



Universidad Internacional de La Rioja  
Facultad de Derecho

Máster Universitario en Derecho Penal Económico  
**Responsabilidad penal de la persona  
jurídica desde el análisis económico del  
derecho**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Carlos Manuel CAMEJO PATIÑO
Tipo de trabajo:	Trabajo de Fin de Máster
Director:	Mario Eduardo MALDONADO SMITH
Fecha:	21 de julio de 2022

## Resumen

El presente trabajo evaluará transversalmente la responsabilidad penal de la persona jurídica aplicando criterios del análisis económico del derecho. El enfoque de la investigación es determinar la manera socialmente más eficiente de regular la delincuencia empresarial desde una perspectiva *iuseconómica* trasponiendo criterios dogmáticos de la teoría del delito junto con principios económicos para demostrar la necesidad político-criminal de su establecimiento. Se abordará desde la misma premisa la necesidad empresarial de un programa de cumplimiento y cuál debe ser su diseño normativo para que su imposición sea jurídicamente eficiente. Lo anterior es un elemento que pasa, necesariamente, por la determinación de la naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica adoptada, así como los incentivos creados a través de externalidades para fomentar el comportamiento en derecho a través de la autorregulación.

**Palabras clave:** Derecho Penal Económico, responsabilidad penal de la persona jurídica, análisis económico del derecho, Teoría de la Disuasión Criminal, *compliance*, Teoría del Delincuente Racional.

## Abstract

The current study will make a thorough analysis of the corporate criminal liability from a law and economics perspective. The main goal of this investigation is to determine the most socially efficient means to regulate the criminal behavior of corporations from an *iuseconomic* standpoint transposing dogmatic criminal law and economic principles to demonstrate the social necessity of the criminal liability of corporations through the deterrence theory. Afterwards, it will analyze the social preference of compliance programs as well as its normative design for it to be legally efficient. The former will require the determination of the nature of the criminal liability imposed on enterprises as well as the incentives created by means of externalities to encourage law-based behavior through self-regulation.

**Keywords:** Criminal Economic Law, corporate criminal liability, law and economics, Deterrence Theory, compliance, Rational Criminal Offender Theory

## Índice de contenidos

1. Introducción .....	5
1.1. Justificación del tema elegido .....	7
1.2. Problema y finalidad del trabajo .....	8
1.3. Objetivos .....	9
2. Análisis del delito desde la teoría económica .....	10
3. Responsabilidad penal de la persona jurídica desde el análisis económico del derecho	17
3.1. Eficiencia político-criminal de la responsabilidad penal de la persona jurídica: ponderación dogmática y económica .....	18
3.2. La autorregulación empresarial como mecanismo de eficiencia regulatoria en la prevención delictiva .....	30
4. El programa de cumplimiento penal y análisis económico del derecho .....	40
4.1. Naturaleza jurídica del programa de cumplimiento y sus efectos político-criminales desde el análisis económico del derecho .....	41
4.2. Programas de cumplimiento y sus implicaciones sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica .....	47
5. Conclusiones .....	56
Referencias bibliográficas .....	60
Listado de abreviaturas, acrónimos y siglas .....	66

## 1. Introducción

El exponencial crecimiento económico de las últimas décadas ha conllevado a la reinterpretación y replanteamiento de principios jurídicos que antaño se daban por sentado para dar respuesta a las necesidades económico-comerciales contemporáneas. El Derecho, que siempre responde *ex post* a una necesidad social, ha tenido que evolucionar para hacer frente a aquellas cuestiones que son demandadas y el Derecho Penal, por su relevancia, juega un papel importante sobre este hecho. Precisamente esta expansión mercantil ha generado importantes retos en materia delictiva, especialmente cuando se trata de la aplicación de sanciones a persona morales.

En el estado jurídico actual, una mayoría de la actividad económica es generada empresarialmente, por lo que la sociedad comercial delincente genera un importante desafío para la colectividad, particularmente partiendo de la dificultad en la delimitación de la responsabilidad penal en cascada. En el contexto jurídico español, la persona moral es penalmente responsable por un defecto de organización, por lo que el supuesto contrario (estado de organización), se traduce en una eximente o atenuante a través de un programa de cumplimiento, sin embargo, no ha quedado del todo claro cuál es el mecanismo más eficiente de regulación, ni una justificación certera sobre la necesidad de su existencia.

Partiendo de que el análisis económico del derecho pretende específicamente conseguir la mejor distribución de recursos hacia las actividades más socialmente deseadas, esta rama jurídica tímidamente explorada en la literatura española puede realizar grandes aportes a la materia, partiendo de que, desde sus inicios, dividió el estudio del Derecho Penal de una manera perfectamente aplicable al tema *sub examine*. Por un lado, se valoró la decisión de delinquir partiendo de que el sujeto comete un crimen cuando representa una utilidad; y, por el otro, en la eficiencia en la asignación de recursos para la prevención de la conducta delictiva.

En el sentido anterior, ha opinado POSNER (2014, p. 3) que la economía es la ciencia de la elección racional en un mundo en el que los recursos son limitados y la ambición humana es ilimitada. El análisis económico del derecho parte de la premisa del delincuente racional que maximiza beneficios con su comportamiento y la existencia misma de una persona moral conlleva un *animus lucrandi*, por lo que su aplicación arrojará interesantes conclusiones.

Independientemente de lo anterior, la aplicación del análisis económico del derecho en la dogmática penal no ha sido bien recibida a partir de posturas justificadas, pero incompletas. Los principales detractores de este método de estudio lo rechazan aduciendo que la decisión de delinquir va más allá de la maximización de los beneficios económicos y que por ello esta premisa nunca podrá considerarse como una justificación plena de la conducta criminal. Empero, este razonamiento se cimienta sobre una falacia de equívoco porque no es la maximización de la rentabilidad lo que se pretende, sino la eficiencia normativa.

Analizando ambas cuestiones en conjunto, el tema a desarrollar a lo largo de la presente investigación recae sobre cómo se puede, a través de externalidades positivas, conseguir de forma más socialmente eficiente la disuasión de la actividad criminal de la empresa, sea aplicando criterios de autorregulación o a través de una más férrea regulación estatal. El objetivo de la presente investigación es determinar la necesidad de medidas criminales agresivas u otros mecanismos que puedan inducir el cumplimiento regulatorio sin exacerbar el costo social. Una vez determinada la manera más eficiente para inducir el debido cumplimiento normativo, se valorarán las medidas de respuesta más eficientes para el conglomerado social de acuerdo con el contenido del art. 31 Bis del CPE, desde una perspectiva *iuseconómica*.

La realidad es que la composición y práctica actual del entorno de cumplimiento, si bien representa un importante avance, no es régimen suficientemente convincente para dar respuesta a la compleja vida comercial contemporánea en sí misma. Bajo este desarrollo, se debe cuidar un balance entre la regulación de la delincuencia sin llegar al punto de afectar el desarrollo comercial por la naturaleza de las medidas impuestas (sobre-disuasión), en el que se paralice el entorno comercial. La intención final de este trabajo es hacer un acercamiento a través de la teoría económica y aplicando principios de la economía del comportamiento, sobre qué regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica podría considerarse más eficiente y ponderar la justificación del ordenamiento jurídico español.

La forma de estudio del análisis económico del derecho parte de dos premisas, una normativa, mediante la que se hacen propuestas del deber ser normativo para conseguir sus objetivos; y una positiva, que pretende brindar el raciocinio detrás del *status quo* legal, así como explicar sus posibles efectos. La intención del presente trabajo es la segunda a través de la explicación

de las implicaciones y favorabilidad social del ordenamiento jurídico español actual en lo atinente a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

### 1.1. Justificación del tema elegido

La imputación de responsabilidad penal de la persona jurídica es un cambio de paradigmas en materia jurídico-penal de marcado precedente y que ha implicado la necesidad de reinterpretar algunos de los principios clásicos del Derecho Penal para poder crear un sistema coherente y autosuficiente. Sin embargo, la forma en la que se regula esta figura varía enormemente de jurisdicción en jurisdicción y no existen términos válidos o pacíficamente aceptados sobre cuál es la manera óptima en la que una ficción jurídica puede responder criminalmente por los hechos cometidos.

Por su parte, el análisis económico del derecho es un mecanismo de estudio (más que una materia en sí misma) que en los ordenamientos de corte continental ha sido desarrollado solo de manera tímida y no ha tenido un desarrollo profundo ni profuso. El Derecho Penal Económico, por sus importantes implicaciones, es un área jurídica que representa un importante pasivo tanto para la sociedad como para el Estado y lo que pretende área jurídica es la eficiencia de la inversión estatal para conseguir un resultado con la mejor inversión de recursos sociales. Lo anterior no implica, de forma alguna, que esta rama jurídica tenga un componente o interés exclusivamente económico, sin embargo, como será descrito en lo adelante, este comporta un componente de particular relevancia por lo que sirve de insumo para la creación de un modelo que sea verdaderamente funcional.

Así entonces, la justificación del tema *sub examine* recae en realizar un estudio desde un área novedosa de una composición jurídica sumamente compleja, como lo es la responsabilidad penal de la persona jurídica. El comportamiento de una empresa delincuente tendrá en una mayoría de las ocasiones una relevancia económica particular porque esta es, precisamente, su finalidad; por lo que el razonamiento detrás de la determinación de cuáles son los mecanismos más idóneos para prevenir este *modus operandi* debe ser razonablemente de la misma naturaleza. En resumidas cuentas, si el daño social es de naturaleza económica, conviene asegurar que la cura no sea más cara que la enfermedad y este es el objetivo del análisis económico del derecho.

## 1.2. Problema y finalidad del trabajo

La responsabilidad penal de la persona jurídica tiene muchos detractores que se amparan en las más variadas y comprensibles de las razones para justificar su oposición a que una empresa sea sancionada bajo esta modalidad. Sin embargo, muy pocos autores han realizado estudios de esta naturaleza desde una perspectiva del análisis económico del derecho, que puede brindar interesantes argumentos tanto en su apoyo como en su detrimento. Lo que se pretende mediante la presente investigación es responder varias preguntas que han dado lugar a importante polémica desde un mecanismo de estudio distinto, novedoso y con poca aceptación en la comunidad jurídica española, que son, *inter alia*, las siguientes:

- ¿Qué implicaciones tiene el Derecho Penal Económico desde la visión de los principios de la economía para eficientizar la distribución de recursos?
- ¿Es jurídica y económicamente eficiente la responsabilidad penal de la persona jurídica?
- ¿Para el Estado resulta más favorable asumir la responsabilidad penal de la persona jurídica desde una perspectiva de la heteroresponsabilidad o de la autorresponsabilidad?
- ¿Qué implicaciones debe tener un programa de cumplimiento frente a las empresas y qué postura debe asumir el Estado?

Como se desprende de estas preguntas, el presente trabajo resulta en una modificación de la forma de estudio del tema, más que su objeto, brindando un nuevo desarrollo sobre discusiones nada estériles. La finalidad será demostrar la necesidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica desde una perspectiva económica, así como analizar las diferentes formas de regulación y delimitar las más favorables. Como se indicó con anterioridad, se reconoce que el Derecho Penal Económico y la responsabilidad penal empresarial tiene un contenido no exclusivamente económico, empero, por la relevancia práctica que este elemento contiene, el presente trabajo se ceñirá a desarrollarlo desde esta perspectiva partiendo de la teoría de la elección racional.

Para conseguir este fin, la investigación se estructurará de la siguiente manera: la fase inicial consistirá en un acercamiento genérico de la evolución histórica sobre cómo el análisis

económico del derecho ha interpretado al Derecho Penal, cuáles son sus componentes más importantes y cómo influye sobre el Derecho Penal Económico con especial mención a la delincuencia empresarial. Posteriormente, se aplicarán estos principios generales para determinar si socioeconómicamente es más conveniente sancionar penalmente a las personas jurídicas o aplicar sanciones de otras naturalezas o no sancionar, incluyendo cuál es la forma más eficiente de su regulación en caso de existir. Luego de esta premisa general, se valorará específicamente la modalidad y consecuencias que resultan más eficientes, *iuseconómicamente*, de la regulación de los programas de cumplimiento, desde la perspectiva tanto de la administración pública como empresarial. Finalmente, se expondrán conclusiones de *lege ferenda* para el ordenamiento jurídico español.

### 1.3. Objetivos

Objetivo general: Aplicar los principios del análisis económico del derecho a la responsabilidad penal de la persona jurídica y analizar la eficacia y eficiencia de su normativización y sus consecuencias dogmáticas y económicas.

Objetivos específicos:

1. Explorar la justificación *iuseconómica* de la responsabilidad penal de la persona jurídica;
2. Contrastar los elementos de la responsabilidad penal de la persona jurídica tradicionales desde una perspectiva del análisis económico del derecho; y,
3. Describir desde una perspectiva del análisis económico del derecho la eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica contenida en el art. 31 del CPE, así como sus consecuencias.

## 2. Análisis del delito desde la teoría económica

El Derecho Penal es un componente capital del desarrollo social como una garantía inequívoca de respeto al libre y justo desarrollo privado de manera transversal al responder a una necesidad de control invasivo del Estado sobre la voluntad y la libertad intrínseca de los ciudadanos. Dada la relevancia que ostentan sus consecuencias, el Derecho Penal se ha marcado históricamente por un desarrollo intelectual sumamente fértil pero hermético y de lenta y paulatina evolución por el componente de orden público de su contenido.

Desde hace algunos años se ha iniciado un proceso de reinterpretación de las normas jurídicas a partir de principios de la economía, especialmente en países con cultura anglosajona más que en aquellos de derecho continental. Sin embargo, el análisis económico del derecho no ha calado, por el momento, en la cultura jurídica española, donde no ha tenido profundas implicaciones ni desarrollo, pese al interés práctico de determinar la institución jurídica más eficiente para resolver un problema jurídico determinado (JUÁREZ VASALLO 2016, p. 1). La relevancia de lo descrito recae sobre la posibilidad de aplicar principios económicos al estudio del delito y las maneras socialmente más eficientes de prevenirlo, partiendo de que la mentada área de estudio tiene como objeto la consecución del mejor resultado posible con la mejor inversión de recursos sociales que se pueda realizar.

Así, el análisis económico del derecho se sustenta en que la economía, como disciplina, puede definirse por su metodología más que por su objeto y por ello, su aplicación en la ciencia jurídica es altamente funcional, especialmente en la penal, por su marcado interés por determinar cómo los incentivos definen el comportamiento de un individuo (MICELI, 2018). Esta reinterpretación jurídica consiste en detener la concepción del delincuente con factores de salud física o mental y colocar el interés de la comisión de ilícitos penales en la escogencia deliberada de una persona que maximiza el beneficio del mal comportamiento sobre el costo de su eventual e hipotética sanción. El crimen estudiado por la economía se ha definido como «un intento de explicar las conductas anti-normativas, asumiendo que las personas toman decisiones deliberadas en momentos de escasez» (GRÜNER y HIRSCHAUER 2019, p. 476).

Tomando esto como base, el análisis económico del derecho pretende presentar los problemas de índole jurídico como realidades económicas bajo, por ejemplo, los siguientes términos (DOMENÉCHEC 2014, p. 102):

En primer lugar, analiza la forma en la que el ordenamiento jurídico influye sobre la conducta del individuo, ponderando las implicaciones de externalidades positivas (como la entrega de beneficios o habilitaciones) o negativas (aplicación de sanciones); así como también la manera en la que las normas jurídicas constituyen incentivos o desincentivos para la comisión de hechos beneficiosos o perjudiciales para el sistema, dependiendo de sus necesidades. Este desarrollo tiene una marcada relevancia frente al delito y especialmente, en opinión del autor, en la responsabilidad penal de la persona jurídica porque permite determinar de manera objetiva, entre otras cosas, la naturaleza jurídica que se le debe brindar al programa de cumplimiento como modificador de la eventual sanción a devenir, así como la necesidad de que una empresa pueda responder penalmente.

