relaciones rotas, no existan otros espacios destinados a la participación de comunidades u otras categorías

de afectados.

En catástrofes graves, medioambientales o de derechos humanos, la restauración es tan compleja y costosa de administrar que se necesita un entramado institucional potente, para que la gestione y organice. El modelo de los fondos fiduciarios a que antes se hacía referencia debe formar parte de una justicia restaurativa, que evidentemente, también es “cuestión de dinero”. En la gestión de estos fondos y en articular los programas restaurativos destinados a la comunidad y a otros afectados sí que debe existir espacio para asociaciones, colectivos de víctimas, e incluso representación de órganos estatales. Este aspecto institucional, no debe sin embargo ni oscurecer, ni relegar los aspectos singularmente restaurativos, eminentemente personales, a que antes se hacía referencia.

La experiencia de la Fundación Renova a la que antes se hacía referencia ofrece un ejemplo de cómo los aspectos emocionales y puramente restaurativos se han olvidado, pero también es un buen ejemplo de cómo organizar estos otros aspectos más comunitarios, sociales y económicos de la restauración. Uno de los aspectos más innovadores de este proceso ha sido la elaboración de un acuerdo sobre la gobernanza de la fundación, con la finalidad de propiciar la participación de todos los sectores implicados según su peso⁷³.

Una de las cuestiones más complejas dentro de la justicia restaurativa empresarial resulta a mi juicio cómo conseguir que no degenera el diálogo entre víctima, victimario y afectados. Existen en este punto dos grandes retos. El primero es cómo garantizar un diálogo equilibrado o deliberativo, impidiendo que sea la gran multinacional la que domine todo el procedimiento. El segundo es evitar que las víctimas y afectados no acaben percibiendo el procedimiento restaurador como una suerte de burocracia ante la cuál plantean sus demandas y pretensiones de reparación. Para evitar estos problemas me parece esencial la existencia de una serie de controles públicos sobre el proceso restaurador, que debe articularse fundamentalmente a través de la formación y puesta a punto de servicios públicos de justicia restaurativa, que contemplen también este tipo de casos diferentes y más complejos de gestionar.

La comunicación constituye por ejemplo uno de los retos singulares de este tipo de procesos restaurativos. La pluralidad de víctimas y colectivos afectados por el daño

⁷³ Realizar un acuerdo sobre la gobernanza de la fundación que administra el fondo, fue una de las tareas que ocupó la primera parte de los trabajos de la Fundación Renova. Ello concluyó con un acuerdo en 2018 (TAC Gobernanza) donde se establecen una serie de órganos que administran y deciden los distintos programas reparadores. Este entramado institucional, no debe sin embargo desplazar – y quizás aquí ha radicado uno de los defectos del experimento Renova – la existencia de encuentros verdaderamente restaurativos con las víctimas directas de la tragedia, en los que también hayan tendido que participar los responsables de las empresas. El aspecto organizativo y reparador, en este gran experimento, ha sepultado al aspecto restaurativo y emocional, pero hay lecciones que aprender de este proceso, sobre todo en lo tocante a cómo se organiza un fondo de compensación y su gestión, vid. sobre la gobernanza la información de la web de la Fundación: <https://www.fundacaorenova.org/quem-faz-parte/>.

requieren una política de comunicación, que es también necesaria para que la comunidad juegue un papel significativo dentro del procedimiento y que la organización vuelva a recuperar su legitimidad. Para la empresa el procedimiento restaurativo no es sino una parte peculiar de su política de responsabilidad social y por tanto un medio para recuperar su legitimidad en un entorno, donde esta se ha visto seriamente afectada por la comisión del delito. Este aspecto del proceso restaurador es probablemente uno de los que mayor interés tenga para la empresa, en cuanto que le permite compensar el coste reputacional ocasionado por el delito y para ello es necesario que la comunidad perciba correctamente los avances del proceso restaurador.

