

# **ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.**

*Francisca Juárez Vasallo*  
*Magistrado Suplente de la Audiencia Provincial de Ávila*

## **RESUMEN**

El Análisis Económico del Derecho ha sido una doctrina que no ha calado hondo en la ciencia jurídica española; a pesar de ello su método para analizar algunas leyes e instituciones jurídicas resulta interesante y práctico ya que permite optar por aquellas que resulten más eficientes. Partiendo de una breve introducción al AED, se pasa a examinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, su desarrollo legislativo en los últimos años y la idoneidad de su exigencia desde el punto de vista económico, con especial referencia a la pena de multa como la más óptima para conseguir los objetivos de eficacia y eficiencia.

## **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO
- II. EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL DERECHO PENAL
- III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015.
- IV. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA PENA DE MULTA.

## **I.- INTRODUCCIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO**

El impacto de la economía en la regulación de las leyes y las instituciones jurídicas ha interesado a menudo a economistas y juristas pero no fue hasta la década de los sesenta que se consolidó como fruto de estudio de la ciencia económica. El origen del actual “Análisis Económico del Derecho”, en adelante AED, podría situarse en el trabajo de Ronald H. Coase (1937) y en un conjunto de economistas de la Universidad de Chicago, a cuyo frente se sitúa Aaron Director. En el año 1958 apareció el *Journal of*

*Law and Economics*, primera revista especializada en la materia, fruto de trabajos realizados por el propio Director, Coase, Bork, Posner, Landes, Epstein o Easterbrook, entre otros. En sus inicios el AED se limitaba a analizar las instituciones jurídicas utilizando parámetros utilizados para el análisis de los mercados. Más adelante aplican la teoría económica al núcleo mismo del derecho, incluso al derecho penal, e incluyen conceptos como la propiedad y la teoría de los contratos.

En la revista *Journal of Law of Economics* se publica, en 1960, el artículo “*The problem of social cost*”<sup>1</sup>, considerado el artículo más citado de la literatura económica, que establece los fundamentos de la moderna teoría económica de los derechos de propiedad. En dicho artículo se contiene lo que se ha dado en llamar “Teorema de Coase”, embrión del AED, por el que se le concede el Premio Nobel de Economía en 1991. Coase sostiene que el problema económico básico de la sociedad es un problema de eficiencia: dar el mejor uso posible a los recursos disponibles. Argumenta que si viviéramos en un mundo sin costes de transacción, la gente negociaría unos con otros para producir una distribución más eficiente de los recursos, independientemente de la asignación inicial. Si las partes pueden llegar a un pacto de beneficio mutuo, las reglas legales serían irrelevantes para la maximización de la producción. Pero cuando los costes de transacción son excesivamente altos, como en el caso de las externalidades ambientales, se cierra el camino a la negociación y resulta imposible alcanzar por esta vía la combinación óptima de derechos que permitirá corregir el efecto externo. Cuando no es viable la negociación, la intervención estatal puede estar justificada. En un mundo donde existe la competencia perfecta, la información perfecta y cero costes de transacción, la asignación de recursos en la economía será eficiente y no se verá afectada por las normas legales. En definitiva, el teorema de Coase nos advierte sobre las conexiones entre el sistema jurídico y el sistema económico, poniendo de relieve hasta qué punto un inadecuado desarrollo legislativo puede generar la presencia de fallos de mercado y, por ello, asignaciones ineficientes.

Otro teórico del AED, Guido Calabresi<sup>2</sup>, escribió en 1961 un artículo titulado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. En él se aborda un análisis

---

<sup>1</sup> COASE, R. fue un economista y abogado británico, profesor emérito en la Universidad de Chicago. Recibió el Premio Nobel de economía en 1991.

<sup>2</sup> CALABRESI, G. Fue profesor de Yale y Juez de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos.

económico de la eficiencia de las normas de responsabilidad civil. El estudio culmina en 1970 con la publicación del libro *The Cost of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Calabresi diferencia tres tipos de costes en los sistemas de responsabilidad civil: 1º El coste de los accidentes que comprende no sólo los derivados de los daños a las personas y a las cosas sino también los costes de prevención del accidente. 2º Los costes secundarios o costes económicos del sistema. 3º. Los costes administrativos. Según Calabresi, los objetivos del sistema de responsabilidad civil son tres: la minimización de los costes del daño, el reparto de los costes secundarios entre todos los individuos de la sociedad de la forma menos gravosa y, por último, la minimización de los costes administrativos. La meta económica del sistema de responsabilidad civil es arbitrar un método que permita minimizar los costes sociales de los accidentes (suma de los costes del daño causado por el accidente y los costes administrativos).