En segundo lugar, como el análisis económico se fundamenta en la teoría de la elección racional (cuestión plenamente desarrollada en materia penal), su aplicación permite delinear el por qué el delincuente toma decisiones coherentes con sus preferencias, dependiendo de los costes y beneficios de su actuar y, consecuentemente, permite dirigir el diseño normativo a un estado en el que su contenido sea verdaderamente deseado. Es importante resaltar que, especialmente en materia de delitos económicos, las normas jurídicas influyen sobre la conducta cual si fuesen precios de transacción, por lo que es de suponerse que si se incrementa la posibilidad de sanción o esta se agudiza (como si se tratase de un incremento del valor de un bien en el mercado), *ceteris paribus*, la conducta ilegal disminuirá. Así entonces, para disminuir la «oferta» delincencial, el legislador debe reducir el precio obtenido por el delincuente por su conducta contra-normativa.

Por la propia naturaleza de esta área de estudio, inicialmente el análisis económico del derecho fue aplicado exclusivamente en materia regulatoria o similares, hasta que se descubrió la posibilidad de aplicar el razonamiento descrito en los párrafos que antecede a las demás ramas jurídicas para eficientizar su desarrollo. Su aplicación en materia penal, de corte eminentemente utilitarista, inició con Cesare BECCARIA y su obra «Sobre el Crimen y el Castigo», publicada en 1764. La base desarrollada por este autor partía de que el análisis de

prevención delictual se componía de tres elementos para el eventual delincuente, estos son la severidad del castigo, su seguridad y su celeridad.

Esta obra inspiró a su vez el trabajo presentado por Jeremy BENTHAM, quien fue el pionero del análisis costo-beneficio del delito, pese a que presentó conclusiones significativamente distintas. Este autor fue el primero en razonar de manera específica sobre que las ganancias del crimen son la fuerza que llevan al hombre a delinquir, la amenaza del castigo es la fuerza de restricción y, por lo tanto, «el valor del castigo nunca debe ser menor que el beneficio de la ofensa» (BENTHAM 1781, p. 141).

Partiendo de esta redacción, este autor creó una sencilla fórmula para expresar matemáticamente su línea de pensamiento, en el sentido siguiente: *ganancia del delito*  $\leq$  *probabilidad de la sanción*  $\times$  *la gravedad de la pena*. Expresado de forma distinta, solo cuando la probabilidad de la sanción y la posterior pena sean superior a la ganancia esperada del comportamiento ilegal, un hipotético delincuente se verá instado a comportarse de acuerdo con la ley. Esto tiene una particular relevancia para el tema desarrollado en el presente trabajo de investigación porque una de las principales justificaciones para la responsabilidad penal de la persona jurídica es la alta dificultad de (i) el descubrimiento del mal comportamiento por la asimetría de información; y, (ii) su eventual sanción. Entonces, como el delincuente empresarial conoce esta falencia del sistema, se ve altamente incentivado a no acatar la ley porque, de forma común, sus ganancias por el comportamiento delincuente serán superiores a los términos de la anteriormente descrita ecuación.

Posteriormente, el mayor exponente de la explicación económica del delito, Gary BECKER, presentó su propia idea del crimen con un trabajo denominado «Crimen y Castigo: un estudio económico», publicado en 1974. En esta obra el autor desarrolló que las decisiones de las personas debían analizarse dentro de su propio contexto y aseguró que los individuos ponderan las utilidades de beneficios materiales y los costos de la ruptura normativa o su acatamiento sin hacer disquisiciones morales. Por lo tanto, su construcción teórica se cimentó sobre que la sanción esperada por el delincuente debía colocarse de una manera en la que este internalice el daño (externalidad negativa) causado a las víctimas.

Fue este último autor quien acuñó la frase siguiente: «¿cuántos recursos y cuánto castigo debe ser utilizado para hacer cumplir la ley? Puesto de otra manera, aunque más extraña, ¿cuántas ofensas deben permitirse y cuántos culpables deben quedar impunes?» (BECKER 1974). Según

la teoría económica existe un número de delitos cuya comisión es socialmente eficiente cuando es analizada frente a los costos de su prevención y sanción, como será descrito en el cuerpo del presente trabajo.

El análisis económico del derecho aplicado al Derecho Penal sirve como un instrumento para valorar la coherencia de un sistema sancionador dependiendo de sus objetivos, así como las condiciones más favorables para la imposición de una pena (MONTANI 2014). Esta cuestión, aplicada al tema *sub examine* – la responsabilidad penal de la persona jurídica - implica que desde el campo de estudio utilizado, se permitirá determinar varias cuestiones que serán desarrolladas pormenorizadamente, por un lado, la necesidad y funcionalidad real de la imposición de sanciones penales a ficciones jurídicas como las empresas; por otro lado, la técnica legislativa correcta para delimitar la forma en la que debe desarrollarse un debido programa de cumplimiento, así como las consecuencias que se deben desprender de él para que cumpla su cometido; y, en último lugar, la necesidad social de una pena y la manera más económicamente eficiente de restaurar el balance a la norma luego de que fue ignorada por una sociedad comercial.

El crimen genera daños (externalidades negativas) que a su vez son fallos de mercado que tienden a la ineficiencia, especialmente cuando se trata de comportamientos penalmente relevantes con implicaciones económicas. Es de principio que el Derecho Penal Económico responde a bienes jurídicos de dos modalidades, el inmediato, que es el derecho directamente afectado a la víctima específica de la conducta y el mediato, que tiene un componente supraindividual y difuso con una relevancia social particular ya que, afecta a la comuna transversalmente. En la sociedad contemporánea las empresas han monopolizado el comercio a nivel internacional, por lo que el ordenamiento tendiente a mantener el buen comportamiento en los negocios debe valorar los mecanismos para que estas personas morales no desvíen su comportamiento y puedan crear rupturas de mercado, adoptando decisiones individualmente beneficiosas, pero socialmente perjudiciales (delitos económicos).

La finalidad del Derecho Penal desde el análisis económico del derecho parte de una teoría de la disuasión (*deterrence theory*), en virtud de la que los agentes económicos que pretenden la maximización de beneficios deciden cumplir o incumplir la norma a partir de un análisis de costo-beneficio y por ello solo la obedecen cuando el beneficio de su acatamiento es mayor que el de su desacato (ODED 2010, p. 3). Esta redacción tiene una importancia capital cuando

de delitos de naturaleza económica se refiere porque están poderosamente marcados por el *animus lucrandi* del delincuente. Así entonces, la finalidad del Derecho Penal Económico desde el análisis económico del derecho debe ser que el cumplimiento de la norma sea más barato para el delincuente que su eventual ruptura.

El problema recae, entonces, sobre la dimensión práctica de esta teoría de la disuasión. Ha opinado el mismo autor anterior que

Los sistemas de protección pueden llegar a un nivel óptimo de disuasión al igualar la sanción esperada por el delito con los costos sociales causados, descontando la probabilidad de su detección; así, los agentes se ven compelidos a soportar el costo social de su conducta (ODED 2010, p. 4).

De este criterio se extrae que la eficiencia socioeconómica de una norma penal puede calcularse objetivamente valorando los costos sociales del delito. El costo social es un elemento de vital importancia para el tema *sub examine* y está compuesto por dos elementos, por un lado, el costo del daño causado a la víctima y al resto de la sociedad a través de la pérdida de vigencia de la norma (cuestión que lo abarca de forma transversal concerniente a toda la inversión estatal que debe realizar el Estado para su reparación) y, por el otro lado, los gastos necesarios para poner en funcionamiento el sistema de prevención (fuerzas castrenses, judicatura y demás costos asociados).

Por ello, un ordenamiento penal eficiente será aquel en el que el costo de prevención no sea mayor que el daño social y que cada unidad monetaria (vista de forma *macro*) invertida corresponda con esa misma unidad en la evitación del daño hipotético. Dicho de otra forma, el objetivo del ordenamiento jurídico penal debe ser la minimización del costo social del delito, balance al que se llega cuando los costos de disuasión y el daño total causado por el delito no disuadido son iguales (GOLDMAN 2018 a, p. 20).

Un razonamiento coherente parecería revelar que mientras menos costos genere para el Estado y logre los mismos fines, pues más favorable será la norma por implementar, empero, hay otros elementos que deberán ser valorados porque lo que pretende el análisis económico del derecho no es reducir los costos estatales sino efficientizar la inversión de recursos. La eficiencia de este razonamiento recae en que la normativización tendiente a la disuasión evita que el hecho sea cometido y, en consecuencia, no solo hay menores tasas criminológicas, sino que, además, conlleva un menor costo social al no requerir la identificación, captura,

persecución, sentencia y encarcelamiento del delincuente (CHALFIN y McCRAY 2017, p. 5). Esta cuestión será detallada pormenorizadamente en las próximas páginas, especialmente cuando se trate la figura de la responsabilidad penal de la persona jurídica desde la perspectiva de la autorregulación corporativa.

La disuasión por parte de la administración de conductas lesivas (delitos de resultado) o eventualmente lesivas (delitos de riesgo), se logra, lógicamente, a través de la imposición de sanciones en relación con su magnitud y probabilidad de descubrimiento. Frente al tema analizado, es importante resaltar que el análisis de disuasión óptima se sostiene sobre la creación e imposición de incentivos para los eventuales delincuentes (en este caso las empresas) para que tomen decisiones en las que les resulte económicamente más eficiente cumplir que no hacerlo. Es decir, resulta socialmente preferible un incentivo al buen comportamiento que una sanción al malo, que es, de manera general, el razonamiento detrás del requisito del programa de cumplimiento dispuesto por el art. 31 Bis del CPE.

Y es que la prevención parte de la premisa de que, para los economistas, las sanciones funcionan como precios (COOTER 2012), por lo tanto, es opinión de este autor que la delincuencia social y su punición puede medirse en función de la ley de la oferta y la demanda en el sentido siguiente: así como los usuarios consumen menos de un bien mientras su precio incrementa, es lógico pensar que el incremento de la sanción o la probabilidad de su imposición reduciría «la oferta criminal» al hacerla menos atractiva.

Sin embargo, este razonamiento trae a colación una interesante pregunta, si los delitos y su prevención pueden medirse económicamente (y consecuentemente hacer un análisis de necesidad de persecución – sin valorar el aspecto moral del área -), reiterando la pregunta de Gary BECKER, ¿cuántos recursos son necesarios y eficientes para lograr la disuasión de un delito o grupo de delitos? Aun más, ¿cuántos y cuáles delitos deben permitirse sin caer en la ineficiencia regulatoria?

En virtud de este principio de disuasión, no es económicamente conveniente que todos los delitos sean impedidos, sino solo aquellos que comportan un daño mayor al costo que conllevaría prevenirlos. Si bien es cierto que esta es una de las principales fuentes de crítica al análisis económico del delito, no es menos cierto que este principio encuentra su justificación dogmática de la teoría del delito clásica en el principio de fragmentariedad del Derecho Penal,

en cuya virtud solo se protegen las dimensiones más relevantes del bien jurídico y solo en el caso de los ataques más intolerables.

Aunque bajo premisas distintas, ambos principios responden a la misma necesidad que es la siguiente: la imposibilidad de delinear una política estatal de persecución absoluta de cualquier delito. Por ello, además de que no es socialmente conveniente la persecución de todas las conductas ilícitas, el razonamiento descrito conlleva a que, en ciertas ocasiones, conviene aplicar criterios de delegación regulatoria estatal frente a la prevención de comportamiento penalmente relevante, asumiendo una posición de fiscalización sin injerencia absoluta. Con este criterio, se aligeraría la inversión de recursos estatales para que sea realizado por la entidad más idónea, esta es, la empresa.

Lo anterior ha sido expuesto en el sentido de una fórmula construida a partir de que lo relevante para los eventuales delincuentes es el castigo esperado, que implica el castigo actual por un hecho delictivo particular (bajo la nomenclatura,  $f$ ), multiplicado por la probabilidad de aprehensión y condena (bajo la nomenclatura,  $p$ ), es decir,  $p \times f$ . Este es el cálculo que debe ser realizado de cara a la efectiva disuasión de una conducta delictiva. En ese sentido, si la ejecución resulta socialmente costosa, los recursos deberían dirigirse a la aprehensión solo «hasta el punto en el que el costo marginal de la ejecución iguale el beneficio marginal en términos del daño prevenido» (MICELI 2018).

Lo más relevante es que para el razonamiento del economista, el delito no es de particular relevancia porque ya sucedió y los daños fueron causados, sino que le interesa la prevención de futuros incumplimientos cuyos costos sociales no se justificarían para, en consecuencia, reducir el costo de prevención de futuros accidentes (POSNER 2014). Llamativamente, una importante mayoría del desarrollo del análisis económico del derecho aplicado al delito no ha recaído sobre los delitos económicos sino sobre el resto de la palestra de ilícitos penales y de ello se desprende la relevancia y vigencia del trabajo de la especie. Habiendo descrito de manera general los principios generales sobre los que se sostiene esta metodología jurídica, en las siguientes páginas se aplicarán de manera específica a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus componentes sucedáneos.

### 3. Responsabilidad penal de la persona jurídica desde el análisis económico del derecho

Desde sus inicios, el Derecho Penal se mantuvo dentro de una esfera ensimismada, denominada como «nuclear», cuya protección recaía de forma casi exclusiva sobre bienes jurídicos *personalísimos* y de derechos de primera generación, como la dignidad humana, la vida y la integridad física. Posteriormente, resultó necesario que extendiera su ámbito de protección para incluir otros grupos de derechos de relevancia *erga omnes* con bienes jurídicos supraindividuales y pese a la renuencia inicial de estos cambios de una parte de la comunidad jurídica, contemporáneamente no hay cabida a dudas de que el derecho escaló en su desarrollo para recaer sobre bienes jurídicos de los que la sociedad, como conjunto, es acreedora.

Quizás el ámbito social de mayor relevancia sobre el que tuvo que infringir el Derecho Penal fue el sector económico porque su crecimiento a través del desarrollo comercial sirvió de base para el nacimiento de cada vez más complejos comportamientos cuya lesividad social era latente. Parte de esta expansión – que es mencionada con especificidad por su implicación sobre el tema de desarrollo del presente trabajo de investigación – vino para llenar una falencia del sistema penal tradicional en el sentido de evitar la impunidad de sociedades complejas en las que, por la división de responsabilidades y difusión de las actuaciones, devenía imposible aplicar los principios clásicos de la imputación penal o arriesgarse a proteger conductas ilícitas de forma sistematizada a través de los delitos económicos cometidos por las personas jurídicas.

Pese a la detracción de un importante sector de la comunidad jurídica, el Derecho Penal tuvo que reorientar su objeto y ver más allá de los principios clásicos de imputación que tenían como objeto, exclusivamente, a la persona física. El objetivo de esta traslación es sancionar a la empresa delincuente cuando sea el artífice de comportamientos socialmente prohibidos por su desidia al sistema. La responsabilidad penal de la persona jurídica es una realidad normativa que no puede pasar de soslayo y por ello, el enfoque del presente trabajo será el de buscar una justificación de su existencia utilizando un criterio positivo del análisis económico del derecho, así como desarrollar algunos de sus componentes más relevantes.

### 3.1. Eficiencia político-criminal de la responsabilidad penal de la persona jurídica: ponderación dogmática y económica

La creación de figuras comerciales cada vez más complejas para hacer frente a las necesidades de consumo y el incremento de la masa productora también creó un terreno fértil para su aprovechamiento ilícito. La sociedad comercial reemplazó al individuo como principal agente económico de una forma más rápida a la que pudo reaccionar el ordenamiento normativo, dejando un auténtico limbo jurídico a un conjunto de situaciones altamente lesivas socialmente, pero que no podían ser protegidas por el sistema vigente en el momento.

Como respuesta a esta situación la responsabilidad penal de la persona jurídica devino una realidad contemporánea con tendencia expansiva, pese a que, en sus inicios, el adagio *societa delinquere non potest* se erguía como un baremo insuperable que amparaba la impunidad empresarial ante la imposibilidad de la administración estatal de dar respuesta a la complejidad de sus ecosistemas. Empero, no es la norma que moldea a la sociedad sino viceversa y es el derecho quien debe encontrar los mecanismos (dentro de los cánones formalmente establecidos) de incentivar o desincentivar aquellas conductas que le sean preferibles o no lo sean, y no fungir como un impedimento u obstáculo para el cumplimiento de la misión del contrato social.