Otro aspecto singularmente importante es el papel de las sociedades matrices y el lugar de la realización de los encuentros restaurativos. Ambas cuestiones están entrelazadas. Los supuestos de los que nos ocupamos responderán frecuentemente a la siguiente tipología: La filial de una gran empresa multinacional en un país del tercer mundo realizará un comportamiento delictivo que afecte gravemente a los derechos humanos o al medio ambiente. Como ocurre ya en el marco de la corrupción y está empezando a acaecer en otras materias como el trabajo infantil o las nuevas formas de esclavitud⁷⁴, es probable que el proceso acabe teniendo en una jurisdicción distinta a aquella en la que ocurrieron los hechos, invocando por ejemplo el principio de personalidad activa. Si una crítica tradicional hacía la justicia penal es que alejaba el conflicto de la sociedad, en estos grandes casos de delitos corporativo es posible que ello ocurra con más frecuencia e intensidad.

Una de las funciones y bondades de la utilización de procedimientos restaurativos en esta tipología de casos es que permitirá devolver la solución del conflicto en la sociedad afectada. El proceso restaurativo aunque proceda de un procedimiento penal situado en un país desarrollado habrá de tener lugar principalmente en el país donde los hechos tuvieron lugar, pues es allí donde se encuentran la mayoría de las víctimas. Este tipo requerirá algún tipo de acuerdo de cooperación entre los servicios de justicia restaurativa correspondientes y la necesidad de permitir que las autoridades judiciales del país del que procede el proceso penal puedan estar presentes durante el proceso restaurativo⁷⁵.

Un punto tremendamente discutido en el sistema jurídico es la responsabilidad

⁷⁴ Al respecto de la importancia del principio de personalidad activa, también aplicado a las personas jurídicas en los casos de violaciones de derechos humanos o medioambientales, vid. A. Nieto Martín, *Cambio climático y derecho penal internacional del medio ambiente*, en *Jueces para la Democracia*, 2020, p. 61 ss.

⁷⁵ Entiendo que esto último, desde el punto de vista de la soberanía, es mucho más sencillo y factible de realizar que por ejemplo autorizar a una autoridad judicial nacional a que desarrolle actos procesales strictu sensu en otro país. El asistir como supervisor u observador a un proceso independiente de justicia restaurativa, realizado por autoridades locales, no es ningún acto que represente el ejercicio de la soberanía en el territorio de otro Estado.

ya sea civil, ya sea penal de las empresas matrices por los comportamientos realizados por las filiales⁷⁶. Hasta ahora el centro de imputación dentro del derecho penal corporativo sigue siendo la persona jurídica que ha cometido el delito, sin que ello quiera decir que en algunos supuestos la responsabilidad salte a la multinacional. Con independencia del resultado de este debate en el plano estrictamente jurídico, en el marco de un procedimiento restaurativo la separación filial-matriz carece de sentido. La “responsabilización” del ente implica ser conscientes de las causas estructurales que han dado lugar al daño y en este ejercicio que debe hacer la empresa, la existencia de distintas personas jurídicas resulta irrelevante. Lo decisivo será ver si materialmente las causas del daño tienen su origen de algún modo en las políticas y decisiones de grupo. En el plano puramente restaurador el haberse beneficiado de los rendimientos económicos, por ejemplo, de la explotación minera que realiza la filial sin haber impulsado ningún tipo de medida protectora del medio ambiente o no haber mostrado ningún tipo de preocupación, debería ser suficiente para que la matriz se implicase en el proceso restaurador. Probablemente este particular deba ser uno de los aspectos sobre los cuales los Fiscales y jueces deban insistir antes de dar paso a un acuerdo.

⁷⁶ Vid. sobre este particular y en relación a la materia civil, el monográfico *Empresas y Derechos Humanos*, en *Cuadernos Europeos de Deusto*, No. 63/2020 (<http://dx.doi.org/10.18543/ced-63-2020>); en materia penal la jurisprudencia es especialmente interesante en Italia, donde existe cada vez una mayor tendencia en responsabilizar a la empresa cabecera de grupo. Este hecho propicia, desde luego una mayor eficacia de todo el sistema de responsabilidad y permite sobre todo acudiendo al principio de personalidad activa, allí dónde es aplicable a las personas jurídicas, situar los procesos bajo la jurisdicción italiana. El problema que plantea tal como apuntamos es que situar el proceso en el foro de la empresa matriz dificulta el acceso a la justicia de las víctimas y su reparación.