El análisis económico de la responsabilidad civil y de los accidentes es uno de los campos más prolíficos del AED. Autores como Grady, Kahan, Calfee, Posner, Landes, Weiler, Viscusi, Gómez-Pomar en España y Steven Shavell, entre otros, han dedicado grandes esfuerzos a su estudio.

Otro giro más en el AED lo realiza Gary Becker<sup>3</sup>, al plantearse analizar con instrumentos económicos conductas ajenas al mercado, tales como el delito, la discriminación o instituciones familiares como el divorcio.

El artículo *Crime and Punishment: an Economic Approach* publicado en 1968<sup>4</sup>, es uno de los puntos de partida de la teoría económica del delito y pretende predecir el comportamiento delictivo. Esta teoría sostiene que el delincuente compara el beneficio de cometer un delito con el coste o daño que supone el castigo que el derecho penal tiene previsto para ese delito. Elabora así una teoría del castigo óptimo. Esta teoría analiza los costes que el delito genera a la sociedad y los costes de represión o disuasión del delito, planteándose como objetivo la minimización de la suma de ambos costes.

---

<sup>3</sup> BECKER G.S. fue un prominente economista americano, profesor en la Universidad de Chicago y Columbia, destacado por ampliar el campo del análisis microeconómico a comportamientos humanos fuera del mercado. Fue premiado con el Nobel de Economía en el año 1992.

<sup>4</sup> Publicado en 1968 en la revista *Journal of Political Economy*.

En 1981, Becker publica *Tratado sobre la familia*. En él afronta el análisis económico de la familia: matrimonio, divorcio, adopción, etcétera, partiendo de una función de utilidad neoclásica, incluyendo variables como los hijos o el altruismo.

Otros premios Nobel de Economía han realizado aportaciones significativas al campo del Análisis Económico del Derecho y las Instituciones. George Stigler, Nobel en 1982, estudió las causas y los efectos de la regulación pública. James Buchanan, en 1986, desarrolló las bases constitucionales y contractuales para la teoría económica y el proceso político de toma de decisiones. Douglass C. North recibió el Nobel en 1993 por su contribución al análisis histórico del papel de las instituciones en el desarrollo económico de las naciones, especialmente las de naturaleza legal vinculadas a la definición y aseguramiento de los derechos de propiedad.

En nuestro país, el AED no tuvo inicialmente una gran aceptación tanto por economistas como por juristas. No obstante, en la actualidad abundan los libros, artículos, conferencias y cursos relacionados con el estudio de la materia. Autores como Pastor, S.<sup>5</sup> y Pintos, J. señalan que en España el interés por el AED es reciente, 1980, y el número de investigadores es pequeño, aunque destacan nombres como Jesús Alfaro, Aguila-Real, Francisco Cabrillo, Fernando Gómez-Pomar, el propio Santos Pastor o Cándido Paz-Ares, entre otros.

En resumen, podríamos decir que el AED estudia de forma específica el sistema y las normas jurídicas bajo una triple perspectiva, que incluye aspectos positivos y normativos:

- el **análisis positivo** se centraría en describir las consecuencias previsibles de las normas, los incentivos y desincentivos que se derivan de las mismas y por qué unas normas elevan la eficiencia del sistema más que otras creando incentivos para que los agentes actúen de una manera y no de otra. Esta metodología ofrece así a los jueces y legisladores un método tanto para evaluar la eficiencia de las normas como los efectos en la distribución de la renta y la riqueza de la aplicación de las leyes.

- De otro, el **análisis normativo** estudiaría la relación entre medidas y fines, bien para analizar la eficacia de las distintas normas de cara a la obtención de unos determinados fines prefijados, bien para analizar el grado de cumplimiento de uno o varios objetivos y establecer qué medidas serían convenientes para mejorar el mismo.

---

<sup>5</sup> PASTOR, S., *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 88.

## II.- EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO Y EL DERECHO PENAL.

El análisis económico del derecho penal es una de las ramas de más temprana aparición dentro del AED, así como una de las que más actividad ha generado. Su principal artífice fue Gary Becker. En efecto, cuenta Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno<sup>6</sup> que en algún momento de los años sesenta, llegando tarde a un examen oral en la Universidad de Columbia, Gary Becker comenzó a hacer cábalas sobre los costes y los beneficios asociados con las opciones, respectivamente, de buscar un aparcamiento legal de pago y de infringir la ley aparcando ilegalmente el coche en la calle. Tras calcular la probabilidad de recibir una multa, la magnitud de la misma y el precio del aparcamiento, Becker decidió correr el riesgo y aparcar ilegalmente su coche. Tal vez espoleado por su éxito como delincuente racional, puesto que no fue multado, Becker publica su ya clásico artículo sobre la materia<sup>7</sup> y con él nacía el análisis económico de la política criminal.