Como fue descrito anteriormente, la teoría del delito se construyó históricamente sobre supuestos puramente ontológicos, es decir, que desplegaba su campo de acción sobre el ser y su comportamiento. Esto respondía a la concepción antropocéntrica del derecho imperante, que se sustentaba sobre la sencillez social del momento de su desarrollo, circunstancias que no son tan fácilmente apreciables actualmente ante la complejidad que marca la vida humana contemporánea, especialmente la económico-comercial.

La responsabilidad penal de la persona jurídica responde a una necesidad político-criminal pero no por ello es incorrecta o poco deseable porque es esta segunda la que moldea a la teoría del delito. Conceptos abstractos como la culpabilidad pueden parecer, *prima facie*, ajenos a las personas morales porque su desarrollo se ha centrado en el otrora único agente con impacto social, este es, el ser humano. Pese a esto, la sociedad actual está marcada por los crecientes e innovadores riesgos que nacen en el día a día, por lo que mal podría el derecho restringir el avance social en lugar de asegurar su armonioso desarrollo.

En un breve recuento histórico realizado por Santiago MIR PUIG, se abarcó la evolución del concepto de la criminalidad de la persona moral. Indica que el Derecho Romano imposibilitaba esta circunstancia hasta el surgimiento de la teoría de la ficción que sostenía una pseudo responsabilidad penal de la empresa, criterio que se mantuvo hasta el siglo XVIII. A partir de este momento, se desarrolló la postura de que como la persona moral no era real, sino que se trataba de una ficción creada para cumplir con un fin y dado que solo podía actuar a través de sus representantes (que eran a su vez personas físicas), eran estos últimos quienes debían responder penalmente. Posteriormente, a lo largo del siglo XIX, GIERKE desarrolló la teoría de la realidad, que se sostenía sobre la persona moral como un organismo propio que contaba con un símil de un cerebro (gobierno), sistema nervioso (comunicaciones) y cédulas (individuos). Finalmente, autores más recientes como VON LIZT y PRINS, han desarrollado auténticas teorías sobre el tema analizado que se sustentan sobre un criterio de peligrosidad de la persona moral que funge como instrumento para delinquir (MIR 2006, pp. 193-195).

Con este desarrollo como insumo, la responsabilidad penal empresarial es una realidad en España desde la modificación realizada al CPE por la Ley 5/2010, del 22 de junio, y la versión vigente es la modificación realizada por la LO 1/2015, del 30 de marzo, cuyo art. 31.1 Bis establece que la persona moral será penalmente sancionada bajo los dos supuestos siguientes:

1. Cuando los delitos sean cometidos en su representación o cuenta y en su beneficio, por sus representantes *de facto* o *de iure*, que estén autorizados para tomar decisiones en su nombre y que ostenten facultades de control y organización; y,
2. Cuando los delitos sean cometidos en la actividad social de la empresa, en su representación o cuenta y en su beneficio, por personas sometidas a una autoridad empresarial por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control.

Aun así, sin reparar en la realidad de esta regulación, la responsabilidad penal de la persona jurídica ha devenido sumamente criticada tanto en España como en el exterior aplicando criterios similares. Se alude a que esta novedosa figura responde a un proceso de inflación penal y sobre-regulación que da al traste con los principios de subsidiaridad, *ultima ratio* y fragmentariedad al crear un modelo de Derecho Penal sobre abarcador bajo una excusa de dificultad de imputación en casos de sociedades complejas. La oposición a su existencia se

sostiene sobre la teoría clásica del delito, indicando que parte de la acción como cimiento del delito, que es un elemento que exige, además, la presencia de un proceso psíquico volitivo que solo puede ser ejercido por un individuo y no por una persona moral porque esta solo actúa a través de sus representantes y no por sí mismas (GOLDMAN 2018 b).

Continúa criticando SILVA SÁNCHEZ (2018, pp. 233-234), que es imposible determinar la naturaleza jurídica del art. 31.1 Bis del CPE porque «si la regla de imputación se sostiene sobre el beneficio, no puede ser una regla penal», por lo tanto, «el art. 31.1 Bis CP evoca más bien un enriquecimiento injusto o una participación lucrativa de la persona jurídica: esto es, una relación básicamente jurídico-civil, con el delito cometido por las personas físicas». ZUGALDÍA (1999, p. 273) asumió una posición intermedia al opinar que la responsabilidad penal de la persona jurídica cuenta con apoyo desde la política criminal, pero que enfrenta más serios impedimentos desde la perspectiva dogmática por no encajar dentro de los conceptos de acción y culpabilidad.

Aun ante lo anterior, la criminalización del comportamiento de las personas morales encuentra su asidero en la necesidad de que sea la propia empresa la que sostenga el costo de la conducta delictiva por encontrarse en una posición aventajada para el esclarecimiento y sanción de los hechos, además de ser la beneficiaria de sus réditos. Al igual que en el caso de las personas naturales, las empresas temen a su responsabilidad penal por el meta-mensaje enviado por el Derecho Penal, así como la gravedad de sus sanciones, por lo que, si se pretende disuadir el comportamiento socialmente lesivo, esta parecería ser la opción más costo eficiente.

Así como la noción tradicional se basa en el individuo como el único capaz de una acción en el sentido penal, el *affectio societatis* de la persona moral permite hacer una escisión entre la voluntad de los socios y la persona moral *per se*. Si la empresa, en el ejercicio de su libertad de organización ejecuta una actividad que genera un riesgo sobre un bien jurídico penalmente relevante, se cumple con el estándar mínimo para su imputación objetiva, a su vez, si este comportamiento era previsiblemente evitable, por lo que se evidencia que tal conducta quedaba fuera de los cánones de comportamiento esperados para una empresa de tal naturaleza, también responde a la necesidad de la imputación subjetiva (AGUILERA GORDILLO 2018).

El concepto más problemático de la teoría del delito para el tema *sub examine* es la culpabilidad empresarial, que ha servido de insumo para el rechazo académico de un sector doctrinal. No obstante, GOMEZ-JARA (2016, pp. 162-166), comprendiendo la imposibilidad de desarrollar este elemento bajo los mismos criterios utilizados para la persona física, propone que sean interpretados un conjunto de equivalentes funcionales a la reprochabilidad moral de la conducta de la empresa. En ese tenor, este autor opina que la culpabilidad de la empresa puede sostenerse bajo los siguientes elementos: (i) la fidelidad al derecho como condición para la vigencia de la norma, en el sentido de que la empresa moral está en capacidad de crear una cultura empresarial de fidelidad al derecho; (ii) el sinalagma básico del derecho penal, que fundamenta las sanciones sobre la autonomía que el Derecho otorga a la sociedad de organizarse y responder por su comportamiento; y, (iii) la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma a través de su intromisión en los asuntos públicos ante su reconocido derecho a la libertad de expresión y de creación y definición de normas sociales.

La responsabilidad penal de la persona jurídica puede ser analizada desde su justificación interna, a través del desarrollo de los componentes del Derecho Penal General ya descrito brevemente y su justificación externa, que, a través de su aplicación desde el análisis económico del derecho, es el objeto del presente trabajo de investigación. En el sentido anterior, no es del interés del autor realizar disquisiciones sobre las falencias o virtudes argumentativas del tema desde la teoría del delito, sino usarlas como introito para el desarrollo subsiguiente de la justificación y necesidad desde una perspectiva de la política criminal.

El art. 31.1 Bis desarrolla una responsabilidad penal de la persona jurídica mixta a la que se le deben aplicar los mismos requisitos descritos *ut supra* sobre el estudio del delito desde la economía, es decir, a través de la creación de normas que disuadan el comportamiento no deseado. Lo que se pretende con la descrita norma penal es la disuasión de conductas empresarialmente lesivas, cual si se tratara de su imposición sobre una persona física. En un trabajo de fuente española que aborda el delito desde el análisis económico del derecho, se opinó que el sujeto comete un crimen cuando su utilidad esperada supera la que obtendría invirtiendo su tiempo y recursos en otras actividades y que debe construirse un mecanismo de prevención que tome en cuenta los siguientes tres elementos: el número de delitos

cometido por un sujeto, su probabilidad de condena y el castigo imponible (DE URBINA 2015, p. 55).

Al análisis económico del derecho se le han realizado importantes críticas partiendo de que su estudio presupone que el delincuente debe ser interpretado como un ente absolutamente racional cuyos intereses siempre pueden ser medidos o ponderados económicamente. Se le impugna que las causas de la delincuencia varían importantemente de persona a persona y que, hasta el momento, esta concepción no ha servido para establecer una línea de comportamiento objetivamente previsible porque las personas físicas delinquen por razones distintas a la maximización de utilidades.

De entrada, estas críticas no pueden ser aplicadas en igual medida a las personas jurídicas por el simple hecho de que su existencia responde a un proceso volitivo de carácter eminentemente económico. La razón de ser de las personas morales es la unión de voluntades de distintas personas físicas con un fin en común que, en una importante mayoría de los casos, responderá a un ánimo de lucro. Este argumento no es baladí y es que la propia concepción objetiva de ambos términos responde a estos fines porque responden a la necesidad de producir bienes o prestar servicios destinados al mercado con el interés de generar beneficios. De una lectura conjunta de ambos términos se denota que la intención de las personas morales es la de servir como agentes económicos o comerciales, por lo que, creando un silogismo básico, sus decisiones siempre tenderán al beneficio económico.

Pese a que el beneficio económico tiene una importancia particular en el presente tema, la crítica realizada al análisis económico del derecho es errada porque la maximización del beneficio individual puede medirse de manera macro y no solo atendiendo a los ingresos monetarios del individuo, sino a la consecución de cualesquiera fines que se coloque.

Se advierte entonces, que la concepción del *homo economicus* desarrollada por el análisis económico del derecho resulta plenamente compatible, incluso más que la persona física, porque la propia intención de su existencia es la de exacerbar utilidades y en consecuencia es imprevisible que adopte decisiones que no tiendan a estos fines. Incluso, de una revisión de los tipos penales cuya comisión por personas morales es plausible, se cristaliza que en su mayoría exigen el elemento normativo de ser cometidos con ánimo de lucro.

Así entonces y como se describió precedentemente, la intención del ordenamiento jurídico penal desde una perspectiva económica puede responder a un interés intimidatorio a través de la inducción al delincuente de internalizar el costo social de su conducta e incentivar a la inversión de recursos por parte de las empresas para su prevención. Esto último se consigue, precisamente, logrando que el costo de la comisión y aprehensión del delito sea mucho mayor que el rédito recibido. La finalidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica es que sea la propia empresa quien asuma el desvalor económico de su conducta y no que tenga que ser subvencionado por el Estado o los particulares ante su impunidad.

La atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica se sostiene sobre dos argumentos en especial (ODED 2010, pp. 6-7). En primer lugar, se interpretan las conductas de los empleados en el marco de su encargo o misión empresarial como si fuesen tomadas por la propia sociedad, dicha premisa corresponde a su vez con el criterio delineado por el propio art. 31.1 Bis del CPE, según el que esta figura se sostiene, *inter alia*, sobre el hecho de que la empresa es la beneficiaria de la conducta ilícita cometida. Esta cuestión llega a su corolario aplicando la teoría de la disuasión penal según la que una norma eficiente debe inducir a los agentes del mercado a internalizar los costos de su actividad (positivos o negativos), porque de esta manera se induce a tomar decisiones que maximicen el bienestar social.

La línea argumentativa de este desarrollo consiste en que la empresa delincuente pretende obtener un beneficio competitivo sobre el resto a través de medios socialmente inidóneos, consiguiendo que la omisión del cumplimiento normativo genere más beneficios que su némesis. Por ello, la contrapartida legal implica que el daño social causado (que a su vez es el beneficio generado por encima de la media comercial) tenga que ser asumido por la propia persona moral.

Como se ha desarrollado con anterioridad, el análisis económico del delito se fundamenta sobre la creación de incentivos. Asumiendo que las empresas son controladas por sus directivos a través de sus subordinados, si los primeros resultan impunes por la comisión de tipos penales por la división de responsabilidades en cascada, tendrán el incentivo contra-normativo de contratar subordinados dispuestos a comportarse de forma inadecuada. En un ordenamiento penal plenipotenciario (de imposible existencia), los directivos deberían responder por el costo social de su comportamiento, pero dadas las limitaciones para la

imposición de penas en el contexto empresarial, siempre les resultará más económicamente favorable no acatar las normas (POSNER 1985).

Entiendo que ante la ausencia de sanciones (sea *de facto* o *de iure*), un análisis de costo-beneficio para la empresa siempre tenderá a la conducta mediante la que maximice estos últimos, aunque no sea socialmente deseada, por lo que, si la empresa es racional y desprendiendo el sustrato moral del comportamiento, escogerá la conducta delictiva más favorable para sus intereses. El revés de este razonamiento parte de que la empresa no solo debe valorar sus beneficios sino también sus costos a través de la visión de una eventual sanción como un precio de mercado que debe, a su vez, valorar el costo social de la conducta, más allá de los beneficios privados. Por ello, si se obliga a las personas morales a interiorizar el resultado de sus comportamientos, tanto positivos como negativos, tendrá un incentivo de consideración para acatar las normas jurídicas a las que se debe.

En segundo lugar, se parte de un criterio de competencia funcional y capacidad para sostener que la empresa es la entidad en una posición más favorecida para controlar y dirigir a sus empleados. Lo que se pretende con esto es limitar el esfuerzo y empleo de recursos de parte del aparato estatal y delegarlo sobre los agentes comerciales, por lo que una política penal eficiente produciría incentivos de auto aplicación legal para prevenir, desalentar y reportar el mal comportamiento. Con mayor profundidad se ha justificado jurisprudencialmente la necesidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica al indicar que el art. 31 Bis del CPE no regula la responsabilidad de los administradores por delitos que se cometan en la empresa, únicamente pretende que no exista una laguna de punibilidad en casos en el que la calificación de la autoría recaiga sobre una persona jurídica (STS 3201/2020).

Aunque esto será abordado con mayor detenimiento en lo adelante cuando se abarque la auto regulación empresarial, hay que recordar que la política penal más eficiente es aquella en la que el Estado consigue los mismos fines con una menor inversión de recursos sociales. Este punto merece una explicación para evitar confusiones y es que el interés de la política pública desde el análisis económico del derecho no es que al Estado le resulte menos costoso la ejecución de una función que le es intrínseca, sino que los costos sociales que implica la prevención y sanción se reduzcan al mínimo indispensable y esto se logra obligando a la parte para quien resulte menos costoso a responder por su comportamiento. Es decir, el gasto de

prevención y costo del delito debe ser medido de forma macro frente a la toda la sociedad y no exclusivamente frente a una de sus partes.

Esencialmente, sobre lo que se sostiene esta justificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica es que el aparato persecutor debe hacer una mayor inversión para la investigación y sanción de los comportamientos *intra* societarios, que los que tendría que realizar la empresa en sí misma. El razonamiento es, entonces, uno en cascada. Como la empresa es la beneficiaria del mal comportamiento de sus colaboradores y es la más idónea para su aprehensión y posterior sanción, no solo se le impone una externalidad negativa a través de una pena por no hacerlo, sino que se le beneficia con un incentivo positivo al tenor de una eximente de responsabilidad penal o, en el peor de los casos, una atenuante, cuando se imponen debidos sistemas gestión de cumplimiento penal, que limitan la posibilidad de comportamientos socialmente indeseados.

BECKER (1974, pp. 9-11) desarrolló una fórmula mediante la que indicó que la cantidad de ofensas cometida por una persona se ve influenciada por la probabilidad de su condena, la gravedad de la sanción y algunas otras variables. La fórmula fue expresada inicialmente de la forma siguiente:

- Decisión de delinquir ( $O$ );
- Probabilidad de aprehensión y sanción del eventual delincuente ( $P$ );
- Sanción por la ofensa ( $F$ ); y,
- Variable que representa el resto de las influencias ejercidas sobre el presunto criminal ( $U$ ).

Así, se diseñó la fórmula de la forma siguiente:

$$O = (p, f, u)$$

Esta receta contiene el interés de todo individuo, sea persona física o moral, de delinquir desde una perspectiva racional. De una revisión de su contenido se advierte que está compuesto por elementos externos e internos de la empresa delincuente. Mientras que la probabilidad de aprehensión ( $p$ ) y la sanción ( $f$ ) son cuestiones ajenas a la vida interna de la empresa, el resto de las variables ( $u$ ), corresponden, exclusivamente, a un proceso decisorio dentro de la empresa. Por lo anterior, una política criminal eficiente debe estar dirigida a

regular los primeros dos elementos hasta el punto el que la comisión del delito nunca devenga más barata que el cumplimiento de la ley.

El análisis económico del Derecho Penal parte de la premisa de que la manipulación de los componentes de la anterior fórmula modifica la disuasión de la norma represiva. Un incremento en  $p$  o en  $f$  de la anterior fórmula reduce la utilidad de la ofensa y, consecuentemente, de la oferta delictual, quienes buscarán otros medios más socialmente convenientes de conseguir el mismo fin porque sea la probabilidad de pagar el precio de la sanción o la sanción en sí misma, incrementaría. Esto conlleva al nacimiento de la pregunta sobre cuál de estos dos elementos es más determinante en la mente del delincuente para disuadir su comportamiento. Según el mismo autor de la fórmula analizada, la empresa delincuente responderá en mayor medida a un incremento en la probabilidad de aprehensión más que en el incremento de la condena porque el entorno comercial conlleva a que sus agentes tengan una reducida aversión al riesgo.

Aplicando lo anterior al tema de la presente investigación, es necesario evaluar las opciones posibles frente a la disuasión del comportamiento ilegal de la empresa, es decir, con independencia del desarrollo desde la teoría del delito de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ¿es posible conseguir el mismo efecto disuasorio a través de la responsabilización exclusiva de los dirigentes y socios?

La respuesta a esta pregunta debe valorar la realidad práctica del tema y es que resulta sumamente complejo para las entidades investigativas sancionar comportamientos ilícitos cometidos dentro de la empresa por varias razones, entre las que cabe mencionar, *inter alia*: (i) la dificultad técnica de descubrir las violaciones al *know-how* de empresas especializadas; (ii) la división de responsabilidades entre los miembros de la persona moral, en la que, normalmente, el verdadero autor es el mediato y no el autor directo; (iii) la importante inversión de recursos para la investigación y sanción de delitos complejos; y, (iv) el esfuerzo de los directivos con un conocimiento técnico mayor y más relevante de esconder el *iter criminis*.

Lo anterior conlleva a concluir que la probabilidad de sanción de los directivos de una persona moral por los delitos cometidos en beneficio de la empresa es baja; incluso, en un estudio

publicado recientemente sobre las estadísticas de sanción criminal en los Estados Unidos<sup>1</sup> (que es un estandarte en la materia de la responsabilidad penal de la persona jurídica), se descubrió que «menos de la mitad de los crímenes violentos son reportados a la policía y solo la mitad de esos son estudiados y sancionados, implicando una probabilidad máxima de 25% de castigo. En el caso de los delitos sobre la propiedad [dentro de los caben los cometidos por las personas morales], solo un tercio son reportados y un quinto estudiados, sugiriendo un tope de un 7% de delitos sancionados» (LÓPEZ 2017).

El tema está en si la responsabilidad penal de la persona jurídica puede colaborar con el incremento de la posibilidad de aprehensión de delitos y consecuentemente servir de apoyo para la disuasión de la actividad delictual de la empresa. Al menos desde la perspectiva del sistema español, la criminalidad empresarial vino acompañada con la facultad de modificar la responsabilidad penal de la sociedad con la creación e imposición de programas de cumplimiento efectivos (este será un tema desarrollado de forma pormenorizada en otro apartado de la presente investigación) y uno de los elementos de mayor relevancia de estos últimos es la obligación de investigación de la propia empresa de los delitos cometidos en su seno y representación y posterior sanción. Este requerimiento es diseñado específicamente por el art. 31.5 (4) Bis del CPE al establecer que «los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir con los siguientes requisitos: (...) 4. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención».

Es decir, la empresa recibirá beneficios específicos con la tenencia de programas de cumplimiento que a su vez incrementen la probabilidad de descubrimiento y sanción de la conducta no deseada. Además de esto, también el diseño normativo actual permite no solo la exoneración de la responsabilidad penal sino su también su atenuación en virtud del art. 31 quater del CPE, cuando, específicamente y después de cometido el delito, la persona moral (i) ha procedido, antes de conocer el procedimiento judicial, a confesar la infracción a las autoridades; y, (ii) colaborar con la investigación del hecho aportando pruebas.

---

<sup>1</sup> Este estudio es tomado como muestra ante la ausencia de estudios empíricos de la misma naturaleza en España.

El sistema de sanción y beneficios a la persona moral por el comportamiento penalmente relevante se justifica porque incrementa el costo esperado de los actos ilícitos con el aumento de la posibilidad de que sean efectivamente sancionados junto con la disminución del costo de los procedimientos de investigación y sanción para las autoridades (GOLDMAN 2018 a). Lo anterior fue también desarrollado por DE URBINA GIMENO (2004, p. 58) desarrollando que el valor esperado de la sanción de un delito con una sanción de diez años con una probabilidad de condena de 10%, será de un año ( $10 \times 0.1$ ), por su parte, aun si se redujera la gravedad de la pena a la mitad, 5 años, pero se incrementará la probabilidad de descubrimiento y condena a un 30%, el valor esperado de la sanción incrementará hasta un año y medio ( $5 \times 0.3$ ).

La práctica penal ha llevado a que se incremente más la pena que la probabilidad de condena porque la segunda conlleva la necesidad de un mayor contingente de efectivos policiales y judiciales, incrementando el costo social, mientras que el incremento de la sanción, cristalizada a través de una multa trae mayores ingresos para el Estado. Empero, ante la redacción actual del CPE, ese gasto corresponderá a la empresa, quien es la encargada de auto organizarse para prevenir la comisión de delitos que, a la postre, conllevarán un precio más alto en su gestión comercial.

Entonces, ante la previsibilidad de una sanción penal por la ausencia de un sistema de organización empresarial que asegure el cumplimiento normativo, se ha desarrollado una fórmula aplicable a la disyuntiva de las sociedades comerciales frente a la posibilidad de cometer ilícitos. La mentada fórmula se construye a partir de los siguientes elementos (CHALFIN y McCRARY 2017, p. 7):

- Probabilidad de aprehensión del eventual delincuente ( $P$ );
- Generación de utilidad con la decisión de no cometer un delito ( $U_{nc}$ );
- Generación de utilidad con la comisión de un delito que no resulte en la aprehensión ( $U_{n1}$ ); y,
- Generación de utilidad con la comisión de un delito que resulte en su aprehensión y condena ( $U_{n2}$ ).

Con estas premisas, según la teoría económica el crimen solo será la opción racionalmente conveniente para la empresa en el siguiente caso:

$$(1 - P) U_{c1} + U_{c2} > U_{nc}$$

Desglosando esta función, « $(1 - P)$ » implica la probabilidad del descubrimiento del comportamiento penal, es decir, el 1 implica un 100% de probabilidades de aprehensión, por lo que si se valora que existe un riesgo real de sanción de un 30% (0.3), debe restarse de la totalidad de la probabilidad (resultando un 0.7). Así entonces, el lado izquierdo de la ecuación corresponde con la utilidad recibida del crimen valorando el riesgo del descubrimiento con su probabilidad y el lado derecho el beneficio del debido acatamiento a la norma. El silogismo entonces lleva a concluir que el crimen solo será preferible cuando su utilidad exceda el beneficio de la abstención.

Si bien esta fórmula ha sido parcialmente aceptada, no es menos cierto que ha resultado criticada porque se limita a valorar el delito patrimonial y económico y no toma en cuenta el elemento psíquico, empero, esta crítica no es aplicable en igual medida para el caso de la responsabilidad penal de la persona jurídica porque su campo de aplicación es eminentemente lucrativo, como se ha descrito anteriormente. Por ello, el análisis económico del derecho no solo desarrolla la necesidad de la responsabilidad penal de la persona moral, sino también la forma correcta en la que tiene que delinarse la pena para que resulte efectiva.

El interés político-criminal del tema recae en que hacer responsable a la organización del comportamiento de sus empleados sirve de incentivo para monitorear sus acciones, así como reducir la impunidad del comportamiento penalmente relevante cometido por la persona jurídica. El efecto disuasivo que tiene la criminalidad empresarial no puede ser logrado con la responsabilidad exclusiva de sus administradores por varias razones. En primer lugar, no presenta un incentivo suficiente para la adopción de modificaciones procesales de cumplimiento medianamente complejas; en segundo lugar, como la actividad corporativa es desarrollada por un conjunto de agentes (empleadores y empleados), para los órganos de persecución devendrá un mayor reto la detección de los responsables y su grado de culpabilidad ante una situación de responsabilidad en cascada y esta mayor complejidad se refleja en un aumento de los costes; y, en tercer lugar, no valora la relación de agencia entre los altos escalafones empresariales y los inferiores, por lo que difícilmente puede otorgar un sentido de responsabilidad colectivo.

### 3.2. La autorregulación empresarial como mecanismo de eficiencia regulatoria en la prevención delictiva

Comprendiendo entonces que la criminalización de las personas morales lanza consecuencias favorecedoras para la misión disuasoria del Derecho Penal, en el presente apartado se desarrollará cuál es la manera más idónea de cumplir con estos fines. Esencialmente, las dos posturas existentes consisten en (i) la asunción del sistema tradicional de investigación utilizado para el resto de los delitos cometidos y (ii) la delegación de la función regulatoria a las empresas, dentro de los términos de la autorregulación regulada. Como se describió en el apartado que antecede, la primera opción no es sostenible ni preferible ante las dificultades investigativas que los delitos de esta naturaleza contienen, por lo que en una mayoría de las jurisdicciones se ha permitido que sean las empresas quienes se organicen internamente y el Estado ejerza un control de fiscalización de la seriedad del ejercicio empresarial. A lo largo del presente capítulo se analizarán las implicaciones de esta cuestión.

Como se ha descrito con anterioridad, la complejidad del sistema económico contemporáneo ha conllevado a una búsqueda más férrea de una nueva ética de los negocios que desarrolle mecanismos que puedan fungir como vigilancia y control de comportamientos socialmente lesivos a través de instrumentos que «hagan menos apetecibles los delitos para los eventuales delincuentes» (MONTANI 2014, p. 47). El sistema de prevención de delincuencia empresarial se marca por una importante asimetría de la información entre el Estado y la empresa y la investigación de delitos cometidos por la persona jurídica ha demostrado ser marcadamente compleja por la dilución de responsabilidades, incluso al punto de justificar la necesidad de la figura sobre estos términos. Así entonces, en el ordenamiento jurídico español se ha adoptado una postura de autoorganización empresarial en la que la empresa funge como un brazo colaborador por la ventaja que posee sobre los hechos y su descubrimiento (esto acompañado con los posteriores beneficios otorgados por los arts. 31 Bis y 31 quater *supra* descritos).

Sobre esto ha opinado GOMEZ-JARA (2016, pp. 44-45) que:

Estado y Derecho se ven obligados a permitir ámbitos de autorregulación organizativo-empresarial, de tal manera que, como mucho, puede aspirar a un control del contexto en el que se va a llevar a cabo dicha autorregulación. Por tanto, existen parcelas de la esfera social en las cuales el Estado, vistas estas circunstancias, cede su monopolio regulatorio en aras de una

autorregulación por parte de las propias organizaciones empresariales que operan en dichos sectores.

Es opinión de este autor que el Estado absolutista que pretende controlar la regulación transversal de todo el quehacer comercial es una quimera de imposible consecución, como ha demostrado la práctica. Por lo tanto, el rol del Estado debe trasladarse de una política de intervención a la exclusiva vigilancia de una facultad delegada a las propias empresas. Claro está, un elemento clave de esta cuestión es que esta delegación pueda representar un beneficio para su destinataria para que se vea incentivada a ejercerla debidamente, que es el caso acontecido en el ordenamiento jurídico español ante la posibilidad de eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona moral cuando esta colaboración es realizada debidamente.

La delegación de la facultad estatal no es una renuncia de la administración a sus responsabilidades, no se trata de ausencia de Estado, sino de eficientizar su presencia para ejercer su labor de control social de la forma adecuada y funcional para el entorno económico contemporáneo. En términos de NIETO (2008, p. 4) se trata de un «intervencionismo a distancia» que se sustenta sobre la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y demás miembros del sistema.

Para comprender este razonamiento y aplicarlo al caso de la especie, hay que partir de dos hechos incontrovertidos. En primer lugar, que el aparato estatal perseguidor es la entidad normativamente creada con la expresa finalidad de descubrir la comisión de tipos penales. En segundo lugar, que uno de los grandes retos que tiene la responsabilidad penal empresarial es la determinación de los responsables de los hechos cometidos por la delegación de funciones que imposibilita la determinación del autor real. El cambio de paradigmas que resulta con la traslación regulatoria de la Administración estatal a la propia persona jurídica implica que, para el presente caso, puede haber dos entidades distintas con la misma misión de descubrir y sancionar delitos. Pero de las opciones anteriores, ¿cuál de ellas es la más socialmente idónea?

En un ejemplo creado desde el análisis económico del derecho para determinar el deber de cuidado en materia de responsabilidad civil extracontractual, se desplegó un razonamiento de perfecta aplicación para el tema *sub examine*. En este caso se pone en consideración un accidente en el que el autor o la víctima pueden prevenir su ocurrencia invirtiendo recursos

en alguna clase de precaución. Resulta notorio que sería económicamente inútil que ambos invirtieran en igual medida porque la inversión de solo uno de ellos es suficiente para evitar el hecho. En esta situación, deviene eficiente que la parte para quien el costo del cuidado resulte menor – denominado «evasor del menor costo» – sea quien realice la inversión, por lo que, si el costo menor recae sobre el autor, pues la premisa que conviene aplicar es la de la responsabilidad objetiva (MICELI 2018).

La responsabilidad penal de la persona jurídica se ha sostenido sobre un deber de autoorganización que le es otorgado a la empresa, que está en la obligación de diseñar modelos y patrones para fiscalizarse a sí misma a través de programas de cumplimiento. Además, la doctrina general ha opinado que un requisito para imputarle comportamientos delictivos es la existencia de un sistema interno de desorganización. Este sistema presupone un alejamiento de la tutela estatal en favor de la persona moral, quien es la encargada de establecer mecanismos de prevención de delitos y de sancionarlos oportunamente.

Pero la pregunta que merece ser respondida es si esta es la postura que resulta socialmente más ventajosa en el sentido de que su imposición conlleve una más eficiente distribución de recursos. La respuesta que se pretende es determinar quien es «evasor del menor costo» en la ecuación diseñada, es decir, ¿para quién resulta menos costoso el deber de prevención? A continuación, se describirán algunas ventajas y desventajas de ambas posturas.

<b>Regulación estatal</b>	
<b>Ventajas</b>	<b>Desventajas</b>
Mecanismos de investigación específicamente creados para el descubrimiento y sanción de delitos	Ausencia de control o acceso interno a la empresa para la determinación de sucesos relevantes, así como riesgos deseados en el quehacer comercial
Imparcialidad en las investigaciones realizadas	Dificultad de determinación de la responsabilidad ante la dilución de la responsabilidad de las acciones en un estado de división de atribuciones en cascada

	Mayor erogación e inversión de recursos en procesos de investigación de complejos resultados con poca probabilidad de determinación de hechos ilegítimos
	Distracción de recursos de investigación y sanción que pudiesen ser dirigidos a otras causas de investigación de resultados eventualmente más potables
	Importante asimetría de la información sobre los procesos internos, matrices de riesgo y apetito de riesgo, comparativamente con la poseída por la empresa
	Exclusividad de labor reactiva a la comisión de hechos delictivos e imposibilidad material de desarrollar precisiones preventivas no deseadas por el conglomerado empresarial

<b>Autorregulación empresarial</b>	
<b>Ventajas</b>	<b>Desventajas</b>
Posibilidad de ejercer una labor preventiva a través de acciones que disuadan ( <i>deterrence</i> ) el eventual comportamiento contrario a derecho a través de la imposición de programas de cumplimiento penales efectivos	Interpretación del contenido normativo actual como violatorio al principio de no autoincriminación al obligar a la empresa a denunciar hechos ilegales por ella presuntamente cometidos

<p>Posesión de información privilegiada sobre la construcción <i>intra</i> societaria de la empresa, así como la determinación específica de responsabilidades entre los agentes que la componen</p>	<p>Dificultad de alinear los intereses empresariales con los intereses estatales para crear políticas conjuntas de cumplimiento</p>
<p>Posibilidad de ejercer un control sobre el comportamiento de sus empleados, así como el debido incentivo a la ejecución de comportamientos que sean empresarial y socialmente deseables</p>	
<p>Más rápida adaptación a las necesidades empresariales, pudiendo valorar el apetito de riesgo de la empresa en su desarrollo comercial</p>	
<p>Mayor especialización en el desarrollo de políticas preventivas y reactivas que respondan a la realidad comercial de la empresa</p>	

**Fuente: elaboración propia**

Es la opinión del autor que la discusión aquí descrita recae sobre el costo de la información necesaria para sostener un sistema de imputación penal. Ante una relación (empresa-Estado) marcada por la asimetría de la información entre las partes envueltas, la potabilidad de un sistema penal requiere la existencia de mecanismos eficientes de flujo de información hacia el órgano investigador y es comprensible que la cantidad de recursos que deben ser invertidos por el Estado para conseguir la información que ya posee la empresa tenderá a ser mucho mayor por la necesidad de la intromisión corporativa, esto sin valorar el costo social de la injerencia constante en el desarrollo comercial de la persona moral.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha asumido este criterio al juzgar en una sentencia de precedente que un sistema de heteroresponsabilidad penal empresarial conllevaría

importantes dificultades prácticas ante la posibilidad de sancionar a la empresa «con independencia de que la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» (STS, 154/2016). Ha juzgado en el mismo sentido que repele la responsabilidad de esta naturaleza porque el ordenamiento jurídico español no puede amparar una fórmula en la que se transfiera la responsabilidad del otro y que la sanción a la persona jurídica debe sostenerse sobre un hecho delictivo propio (STS, 221/2016).

Esta disyuntiva sobre la asimetría de la información ha sido presentada en la ciencia económica a partir de la teoría de juegos mediante el conocido «dilema del prisionero», cuyo contenido fue creado por los economistas Merrill FLOOD y Melvin DRESHER y cuya nomenclatura fue posteriormente colocada por el economista Albert W. TUCKER. El caso clásico de esta situación se contrae a que dos presos a los que se les ha imposibilitado la comunicación deben decidir si confiesan o no su delito, siéndoles dadas las siguientes reglas: (i) si ambos confiesan, la pena será de un año para ambos; pero, (ii) si uno confiesa y el otro no, el segundo quedará libre y el primero será condenado a 3 años; y, (iii) si ambos confiesan, le corresponderán dos años a cada uno. Este ejemplo se ve representado en el siguiente gráfico:

		Preso 2	
		Confesar	No confesar
Preso 1	Confesar	1 año, 1 año	3 años, 0 años
	No confesar	0 años, 3 años	2 años, 2 años

Fuente: elaboración propia

De esta formulación se advierte que la confianza entre los jugadores (presos en este caso) es un elemento capital para conseguir el mejor resultado posible para ambos (que sería el escenario en el que ambos confiesen). Sin embargo, la suspicacia sobre la posibilidad de que la confesión de una sola parte implique un resultado altamente lesivo para ella y el

desconocimiento de los criterios psíquicos o de comportamiento del otro preso conllevará en una importante cantidad de ocasiones a que ninguno confiese, quedando ambos en un estado peor al que pudieron encontrarse de tomar una decisión contraria.

Pese a la abstracción de este criterio, se ve representado de forma práctica, por ejemplo, en la posibilidad de dos personas morales de mejorar su estado económico si se llega a un acuerdo de mutua cooperación. Así, una empresa que incumpla estos términos y decida tomar control del mercado puede crear un monopolio sobre él, siendo la única beneficiaria o quebrarlo, afectando al sistema de manera transversal.

AGUILERA GORDILLO aplicó este dilema del prisionero al tema de la autorregulación empresarial (2018, p. 237), partiendo de las siguientes premisas: (i) las empresas adoptan un programa de cumplimiento si les beneficia; (ii) las empresas no adoptan un programa de cumplimiento porque no les beneficia; (iii) al Estado podría interesarle promover la autorregulación ante lo complejo del control empresarial; y, (iv) el Estado podría preferir la aplicación de criterios jurídico-penales tradicionales. Descrito de otra forma,

		Estado	
		Promover autorregulación	Heterorregulación
Empresa	Cumplir <i>compliance</i>	3, 3	0, 4
	No cumplir <i>compliance</i>	4, 0	1, 1

Fuente: AGUILERA GORDILLO 2018, p. 237.

Distinto al caso clásico del dilema del prisionero, las unidades descritas deben verse como «unidades de beneficio». En ese sentido, la peor opción para las empresas es el desarrollo de un programa de cumplimiento en un Estado que no lo valora ni representa ningún beneficio, porque deberá enfrentar los costos de su implementación y la eventual condena cuando se concrete el riesgo penal, por lo tanto, no tendrá incentivos para cuidarse a sí misma y evitar

la comisión de delitos (por ello tiene un valor de 0), pese al beneficio del Estado por la prevención delictiva que crea el programa de cumplimiento (por ello tiene un valor de 4). Por otro lado, si la empresa no implementa un programa de cumplimiento ni el Estado lo valora, pues en tal caso ambos se verán afectados y beneficiados parcialmente porque el Estado no recibirá el beneficio de la abstención delictiva y la empresa no tendrá incentivos para realizar gastos de cumplimiento porque no le generarán ningún beneficio.

En tercer lugar, al Estado no le funciona crear un sistema de autorregulación si no confía en que las empresas pueden cumplir con tal cometido porque estas podrán beneficiarse por los programas de cumplimiento cosméticos (por ello, el valor de beneficio a la empresa es de 4 y para la administración es 0), pese a que las sociedades les es conveniente invertir poco dinero en cumplimiento disfuncional. En cuarto y último lugar, la opción más favorecedora para los intereses de ambas partes es la promoción de la autorregulación, con la implementación de programas de cumplimiento efectivos de parte de las empresas, que es precisamente el sistema imperante en el ordenamiento penal español.

Para lograr el cometido de este último punto es necesario crear parámetros funcionales de confianza. Es opinión de este autor que el ordenamiento jurídico español sienta las bases para la favorabilidad de este sistema de autoorganización porque la confianza estatal se desprende de la sapiencia por las empresas de la existencia de beneficios al establecimiento de programas de cumplimiento que restrinjan la responsabilidad penal. Entonces, para justificar la imposición de este sistema, el Estado solo debe confiar en que las empresas partirán de la teoría de la elección racional para escoger la opción que les sea más favorable.

Independientemente de lo descrito, se ha recomendado que este bache de confianza pueda ser superado a través de una «solución externa» con la designación de un oficial de cumplimiento (AGUILERA GORDILLO 2018). El razonamiento detrás de esta postura es que la confianza pueda ser generada por un tercero ajeno a los «jugadores» envueltos en el dilema, este oficial de cumplimiento fungirá como contrapeso a la hipotética renuencia empresarial de dar con el cometido del programa de cumplimiento y en consecuencia servir de brazo colaborador a la fiscalización estatal.

Continuando esta misma línea de razonamiento, lo que se pretende, entonces, es la eficiencia en la regulación, que en la ciencia económica se mide a partir de dos posturas que fueron definidas por DE URBINA (2004, pp. 45-36). Por un lado, la eficiencia de *Pareto*, según la cual

una sociedad alcanza un nivel óptimo solo cuando no se puede mejorar a ningún miembro sin empeorar a otro, empero esta postura ha resultado, en parte, rechazada ante la dificultad que una política pública no suponga un coste para alguna parte envuelta. Por el otro lado, la eficiencia *Kaldor-Hicks* implica que una opción es superior a la otra cuando quienes mejoran pueden compensar a los que empeoran, pese a que no sea necesario que lo hagan, sino solo que *puedan* hacerlo.

En el caso descrito en los párrafos que anteceden se advierte que la parte afectada por la imposición de un sistema de auto regulación empresarial es la persona moral, quien tiene que invertir recursos para cumplir una función que es, en principio, estatal. Pero continuando con un criterio de eficiencia de *Kaldor-Hicks*, el ente que queda en mejores condiciones (el Estado y la sociedad), revierten este desequilibrio compensando los daños causados a través de los tratamientos especiales de responsabilidad penal, sea con su exención total o su posible atenuación. Bajo este desarrollo, existiría un balance normativo eficiente y socialmente deseado.

La principal discordancia con este razonamiento viene con la dificultad de alinear los intereses estatales con el de la empresa en el sentido de evitar y sancionar conductas que, si bien resultan económicamente ventajosas, son socialmente indeseables. Así, la autoorganización permite que la empresa asuma los costos sociales de su comportamiento con la compensación de la ventaja anticompetitiva obtenida mediante la infracción, paliándose, parcialmente, el fallo de mercado que delito crea sobre la norma (NIETO MARTÍN 2008).

Empero, como será descrito en los próximos apartados de la presente investigación, el análisis económico del derecho responde a esta situación recomendando la creación de externalidades positivas (incentivos) para que las personas morales moldeen sus intereses para que vayan de la mano con la necesidad social, o al menos con políticas que no vayan en detrimento de los valores penalmente protegidos. Estos incentivos deben valorarse en sentido económico para que su enaltecimiento represente un verdadero atractivo comercialmente deseado para la empresa al punto de que le resulte más beneficioso auto-vigilarse, que arriesgarse a la comisión de un tipo penal.

En criterio de este autor, es importante hacer una acotación y es que la autorregulación regulada no pretende eliminar los costes al Estado porque a las empresas les resulta «más barato» prevenir, porque tal postura es insostenible frente a los efectos que tiene sobre las

personas morales en sí mismas. A la regulación desde el análisis económico del derecho lo que le importa es la eficiencia y el costo de manera *macro* para todo el sistema y no solo de forma individualizada para los agentes que se ven afectados o beneficiados por ella; dicho de otro modo, esta autorregulación no pretende reducir los costos para el Estado de la prevención y sanción delictiva, sino el costo social de sus efectos.

La autorregulación empresarial se sustenta, específicamente, sobre la competencia funcional de la persona moral de descubrir y sancionar comportamientos socialmente lesivos de una forma mucho más rápida y eficiente de lo que lo haría el Estado. Partiendo de que los actos penalmente-relevantes son unidades comunicativas emitidas por un sujeto activo de contradicción a la norma, la posesión de información es de vital importancia para su cuidado y evitación. La asimetría de información existente entre el aparato estatal y la persona moral es notoria, siendo la segunda la que está en mejores condiciones de servir de blindaje al ordenamiento penal; es decir, es la ficción jurídica quien puede conseguir más información y de mayor calidad con una menor erogación de recursos y en consecuencia resulta socialmente eficiente y conveniente imponer esta obligación sobre ella, protegiendo la existencia de debidos incentivos a su desarrollo, como será descrito en un apartado posterior de la presente investigación.

Como se ha descrito a lo largo del presente capítulo, un elemento de vital relevancia para el debido funcionamiento del sistema de autoorganización empresarial imperante el ordenamiento jurídico español, es la confianza depositada por el Estado a las empresas para que se fiscalicen a sí mismas y colaboren con el proceso de descubrimiento y sanción de delitos. Deviene un tema de particular relevancia el abordaje de dos cuestiones: en primer lugar, cuál es el diseño legal que imponga la necesidad de los programas de cumplimiento que sea más eficiente para conseguir los fines regulatorios, es decir, cómo debe formularse el supuesto normativo para que las empresas se vean incentivadas a cumplir; y, en segundo lugar, qué consecuencias debe conllevar la debida creación de programas de cumplimiento que disuadan el comportamiento delictivo. Estos dos elementos serán abarcados en el capítulo que continúa.

## 4. El programa de cumplimiento penal y análisis económico del derecho

Uno de los elementos neurálgicos de la responsabilidad penal empresarial es el desarrollo e implementación de programas de cumplimiento que funjan como contrapeso a las dificultades investigativas estatales y fomente el comportamiento empresarial conforme a derecho. Tanto en España como en el Derecho Comparado, la creación de estos mecanismos de defensa tiene relevantes implicaciones sustantivas, que serán abordadas en el presente segmento de la investigación porque determinará la existencia misma de responsabilidad penal al configurarse, dependiendo del ordenamiento en el que se desarrolle, como una eximente o, cuando menos, una atenuante de la responsabilidad penal.

La responsabilidad penal de la persona jurídica está configurada en el sistema penal español en el art. 31.1 Bis del CPE, que ha sido descrito con anterioridad, pero en cuyo numeral segundo se desarrollan las implicaciones y consecuencias del programa de cumplimiento. Es al Consejo de Administración de la empresa o al organismo encargado del gobierno corporativo a quien le corresponde el fomento del desarrollo e implementación de modelos de cumplimiento normativo para prevenir delitos empresariales, pero no se pretende la creación de un sistema sin aplicabilidad práctica, sino que estas personas tienen un «deber jurídico-penal» de inculcar deberes éticos a la empresa (SILVA SÁNCHEZ 2018, pp. 49-51). En la redacción vigente de los mencionados artículos se advierte que la persona moral puede resultar exenta de responsabilidad penal bajo los siguientes cuatro requisitos:

1. Que se haya adoptado un modelo de organización y gestión que incluya las medidas de vigilancia y control para prevenir delitos;
2. Que se supervise el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención por una entidad autónoma dentro de la sociedad;
3. Que el autor del delito haya eludido fraudulentamente los mecanismos de control y prevención; y,
4. Que no haya existido una omisión al deber de vigilancia.

La pregunta es, entonces, si resulta más socialmente eficiente permitir a la empresa auto-regularse y fiscalizarla como tal o que sea el Estado quien deba entrometerse en la vida

societaria, conociendo los grandes retos que esta postura conlleva. Como ha juzgado la jurisprudencia contemporánea, «a la empresa le corresponde lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecido para prevenir delitos o reducir el riesgo de su comisión» (STS 3430/2020). Doctrinalmente se han desarrollado una importante variedad de tipos de implementación de este principio, así como posibles consecuencias. A lo largo del presente capítulo se desarrollarán dos elementos: por un lado, se explorarán cuáles son los requisitos para considerar un programa de cumplimiento como eficiente, así como los requisitos de la creación de una cultura de *compliance* corporativo; por el otro lado, se realizará una disquisición sobre cuáles deben ser las consecuencias sustantivas y procesales de un programa de cumplimiento.

#### 4.1. Naturaleza jurídica del programa de cumplimiento y sus efectos político-criminales desde el análisis económico del derecho

Para comprender las implicaciones de la creación e implementación de un programa de cumplimiento eficiente es menester comprender su función al catalogarse como un híbrido entre lo público y lo privado. Para el desarrollo del presente apartado es menester comprender a qué se hace referencia cuando se mencionan los programas de cumplimiento. Desde una perspectiva jurídico-dogmática, un programa de cumplimiento es un conjunto de medidas creadas por una empresa para disuadir, detectar y sancionar la comisión de ilícitos relacionados con su actividad (GOLDMAN 2018b). A su vez, desde el prisma económico se han definido como el conjunto de políticas y procedimientos que una sociedad racional y maximizadora de beneficios establecería si se enfrentara a la posibilidad de una sanción igual o superior al costo social de la sanción (MILLER 2017).

Es opinión de este autor que ambas definiciones descritas deben ser ponderadas en conjunto, añadiéndose además de que los programas de cumplimiento requieren un estudio de riesgos penales previsibles, por lo que su implementación solo será eficiente cuando verdaderamente prevenga una conducta penalmente relevante. Con esta premisa el presente capítulo pretenderá brindar una justificación jurídico-filosófica del programa de cumplimiento, además de justificar su necesidad desde una postura jurídico-económica.

Desde la perspectiva empresarial, los beneficios de un sistema que prevea los programas de cumplimiento como modificadores de responsabilidad penal (sea con eximentes o atenuantes), se ve representado en el siguiente ejemplo de GARCÍA AMADO (2020, p. 70):

Pues, por un lado, entre gastarse 500 euros al año en revisión del motor del coche y cambio de neumáticos o la probabilidad de pagar cantidades muchísimo mayores si se causa un accidente por un fallo mecánico o por desgaste de los neumáticos, cualquier calculador racional preferirá lo primero, y ahí habría una buena razón para imputar responsabilidad por esos accidentes al conductor negligente en el cuidado de su vehículo.

En los ordenamientos jurídicos en los que prima un modelo vicarial de responsabilidad, los programas de cumplimiento fungen como medio para evitar que se cometan delitos que resulten más costosos tanto para la empresa como para la sociedad, pero una vez surgen, este carece de relevancia. Por su parte, estos programas tienen una importancia particular en los modelos de responsabilidad propia porque determinan la existencia y momento de surgimiento de la responsabilidad penal (ARROYO et NIETO 2013, p. 15), además de ser un criterio de valoración de la pena. En el ordenamiento español prima un modelo mixto en el que el programa de cumplimiento puede conllevar una eximente de responsabilidad penal cuando es ejecutado de forma correcta, o, al menos, una atenuante, sin que su existencia afecte la responsabilidad penal del individuo.

Es decir, esta figura tiene una misión tanto preventiva como reactiva. Mientras que la preventiva pretende el mantenimiento de un sistema de organización empresarial que vaya conforme a la norma e incentive su cumplimiento; la función reactiva pretende eficientizar la labor estatal de investigación y sanción ante la posición aventajada de la que parte la sociedad comercial. En términos del Tribunal Supremo, «los programas de cumplimiento permiten obstaculizar la comisión de delitos» y que su existencia implica una buena praxis corporativa tendiente a colaborar en la erradicación de hechos de esta índole (STS, 316/2018).

Para que cumpla con su objetivo, el programa de cumplimiento puede ser valorado desde una doble perspectiva (BALCARCE y BARRUEZO 2019, p. 159), por un lado, el interés social de su desarrollo, que a su vez exige que el programa de cumplimiento sea verdaderamente eficaz para evitar la comisión de delitos en el quehacer comercial de la empresa y que no sea un mero ejercicio mercadológico o cosmético. Este desarrollo se debe a que la forma de

redacción normativa imperante expone que el desarrollo del programa de cumplimiento es una obligación de resultados, por lo que su sola creación satisfice el interés del ordenamiento. Sin embargo, el razonamiento descrito es erróneo porque la intención de la norma no es, exclusivamente, su imposición, sino que su aplicación devenga útil en la interceptación y prevención delictiva.

La premisa que debe liderar este razonamiento es que la responsabilidad penal de la persona jurídica nace de un defecto de organización que implica una ausencia de control sobre sus actuaciones y permite la comisión de ilícitos en su seno. En tal sentido, los programas de cumplimiento buscan crear un «estado de cosas» organizado que permita prevenir la infracción a la norma con un fin puramente instrumental y es un medio para conseguir un fin, no un objetivo en sí mismo. Lo que se debe medir es la operatividad institucional y procedimental del programa de cumplimiento porque solo cuando el modelo conlleva la creación de un estado de cosas organizado, podrá cumplir con el interés que tiene el ordenamiento jurídico sobre ellos. El modelo se reputa eficazmente ejecutado cuando empiezan a funcionar sus disposiciones y cuando el delito solo pueda ser cometido por un individuo mediante la elusión fraudulenta de los mecanismos de control (SILVA SÁNCHEZ 2018, pp. 248-249).

Por el otro lado, es necesaria la creación de externalidades positivas para que las sociedades se vean incentivadas a desarrollar planes de cumplimiento, por lo que no basta con la imposición del deber legal, sino que es necesario el desarrollo de condiciones para que su implementación sea económicamente atractiva para las empresas. Recordando que las sociedades comerciales son maximizadoras de beneficios, regulatoriamente se tiene que asumir una postura en la que resulte menos beneficioso la comisión de la infracción y posteriores consecuencias que la no implementación del programa de cumplimiento. Solo en este último caso devendrá verdaderamente eficiente el tema desarrollado.

La conveniencia de un programa de cumplimiento parte de la posibilidad de restringir los comportamientos penalmente-relevantes dentro de la empresa a través de la asunción de la externalidad negativa que produce un delito. Entonces, para medir la efectividad de un programa de cumplimiento hay que medir si, después de cometido, la decisión de incriminar responde a un criterio de asignación eficaz de recursos frente a la posibilidad de alcanzar el fin perseguido. Esto último, la determinación de la eficiencia de los programas de

cumplimiento ha demostrado ser uno de los elementos más problemáticos del tema *sub examine* ante la alta dificultad de que los organismos de investigación determinen su aplicación práctica en el día a día de la sociedad, además de ostentar el conocimiento técnico de cada área de riesgos a la que se enfrentan todas las personas jurídicas.

Es menester partir de que en el ordenamiento jurídico español el diseño de la política de los programas de cumplimiento traslada la inversión de recursos de prevención y sanción del estado a las empresas por ser la entidad en una posición aventajada en una fórmula marcada por la asimetría de la información. A su vez, el Estado asume una postura de seguimiento y fiscalización y eventual sanción de conductas ilegítimas con la colaboración empresarial.

Subsumiendo este razonamiento en el tema *sub examine*, de forma resumida, una situación jurídica es *PARETO-eficiente*, solo cuando al menos una persona se encuentra en una mejor posición y ninguna otra empeora su situación. En términos normativos, un estado de las cosas deviene ineficiente cuando puede haber otro diseño jurídico en el que todos los agentes reciban beneficios y ninguno se vea perjudicado. Este razonamiento es de difícil cristalización en la especie dado que, si bien es cierto que un ordenamiento jurídico que prevea los programas de cumplimiento aligera la carga logística y económica de la fiscalía, no es menos cierto que estos costos son trasladados a las empresas, quienes se encuentran, entonces, en una peor posición que en el caso contrario. Sin embargo, esta línea argumentativa puede verse modificada con el hecho de que, si bien es cierto que el programa de cumplimiento representa un costo a ser asumido por la empresa, no es menos cierto que también representa un eventual e hipotético beneficio porque le permitirá liberarse de responsabilidad penal ante la comisión de un tipo penal.

Por el otro lado y siguiendo un razonamiento similar al anterior, la eficiencia económica de KALDOR-HICKS se cimienta sobre que los recursos deben colocarse en manos de quienes más los aprecian y esto se pondera a partir de la posibilidad de esta parte de compensar a otra por los supuestos daños causados. Por lo tanto, en este caso los recursos se mantienen dentro del órgano perseguidor, que no tiene que invertirlos en investigaciones costosas y complicadas para las que las empresas se encuentran en una posición más funcionalmente idónea, por lo que la obligación de investigación se coloca sobre la entidad a quien le resulta menos costosa. Además, y como se describió en un apartado anterior de la presente investigación, la eficiencia normativa se logra bajo esta definición dado que el propio ordenamiento otorga un beneficio

por este traslado de responsabilidades a las empresas al permitir que resulten exentas de responsabilidad penal por fungir como brazo colaborador de las investigaciones penales.

Así las cosas, como los recursos son limitados, toda distribución realizada conllevará su movilización de un titular a otro y en consecuencia resulta inverosímil (si no imposible) crear un sistema en el cual todos los agentes envueltos se encuentren en mejor posición y por ello es necesario que sobre quien recaiga el peso normativo, pueda generar alguna externalidad positiva de su cumplimiento. La imposición de una política pública en la que se prevean beneficios por la creación de sistemas de *compliance* parecería ser económicamente eficiente según los términos descritos por KALDOR-HICKS porque los recursos se distribuyen de una manera en la que los beneficios generados para una parte del mercado (el órgano estatal), superan el perjuicio causado a otra (las empresas – que a su vez pueden generar un beneficio propio –), de una forma tal que el propio sistema la beneficia con la posibilidad de liberarse de responsabilidad penal.

Se advierte que el diseño normativo que prima actualmente en el CPE sobre el tema analizado parecería resultar económica y jurídicamente eficiente porque es la manera más idónea de prevenir la comisión de conductas delictivas.

Sin embargo, si es necesario delinear un sistema de prevención de delitos por parte de las empresas y el Estado ejercer un control sobre él, ¿resulta conveniente sancionar cualquier empresa con un diseño organizacional defectuoso (incluso ante la ausencia de delitos)? A esta pregunta se le deben dar dos respuestas, una desde la perspectiva dogmática de la teoría del delito y otra económica. Con relación a la primera de estas, la riposta debe resultar negativa porque el estado de desorganización empresarial no es el tipo penal en sí mismo, sino que es un elemento necesario para responsabilizar a la persona moral por algún acto ilícito cometido por una persona física en su seno, por lo que la ausencia de un programa de *compliance* sin un delito, simplemente es tierra fértil para la eventual punibilidad de la empresa. Sobre esto opinó SILVA SÁNCHEZ (2014, p. 197) que

La pregunta es si cabe que exista “debido control” sin *compliance program*. Cabe que en el seno de una persona jurídica se ejerza el debido control sobre los subordinados sin que formalmente exista un *compliance program*. Aunque ello será difícil cuando, por las dimensiones de la empresa, las necesidades de sistematización y procedimentalización hagan ineludible la

implantación de un modelo de control. Si existe un *compliance program* y este es eficaz *ex ante*, parece difícil negar que en la persona jurídica se está cumpliendo con el debido control.

Aún más, la complejidad económica contemporánea imposibilita el desarrollo de requisitos objetivos transversales para toda la práctica comercial que permita determinar cuándo un programa de cumplimiento es ineficiente a un punto de que la persona moral merezca ser sancionada por él. El programa de cumplimiento es una facultad que trae beneficios para quien lo desarrolla, no una obligación legal.

Por el otro lado, en el sentido económico resultaría subóptimo por el costo que generaría para la estructura judicial y administrativa el inspeccionar, investigar, juzgar y sancionar cualquier deficiencia de todas las personas morales que componen un sistema económico solo para fiscalizar la eventual ineficiencia de un programa de cumplimiento (GOLDMAN 2018 b, pp. 435-437). Esto es un caso académico en materia económica en el que los costos superan los beneficios, recordando que los programas de cumplimiento buscan la optimización de la inversión de los recursos estatales tendiente a evitar delitos empresariales. Es menester resaltar que el programa de cumplimiento (al menos en el sentido de la presente redacción) no busca despojar al Estado de los costos descritos, sino que su inversión sea lo más socialmente eficiente posible, asegurándose que la persona que ejerce el esfuerzo normativo sea a la que le resulte menos costoso y a su vez pueda recibir incentivos por su comportamiento.

La necesidad político-criminal de los programas de cumplimiento se justifica en que resulta imposible la asunción de una postura de prevención absoluta de riesgos porque tal cuestión implicaría el detenimiento comercial. Como se indicó con anterioridad, el hipotético delincuente responde mejor a un aumento en la probabilidad de condena que a la suma de la sanción, empero, desde una perspectiva penal tradicional, esta no es la opción más socialmente deseada. El razonamiento anterior reposa en que, en principio, sería posible incrementar la posibilidad de descubrimiento y sanción de los delitos a un 100%, reduciendo de forma absoluta las ofensas cometidas, sin embargo, esto debe estar precedido de un incremento de la inversión en el combate de los delitos, y, consecuentemente del costo social de la conducta ilegal hasta un estándar en el que devendrá ineficiente.

Cada unidad gastada en prevención por encima o que exceda el costo social del delito, implicaría que el beneficio social marginal será más bajo y, en consecuencia, el punto de equilibrio, en tanto criterio económico, solo puede ser recuperado permitiendo una mayor cantidad de delitos. Este argumento puede resumirse en que, si la comisión de un delito causa un daño menor al coste de prevención, resulta más eficiente permitir su cristalización.

Hay que recordar que esta línea de pensamiento se sustenta sobre una visión tradicional del Derecho en la que los órganos de persecución eran los únicos competentes para descubrir y sancionar conductas inadecuadas. Sin embargo, los beneficios otorgados por el programa de cumplimiento implican una traslación de esta responsabilidad del Estado a la empresa, por lo que su creación y efectiva implementación incrementa el factor de posibilidad de prevención delictual por un menor costo social.

Habiendo analizado los requisitos y elementos de eficiencia de un programa de cumplimiento desde la perspectiva interna de la empresa como de su conveniencia normativa, uno de los elementos con mayor relevancia económica y dogmática son las implicaciones que tienen los programas de cumplimiento luego de la comisión de un delito. En reiteradas ocasiones se ha hecho referencia a que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica desde el análisis económico del derecho construye su cometido a través de la creación de incentivos y cuando son ejercidos de manera correcta, los programas de cumplimiento son una importante herramienta de cooperación empresarial.

Lo que se abordará en el subtítulo que continúa es cuál es el mecanismo más eficiente de normativización del programa de cumplimiento como elemento relevante para la responsabilidad penal de la persona jurídica. Es decir, con cuál de las tipologías y modalidades disponibles se adquiriría el resultado pretendido con la menor inversión de recursos.

#### 4.2. Programas de cumplimiento y sus implicaciones sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica

La concepción que tenga un ordenamiento criminal sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica influirá directamente sobre las implicaciones que tienen los programas de cumplimiento ante hechos eventualmente lesivos. De manera general, existen dos grandes concepciones, la responsabilidad objetiva (en la que los programas de

cumplimiento no juegan ningún papel) y la responsabilidad por negligencia (en la que, dependiendo de su modalidad, el sistema de *compliance* exime de pena o la atenúa); ambas escuelas conocen graduaciones que serán descritas a continuación.

En la redacción inicial del CPE para responsabilizar penalmente a la persona jurídica cristalizada en la reforma de la LO 5/2010, del 22 de junio, se asumió una postura más cercana a la responsabilidad objetiva al considerar como atenuantes (no eximentes) de responsabilidad penal empresarial la confesión antes del procedimiento judicial, la colaboración en la investigación, la reparación del daño antes del juicio oral y el establecimiento de «medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos». Esta redacción se mantuvo en la reforma de la LO 7/2012, del 27 de diciembre, y no fue sino hasta la LO 1/2015, del 30 de marzo, cuando se le otorgó la naturaleza de eximente de responsabilidad penal a la implementación de un sistema de *compliance* penal y asumiendo una postura basada en la negligencia en el deber de cuidado.

En la última modificación descrita al ordenamiento penal español, el art. 31.2 Bis del CPE establece una variación autónoma de un sistema basado en la negligencia, en el que la posesión, desarrollo y efectiva implementación de un programa de cumplimiento sirven para eximir a la persona moral de la pena, o cuando estos requisitos solo se acrediten parcialmente, para atenuar su aplicación. Este artículo desarrolla consecuencias escalonadas para las personas jurídicas de acuerdo con la calidad del programa de cumplimiento penal al indicar que el desarrollo de un sistema de *compliance* deviene una eximente de la responsabilidad penal pero que cuando sus requisitos «solo puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena».

El desarrollo legislativo español ha previsto dos modalidades de redacción normativa, por lo que la pregunta que nos avocamos a responder en este capítulo es cuál de ellas es más socialmente deseable en el sentido de conseguir el efecto disuasorio por un menor costo social. Para desarrollar este modelo desde el análisis económico del derecho se parte de la premisa que la finalidad de la norma es que la implantación de un modelo de prevención de delitos debe representar un beneficio para la empresa mayor al que se obtendría de la actividad criminal y su eventual e hipotética sanción. En el sentido anterior, se desarrollará el tema desde una postura amoral en el que se presupone que la persona jurídica pretenderá

maximizar sus beneficios económico-comerciales al mayor grado posible sin valorar el daño que se causare.

La responsabilidad penal empresarial objetiva se asemeja a la vicarial en la que las empresas resultan responsables sin reparar en sus gestiones de prevención, disuasión y sanción, por lo que la sola ocurrencia del hecho penal es suficiente para responsabilizar penalmente a la persona moral. Por su parte, la responsabilidad basada en la negligencia implica que solo se retendrá responsabilidad penal en el supuesto de una omisión al deber de cuidado razonable que se espera de un agente comercial al no cuidar la prevención de comportamientos, ni fiscalizar el comportamiento de sus empleados, ni reportar las violaciones conocidas.

Desde una perspectiva del análisis económico del derecho, en caso de responsabilidad estricta u objetiva, los esfuerzos desplegados por la persona moral para evitar delitos devienen irrelevantes y en consecuencia no tienen incentivos para cuidar su comportamiento, a sabiendas de que en todos los casos serán sancionadas. La imposición de una responsabilidad de esta naturaleza tiende a la ineficiencia económica porque no crea incentivos (i) para las empresas cuidarse y prevenir delitos (MICELI 2018, p. 32) y (ii) para las eventuales víctimas ejercer su deber de autoprotección, porque sin importar en cuan ligero sea su comportamiento, siempre resultarán resarcidas. Por su parte, en ciertas ocasiones un régimen de negligencia absoluto tampoco necesariamente induce a las personas morales a asumir las implicaciones de sus comportamientos, especialmente ante actividades comerciales que sean altamente riesgosas y teniendo como importante obstáculo la superación de la creación de programas de cumplimiento sin funcionalidad práctica.

Ante esto, se han desarrollado dos opciones intermedias. La primera de ellas denominada responsabilidad estricta ajustada, que responsabiliza a las empresas por el mal comportamiento de sus empleados al mismo tiempo que aísla la responsabilidad esperada por el efecto de la auto-vigilancia, utilizando mecanismos como inmunidad y privilegios (ODED 2010). Su finalidad es la de mitigar los posibles efectos negativos que surgen de la ausencia de incentivos para desarrollar una política de cumplimiento que surge de la responsabilidad objetiva. Sin embargo, surge el importante problema de que no crea incentivos, a su vez, para la denuncia de los hechos ilegales cometidos en el seno de la empresa por el simple hecho de que continuará siendo responsable, aunque sea en menor medida.

La segunda concepción la denominó un régimen de responsabilidad compuesta, en la que las sanciones son aplicadas en diferentes estratos; el primer nivel contiene sanciones altas para los ilícitos detectados en empresas que tienen mecanismos de prevención sub-óptimos y el resto de los niveles imponen sanciones mitigadas para las personas morales que han satisfecho sus deberes de auto-vigilancia. En este caso, las empresas son impuestas con mayores sanciones dependiendo de su nivel de culpabilidad (definiéndola a partir de una voluntad de no auto organización), elemento que es ponderado a través del nivel de cuidado invertido en prevenir, disuadir y reportar violaciones legales.

Este sistema otorga preponderancia al deber de reporte de la persona moral de los hechos por ella encontrados para liberarla de responsabilidad penal bajo la premisa de que el costo social de la violación incrementa cuando no hay denuncia de parte de la empresa porque el daño no consiste solo en la afectación directa del comportamiento, sino los costos asociados con el proceso de investigación, detección y litigación que debe ser desplegado por el Estado. Es por esto que un ordenamiento que prevea el *compliance* penal debe reducir la sanción de una empresa que denuncie el comportamiento potencialmente lesivo.

Lo que pretende esta corriente es alinear los incentivos corporativos con el interés social y según esta autora, lo anterior se logra si la responsabilidad penal de las empresas se ajusta a las consecuencias sociales de las acciones cometidas. En este caso se diferencia entre el daño social de la conducta y el costo social de la conducta, mientras que la primera tiene un contenido eminentemente reparador y pretende resarcir la lesión causada a la víctima, el segundo tiene un componente sancionador e incluye la restauración del balance a la norma. En tal sentido, cuando hay una conducta ilegal y la empresa cumplió con su deber de auto-vigilancia, la sanción conllevará la reparación del daño social causado, por el otro lado, cuando hay una conducta ilegal y la empresa no cumplió con su deber de auto-vigilancia, se les impondrá una sanción que correspondan con el costo social de su conducta (ODED 2010, p. 24).

Este método tiene una desventaja que no puede dejarse pasar de soslayo y es que requiere una cantidad de información sumamente alta de parte de los tribunales y fiscales para determinar con exactitud cuan serio fue el cuidado ejercido por la empresa y en consecuencia poder catalogarlo dentro de algunos de los niveles de responsabilidad. Si bien en términos teóricos esta cuestión parecería ser menor, en términos prácticos resulta un gran obstáculo

porque requiere la homogenización de dos criterios que han resultado enormemente problemáticos: el contenido específico de un programa de cumplimiento para que resulte eficiente y la obtención de información precisa y certera sobre la vida *intra* societaria de una persona moral.

Este razonamiento conlleva la necesidad de responder la pregunta sobre cuándo se considerará que una persona moral fue negligente en el desarrollo de un programa de cumplimiento. El análisis económico del derecho diseñó una fórmula mediante la que se pretende determinar objetivamente un criterio de negligencia a partir de un cálculo de riesgos previsible a través de la denominada “Fórmula de Hand” a partir de un criterio jurisprudencial norteamericano aplicado con exclusividad al derecho de daños (*tort law*), empero, su fundamento es plenamente extrapolable al análisis de la especie porque se justifica sobre un cálculo de los beneficios generados por el hipotético infractor frente a una conducta dañina (delictiva en el caso de la especie).

Para determinar la negligencia del causante de un daño, el razonamiento mencionado toma como insumos los siguientes tres elementos: probabilidad del daño ( $P$ ), la pérdida causada por el daño ( $L$ ) y el costo de la precaución ( $B$ ). Usando estos insumos, se considerará que una empresa que desarrolle un plan de cumplimiento será negligente si

$$B < PL$$

Es decir, la negligencia de una empresa eventualmente responsable penalmente se constatará cuando el costo de prevención sea menor que el daño causado a la víctima por la probabilidad de su ocurrencia y aun así la persona moral continúe con la actividad potencialmente lesiva al punto de que se concrete el daño. En un caso descrito por POSNER (2014, p. 192), este dispuso sobre esta fórmula que:

Supongamos que si el  $PL$  (daño por probabilidad) de una conducta es de EU 10 y puede ser eliminado por el conductor con una reducción de la velocidad de 25 millas por hora a un costo de EU 8 y que podría ser reducida a EU 1 con la reducción de la velocidad de 5 millas por hora a un costo de EU 2. Esto implica que para reducir el  $PL$  de EU 10 a nada, le costaría al conductor EU 6 (EU 8 – EU 2), para una pérdida social de EU 5 (EU 6 – EU 1). Claramente es preferible que reduzca su velocidad solo 5 millas por hora para obtener una ganancia social de EU 7, que implica una reducción del costo esperado del accidente (EU 9), menos el costo de la precaución.

Esta fórmula tiene como requisito de interpretación que los costos sean valorados marginalmente con la ponderación de pequeños incrementos o reducciones tendientes a la prevención delictiva, hasta el punto en el que resulte socialmente eficiente. Pese a lo anterior, esta disposición no representa una ecuación completa porque, para brindar una respuesta efectiva, requiere que dentro del término «costo de prevención» se intuya que un mayor gasto implicará una más alta eficiencia en el sistema de prevención, cuestión que no es necesariamente cierta.

Empero, si el razonamiento implica que una mayor erogación de fondos (hasta el punto de equilibrio) implicará una labor de prevención más seria y completa, pues este baremo puede ser plenamente utilizable como un criterio objetivo de determinación del nivel de responsabilidad de la persona jurídica que desarrolla un programa de *compliance*. Incluso, este supuesto podría suponerse a partir de que no sería racional para ningún agente económico el invertir una cantidad superior de recursos en un plan de cumplimiento deficiente porque les resultará mejor invertir poco capital por un sistema naturalmente disfuncional.

El sistema descrito, además, arroja luces sobre las implicaciones de los perjuicios de crear un sistema con responsabilidad penal objetiva o un sistema mixto con más cercanía a este último con el que existía en el CPE hasta su modificación del año 2015. Este argumento se construye a partir de que la empresa que sea objetivamente responsable nunca logrará balancear la mencionada fórmula porque sin importar la erogación de recursos realizada para prevenir su comisión, siempre deberá responder penalmente, aunque haya ejercido un debido cuidado. Es decir, a sabiendas de que conseguir un nivel de riesgo nulo resulta imposible, si la sociedad invierte recursos de prevención, el beneficio marginal que recibirá de esta actividad no le resultará llamativo porque independientemente de ello, será condenada y, por lo tanto, no tendrá incentivos para auto organizarse de forma efectiva.

Continuando con esta línea de razonamiento y desmenuzando la fórmula anterior, en un sistema de responsabilidad penal empresarial basado en la negligencia conviene preguntar, entonces, cuándo es deseable para la empresa la imposición de un programa de cumplimiento. La respuesta a esta interrogante pasa por la contraposición del costo de la sanción, con su probabilidad de imposición y el costo del establecimiento de un programa de

*compliance*. En tal sentido, MILLER (2017, p. 9), formuló un método objetivo para analizar estos elementos bajo el siguiente supuesto: «una empresa gasta un monto de  $C$  en actividades de prevención como la imposición de un *tone from the top*. El resultado es que logra evitar la sanción  $PF$  con una probabilidad de  $Z$ . Y que la probabilidad de esta última incrementa con el gasto de cumplimiento». El costo de la violación para la empresa es, entonces, el siguiente:

$$(1 - Z) + (PF) + C$$

De lo anterior se advierte que la empresa, actuando como un ente racional, desarrollará un programa de cumplimiento cuando su costo sea menor o igual al costo de la sanción sin su existencia, o, dicho de otro modo:

$$(1 - Z) + (PF) + C \leq (PF)$$

Lo interesante de esta formulación es que su aplicación culmina, precisamente, con la *Fórmula de Hand* que fue descrita *ut supra* porque solamente una persona moral invertirá recursos y esfuerzos en cumplimiento cuando su costo sea menor que el saldo de la sanción evitada ( $B \leq PL$ ). De lo anterior se advierte que para que la norma cumpla con su misión preventiva, es necesario asegurar las siguientes dos cuestiones desde la perspectiva normativa: por un lado, que la sanción represente el costo social de la conducta y que sea internalizada por la empresa. Por el otro lado, que la creación e imposición de un plan de cumplimiento resulte de alguna forma un beneficio para la persona moral en el sentido de reducir la gravedad de la condena. Solo cuando se concatenen estos descritos elementos, verdaderamente se verá la empresa incentivada para crear un programa de cumplimiento óptimo y de efectiva aplicación. Por el contrario, ante un sistema que sólo conlleve grandes costos sin ningún beneficio actual ni potencial, conllevará a que las empresas los ignoren y se arriesguen a enfrentar las eventuales consecuencias.

Del otro lado de la misma problemática, la determinación de la sanción aplicable de parte del Estado no puede tomarse a la ligera, sino que debe partirse de las fórmulas anteriormente descritas. Esto así porque desde un sistema basado en la negligencia en el que se les exige a las empresas una debida autoorganización, en el caso de una sanción baja, la empresa tendrá que erogar recursos en un programa de cumplimiento que no le interesa sea efectivo, así como que conllevará la comisión de más conductas no deseadas ante la ausencia del efecto

disuasorio de la pena. De igual forma, una sanción ineficientemente alta devendrá sub-óptima porque desincentivará a la empresa a dedicarse a ese renglón comercial en particular, turbando así el desarrollo económico-social de forma transversal y previsiblemente congelando el libre desarrollo del mercado. La imposición de una sanción muy leve o severa tiene graves implicaciones macroeconómicas y la determinación del punto de equilibrio solo puede realizarse con criterios cuantitativos específicos como los descritos.

Es importante resaltar que la relevancia del tema desarrollado recae sobre la pregunta político-criminal de cómo conseguir el fin perseguido de forma más eficiente. Si lo que pretende el sistema como conjunto es evitar la comisión de delitos de parte de las empresas, ya hemos demostrado la justificación positiva de un sistema basado sobre la negligencia a través de la imposición de un deber de autoorganización en contraposición a un ordenamiento basado en la responsabilidad objetiva, en el que las empresas, simplemente, preferirán el riesgo a la condena antes que la seguridad de la prevención delictiva.

Por ello, el sistema adoptado por el CPE luego de la modificación del 2015 parecería instaurar un sistema eficiente de acuerdo con el fin de la norma, basándose en los siguientes puntos desarrollados por SILVA SÁNCHEZ (2014, p. 275): (i) si se desarrolló un programa de *compliance*, la empresa respeta su deber de ejercicio de cuidado y garantía sobre sus empleados al punto de que no se le puede imputar la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; (ii) si hay un programa de cumplimiento eficiente, no es sostenible argumentar la existencia de culpabilidad de parte de la persona moral; y, (iii) que el desarrollo de «un programa de cumplimiento *post delictum* atenúa la responsabilidad penal de la sociedad, su preexistencia debe excluir tal responsabilidad (*argumentum a fortiori*)».

Es opinión del presente autor que el análisis político criminal de prevención delictiva debe partir de premisas correctas con objetivos alcanzables, siempre asegurando que no resulte más costosa la disuasión que la lesión al bien jurídico del que se trate. Resulta inverosímil desarrollar un patrón normativo que presuponga una posibilidad de prevenir una totalidad de los delitos, por lo que es necesario hacer lo posible con aquellos recursos que la razón humana ha desarrollado hasta la sociedad contemporánea. Como se ha demostrado a lo largo de la presente investigación, la responsabilidad penal de la persona jurídica es una realidad cuya normativización ha sido sujeto de polémica por razones más que justificadas, pero partiendo

de los principios y formulaciones aquí descritas, la forma en la que el CPE respondió a esta necesidad con un sistema intermedio de negligencia, en el que los programas de cumplimiento reducen el costo social del delito y el costo interno de la empresa hipotéticamente delinciente, resulta ser económica y jurídicamente eficiente ante la ponderación del método para conseguir el fin.

## 5. Conclusiones

Como se indicó al inicio de la presente investigación en el desarrollo de objetivos, lo que se pretendía era hacer un estudio positivo de la imposición de responsabilidad penal a la persona jurídica en España a partir de la novedosa área del análisis económico del derecho. Para ello fue necesario evaluar desde el significado que tiene el delito para la economía, la necesidad político-criminal de que la empresa responda penalmente por sus hechos; y, la forma más eficiente en la que se podía cumplir con el objetivo de disuasión que fue impuesto. Luego de valorar pormenorizadamente cada una de estas conclusiones, se advierten las siguientes conclusiones:

**PRIMERO:** La aplicación del análisis económico del derecho responde no a un objeto de estudio sino a un método, mediante el que se pretenden subsumir criterios de eficiencia en la distribución de recursos finitos de una forma en la que resulte socialmente relevante. En tal sentido, el Derecho pretende influenciar el comportamiento de los individuos de una forma en la que resulte deseable para la colectividad, por lo que el análisis económico del derecho pondera la creación de incentivos a través de externalidades positivas y negativas para conseguir el fin que se haya propuesto, partiendo de una concepción del delincuente como un agente racional que pretenderá maximizar sus beneficios. A partir de la teoría económica, no resulta socialmente eficiente ni deseable la disuasión de todos los delitos cometidos, por lo que resulta conveniente permitir su existencia hasta un cierto punto de equilibrio. Este razonamiento se sostiene en que el incremento de la probabilidad de aprehensión conlleva, necesariamente, una mayor inversión de recursos, por lo que su aplicación en el caso de conductas cuyo daño es menor al costo de su prevención, no conviene desplegar tal esfuerzo.

**SEGUNDO:** El Derecho Penal General fue construido, históricamente, desde una postura antropocéntrica con el individuo como punto de inflexión. Empero, el desarrollo contemporáneo ha conllevado al nacimiento de una necesidad de expansión de este principio al resto de los agentes que juegan un papel en el desenvolvimiento social, con plena participación social, civil, política y criminal. Por ello, la responsabilidad penal de la persona jurídica responde a una necesidad político-criminal que debe moldear la teoría del delito para amparar nuevas figuras, en lugar de restringir su desarrollo y dejar en un limbo jurídico a las nuevas necesidades sociales.

**TERCERO:** Desde una perspectiva del análisis económico del derecho, la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene como finalidad la disuasión de conductas lesivas socialmente cometidas por las empresas. Este fin solo puede ser conseguido cuando la utilidad esperada del delito no supera la obtenida invirtiendo ese mismo tiempo y recursos en actividades lícitas. Esta premisa parte de la visualización de la empresa delincuente como un ente absolutamente racional que solo pretende maximizar sus propios beneficios, cuestión que si bien es cierto es la principal crítica a esta área de estudio, no es menos cierto que no puede ser ponderada en igual medida en el caso de las personas morales porque el fundamento de su existencia es, precisamente, la exacerbación de beneficios económicos.

**CUARTO:** Es un principio del análisis económico del derecho el que una norma eficiente debe inducir a las empresas a internalizar los costos sociales de su actividad, por lo que la pena imponible debe valorar no solo el daño de la conducta sino el costo de su sanción y reparación. Solo en este caso en el que una persona moral no solo vea la conducta delictiva como un hipotético beneficio, sino que se le haga responder por el mismo valor del daño que causó, esta se verá disuadida de desplegar una conducta contraria a derecho.

**QUINTO:** La valoración normativa que debe realizarse para asegurar que una norma penal sea eficiente recae sobre dos elementos, por un lado, la probabilidad de aprehensión y por el otro, la sanción sobre la ofensa. Una de las justificaciones de responsabilizar penalmente a la empresa por la conducta lesiva es la dificultad material de investigación existente por los patrones de división de responsabilidades, cuestión que conlleva a altos índices de impunidad empresarial. Por ello, el diseño del art. 31.1 Bis del CPE otorga incentivos a las empresas para que colaboren con este fin a través de la creación y aplicación de programas de cumplimiento que impidan la comisión de delitos en el seno de la sociedad o que, en caso de cometerse, sean debidamente sancionados con una menor erogación de recursos.

**SEXTO:** La forma en la que se desarrolló la responsabilidad de la persona jurídica en España requiere asumir una postura de apoyo a la nueva tendencia de la autorregulación regulada, que se sostiene en la imposibilidad del Estado de controlar todas las áreas comerciales eventualmente regulables sin faltar en su misión, por lo que delega esta función en las empresas que se encuentran en una posición funcionalmente más conveniente para tales fines. En el caso de la presente investigación, se delega sobre las personas morales la posibilidad de descubrir y sancionar delitos, así como de establecer sistemas de prevención

que eviten su ocurrencia, otorgando además beneficios de diferentes naturalezas por el comportamiento apegado a derecho.

Como fue explicado a partir de una modificación del *dilema del prisionero*, a la empresa y al Estado le conviene la creación de un sistema de mutua confianza para la ejecución de cada una de sus funciones porque es la modalidad que arroja el beneficio marginal más alto. Con el sistema delineado por el art. 31.1 Bis del CPE, el Estado recibe el beneficio de no tener que inmiscuirse en la complicada vida *intra* societaria de la persona moral para descubrir comportamientos delictivos y las empresas se ven incentivadas a acatar la norma ante los beneficios existentes de exención o atenuación de la pena.

**SÉPTIMO:** La responsabilidad objetiva de la persona moral no resulta ser la opción más eficiente porque la sociedad nunca se verá incentivada ni a cuidar su comportamiento ni a desarrollar programas de cumplimiento, por lo que un sistema basado sobre la negligencia resulta ser el más convincente. Es necesario crear externalidades positivas para que las empresas se vean incentivadas a invertir fondos en la implantación y ejecución de programas de cumplimiento que sean verdaderamente eficientes. Como las empresas son maximizadoras naturales de beneficios, la norma debe tender a que resulte más barato su cumplimiento que su desacato, no solo imponiendo penas más altas (externalidades negativas), sino estableciendo beneficios como la exención o atenuación de la pena (externalidad positiva). En el caso del art. 31.1 Bis del CPE, esto se ve refrendado con los beneficios otorgados en caso de una debida autoorganización empresarial a través de un programa de *compliance*.

**OCTAVO:** La determinación de la negligencia de una persona moral puede determinarse utilizando la *Fórmula de Hand*, mediante la que se valora que una empresa no habrá cumplido con su deber de cuidado cuando la probabilidad del daño el costo de la precaución ( $B$ ) sea menor al daño ( $L$ ) por su probabilidad ( $P$ ). Por lo que en todo caso en el que, asumiendo que una mayor inversión de recursos conllevará un plan de prevención más efectivo, la erogación de recursos realizada no corresponda con el daño causado y su previsibilidad, pues la persona moral debe ser penalmente responsable de su conducta.

**NOVENO:** Es necesario crear externalidades positivas para que las empresas se vean incentivadas a invertir fondos en la implantación y ejecución de programas de cumplimiento que sean verdaderamente eficientes. Como las empresas son maximizadoras naturales de beneficios, la norma debe tender a que resulte más barato su cumplimiento que su desacato,

no solo imponiendo penas más altas (externalidades negativas), sino estableciendo beneficios como la exención o atenuación de la pena (externalidad positiva).

## Referencias bibliográficas

### Fuentes normativas

Ley orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código penal. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de noviembre de 1995, núm. 281, p. 33987. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>

Real Decreto 14/1882, de 17 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 260. Disponible en:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Circular 1/2016, del 22 de enero de 2016, sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas conforme a la Reforma del Código Penal. *Fiscalía General del Estado*. Disponible en:

<https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2016/09/Circular-sobre-la-Responsabilidad-Penal-de-las-Empresas.pdf>

### Jurisprudencia

Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, sentencia núm. 3430/2020, del 22 de octubre de 2020. Ponente: Dra. Susana Polo García. ECLI:ES:TS:2020:3430.

Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, sentencia núm. 3201/2020, del 8 de octubre de 2020. Ponente: Dr. Eduardo de Porrez Ortiz de Urbina. ECLI:ES:TS:2020:3201.

Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, sentencia núm. 316/2018, del 28 de junio de 2018. Ponente: Dr. Vicente Magro Servet. ECLI: ES:TS:2018:2498.

Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, sentencia núm. 516/2016, del 13 de junio de 2016. Ponente: Dr. Andrés Martínez Arrieta. ECLI:ES:TS:2016:2616.

Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, sentencia núm. 221/2016, del 16 de marzo de 2016. Ponente: Dr. Manuel Marchena Gómez. ECLI:ES:TS:2016:966.

Tribunal Supremo – Sala Segunda de lo Penal, sentencia núm. 154/2016, del 29 de febrero de 2016. Ponente: Dr. Jose Manuel Meza Martín. ECLI:ES:TS:2016:613.

### Doctrina española

ALFARO ÁGUILA-REAL, J. «Los juristas - españoles - y el análisis económico del derecho». *Revista para el Análisis del Derecho*. 2007, núm. 1, pp. 1-13 [consulta: mayo 2022]. ISSN: 1698-739X. Disponible en:

<https://www.uv.es/vjaime/Analisis%20derecho/Temas%20finales/Los%20juristas%20espanoles%20y%20el%20AED.pdf>

AGUILERA GORDILLO, R. Compliance penal: régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance penal. Director: Dr. José Manuel Palma Herrera. Universidad de Córdoba, Departamento de Derecho Civil, Penal y Procesal, Córdoba, 2018. [consulta: 29 de marzo de 2022]. Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/16714/2018000001783.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

DE URBINA, I. «Análisis económico y delito: lo que hay y lo que puede haber». *Universidad Complutense de Madrid*. 2015, núm. 398, pp. 55-64 [consulta: 12 de abril de 2022]. ISSN 0422-2784. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5405255>

DE URBINA GIMENO, Íñigo Ortíz. «Análisis económico del derecho y política criminal». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 2004, núm. Extraordinario 2. Pp. 31-73. [consulta: 31 de mayo de 2022] ISSN: 1132-9955. Disponible en:

<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2004-extra2-5030&dsID=Documento.pdf>

GALLEGO SOLER, J. «Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales». Pp. 195-226. En: HORTAL IBARRA, Juan Carlos y VALIENTE IBÁÑEZ, Vicente. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance: programa de prevención, detección y reacción penal*. Madrid: Edisonfer, S.L., 2014.

GARCÍA AMADO, J. A. «Derecho Penal y Análisis Económico del Derecho. ¿Vale la pena lo que cuesta?». *Estudios contemporáneos de teoría y dogmática jurídica en iberoamérica*. 2020, Pp. 57-113. [consulta: 5 de junio de 2022]. Disponible en:

[http://derecho.posgrado.unam.mx/site\\_cpd/public/publis\\_cpd/libro1\\_digital.pdf](http://derecho.posgrado.unam.mx/site_cpd/public/publis_cpd/libro1_digital.pdf)

GÓMEZ-JARA, C. *Derecho Penal Económico y autorregulación*. Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional, 2016.

JUÁREZ, F. «Análisis económico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas». *Fundación Internacional de Ciencias Penales*. 2016 [consulta: 3 de abril de 2022]. Disponible en:

<https://ficip.es/wp-content/uploads/2016/11/Juárez-Vasallo-Análisis-económico-de-la-responsabilidad-penal.pdf>

MIR, S. *Derecho Penal parte general*. 8va. Ed. Reppertor: Barcelona, 2006.

MONTANI, E. «Crímenes económicos, Derecho Penal y Economía: prueba de diálogo». *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*. 2014, núm. 18, pp. 909-936. [consulta: 31 de marzo de 2022]. Disponible en:

[http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an\\_2013\\_02.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2013_02.pdf)

MUÑOZ, F. *Teoría general del delito*. 4ta. Ed. Tirant lo Blanch: Valencia, 2007.

NIETO MARTÍN, A. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal». *IUSTEL*. 2008, núm. 1, pp. 125-159. [consulta: 2 de junio de 2022]

ISSN: 1850-9118. Disponible en:

<https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/09/21responsabilidad-penal.pdf>

NIETO MARTÍN, A. «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa». *Revista Electrónica Semestral de Política Públicas en Materias Penales*. 2008, núm. 5. [consulta: 2 de junio de 2022] ISSN-e 0718-3399.

Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2712397](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397)

PASTOR, N. «Consumación, desistimiento y reparación en los delitos patrimoniales», pp. 119-145. En: RAGUÉS I VALLÈS, R. *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho Penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018.

RAGUÉS, R. y ROBLES, R. *Delito y empresa: estudio sobre la teoría del delito aplicada al Derecho Penal Económico-Empresarial*. Ed. Atelier Libros: Barcelona, 2018.

RANDO, P. *La distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador: un análisis de política jurídica*. Tirant lo Blanch, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: Edisofer, S.L. 2014.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La evolución de la posición de deber del Consejo de Administración. Una Observación desde la cultura del *compliance*», pp. 43-56. En: RAGUÉS I VALLÈS, R. *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho Penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. «La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática», pp. 231-254. En: RAGUÉS I VALLÈS, R. *Delito y empresa: estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho Penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. «Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español». *Centro de Investigación interdisciplinaria en Derecho Penal Económico* [en línea]. 2010 [consulta: 3 de abril de 2022].

Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area1/Z%20Espinar.pdf>

ZUGALDÍA ESPINAR, J. «Vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el moderno derecho penal. Requisitos sustantivos y procesales para la exigencia de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas». *Revista Canaria de Ciencias Penales*. 2001, núm. 1.

### **Doctrina internacional**

BALCARCE, F. y BERRUEZO, R. *Criminal compliance y personas jurídicas*. Ed. B de F: Buenos Aires, 2019.

BATTISTA, A. y MARCIANO, A. *Encyclopedia of law and economics*. Ed. Springer Reference: Nueva York, 2019.

BECKER, G. *Crime and Punishment: an economic approach*. Ed. NBER: Chicago, 1974. [consulta: 15 de febrero de 2022]. Disponible en:

<https://www.nber.org/system/files/chapters/c3625/c3625.pdf>

BENTHAM, J. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation*. 1781. Ed. Batoche Books. [consulta: 2 de mayo de 2022] Londres, 2000. Disponible en:

<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>

CHALFIN, A. y McCrary, J. «Criminal Deterrence: a review of the literature» [en línea]. *Journal of Economic Literature*. 2017, 55 (1), 5-58 [consulta: 1 de mayo de 2022]. Disponible en:

[https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4212&context=faculty\\_scholarship](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4212&context=faculty_scholarship)

COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6ta. Ed. California: Addison-Wesley, 2012.

DOMÉNECH, G. «Por qué y cómo hacer análisis económico del derecho». *Revista de Administración Pública*. 2014, núm. 195, pp. 99-133. [consulta: 23 de abril de 2022] ISSN 0034-7639, núm. 195: Madrid, 2014. Disponible en:

<http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-administracion-publica/numero-195-septiembre-diciembre-2014/por-que-y-como-hacer-analisis-economico-del-derecho-2>

FEIJOO, B. *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico*. 1ra. Ed. Ed. B de F: Buenos Aires, 2009.

HERNÁN GOLDMAN, D. «Naturaleza jurídica y sentido económico de la responsabilidad penal» de las personas jurídicas en Argentina. Reflexiones en relación a la Ley N° 27.401». *Revista de la Facultad de Derecho de México* [en línea]. 2018, núm. 272-1. [consulta: 12 de abril de 2022].

Disponible en:

<http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/67624/59312>

HERNÁN GOLDMAN, D. «Bases para el análisis económico de los sistemas de compliance penal». *Revista Ius et Veritas*. 2018, núm. 57. [consulta: 28 de marzo de 2022] ISSN 2411-8834.

Disponible en:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/20737/20507>

HYLTON, K. «Economic Theory of Criminal Law». *Oxford University Press*, 2019, núm. 19-9. [consulta: 28 de mayo de 2022]. Disponible en:

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3382512](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3382512)

KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTIZ DE URBINA, Í. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2013.

LÓPEZ, G. «The great majority of violent crime in America goes unsolved». *Vox*. 1 de marzo de 2017. Disponible en: <https://www.vox.com/policy-and-politics/2017/3/1/14777612/trump-crime-certainty-severity>

MICELI, T. *Contemporary issues in Law and Economics*. 1era. Ed. Routledge: Nueva York, 2018.

MILLER, G. «An economic analysis of effective compliance programs». *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing, New York University School of Law, Law & Economics research paper series*. 2017, núm. 14-39 [consulta: 10 de junio de 2022]. Disponible en:

en:

[https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/events/colloquium/law-economics/documents/2017\\_spring\\_miller\\_compliance.pdf](https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/events/colloquium/law-economics/documents/2017_spring_miller_compliance.pdf)

ODED, S. «Inducing corporate compliance: a law and economics analysis of corporate liability regimes». *Instituto de Rotterdam para el Análisis Económico del Derecho*. 2010, núm. 1009/05 [consulta: 22 de marzo de 2022]. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/0q4081d5>

PLASCENCIA, R. *Teoría del delito*. 3ra. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México: Ciudad de México, 2004.

POSNER, R. «An economic theory of the Criminal Law». *Columbia Law Review*. 1985, Vol. 85, núm. 6, pp. 1193-1231). [consulta: 29 de abril de 2022]. Disponible en: [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2827&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2827&context=journal_articles)

POSNER, R. *Economic Analysis of Law*. 9na. Ed. Wolters Kluwer: Nueva York, 2014.

RASKOLNIKOV, A. «Deterrence Theory: Key Findings and Challenges». *Cambridge University Press* [en línea]. 2021, núm. 610 [consulta: 28 de marzo de 2022]. Disponible en: [https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3580&context=faculty\\_scholarship#:~:text=deterrence%20theory%20posits%20that%20when,deters%20individuals%20by%20imposing%20sanctions](https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3580&context=faculty_scholarship#:~:text=deterrence%20theory%20posits%20that%20when,deters%20individuals%20by%20imposing%20sanctions).

## Listado de abreviaturas, acrónimos y siglas

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CPE	Código Penal español
C.E.	Constitución española
LO	Ley Orgánica
STS	Sentencia del Tribunal Supremo