Becker estructura su estudio en torno a dos puntos: a) el estudio de la decisión de delinquir y b) el de la eficiencia en la asignación de los recursos en la prevención del delito.

En lo que atañe a la decisión de delinquir, se parte de la premisa de que un sujeto comete un crimen si le reporta una utilidad que supera la que obtendría usando su tiempo y recursos en otras actividades. De lo que se colige que algunas personas se convierten en “criminales” porque esa opción es más ventajosa que otras, basándose en un análisis de costes y beneficios. De este modo, Becker construye una función que pone en relación el número de delitos que comete un sujeto con su probabilidad de condena, con el castigo que se le impondrá en caso de ser condenado y con otras variables, como puedan ser la renta proveniente de otras actividades o su predisposición a cometer un acto ilegal.

---

<sup>6</sup> En su artículo: *Análisis Económico del delito: lo que hay y lo que puede haber*, Revista Economía Industrial n 398. Universidad Complutense. 2015, pág. 55.

<sup>7</sup> *Crime and Punishment: An Economic Approach*, publicado en Chicago Studies in Political Economy, University of Chicago Press. 1968.

En cuanto a la eficiencia en la asignación de los recursos en la prevención del delito, Becker se pregunta cuántos recursos y cuánto esfuerzo punitivo debería utilizarse en una sociedad o, de forma más burda, cuántos delitos deben permitirse o cuántos criminales pueden dejar de ser castigados. Es la formulación de la minimización del coste social del delito, entendiendo éste como la suma del daño que causa el delito y los costes de su prevención. El objetivo es lograr una distribución de recursos que permita que el último euro gastado en una medida arroje el mismo saldo preventivo que el gastado en las demás. Si éste no es el caso, convendrá transferir recursos de un programa a otro. Decía Becker que “un incremento en la renta proveniente de las actividades legales o una mayor disposición a obedecer la ley debido, por ejemplo, a la educación reduciría el incentivo a iniciar actividades ilegales y por tanto el número de delitos”<sup>8</sup>.

Por otro lado, el AED llega a la conclusión de que la sanción más eficiente es una pena muy grave acompañada de una probabilidad de imposición muy baja. Ello es así porque para la disuasión es esencial que la sanción amenazada suponga un coste esperado superior al beneficio esperado del delito y ese coste esperado viene determinado fundamentalmente por la gravedad de la sanción y su probabilidad de imposición efectiva. El nivel de disuasión podemos mantenerlo bien incrementando la gravedad de la sanción o bien incrementando la probabilidad de imposición. Sin embargo, el coste de las dos variables es distinto. Por ejemplo, para alterar el porcentaje de condenas habría que invertir más en efectivos policiales y judiciales, y ello supondría un gran coste para el erario público. Sin embargo, los costes asociados al incremento de la dureza de la sanción no parecen tan elevados: todo lo que hay que hacer es reunir a un número suficiente de parlamentarios que voten a favor de dicho incremento (las penas de prisión más largas supondrán un incremento de los costes de ejecución, pero éste se verá compensado por el menor número de personas que ingresará en la cárcel). Siguiendo esta lógica la pena ideal desde el punto de vista de la eficiencia es una sanción extremadamente grave con una probabilidad de imposición extremadamente baja.

---

<sup>8</sup> BECKER, G. «Crime and Punishment: An Economic Approach». En Stigler (ed.): *Chicago Studies in Political Economy*, University of Chicago Press, (1988), pág. 546.

Sin embargo, el AED se enfrentaba a otras disciplinas jurídicas como la Criminología. Mientras para el AED la capacidad de elección racional del delincuente explicaba la disuasión como estrategia de prevención, para la Criminología las personas tenían márgenes de decisión pero se veían constreñidas también por circunstancias sociales o personales que disminuían de forma igualmente decisiva las posibilidades de disuasión.

En 1975 apareció un estudio de un discípulo de Becker, Isaac Ehrlich, sobre la pena de muerte, que afirmaba que cada ejecución disuadía de 7 a 8 homicidios. Este estudio supuso el triunfo de la teoría de la elección racional. Aunque hubo otros autores que negaron esa teoría: “los estudios disponibles no aportan pruebas útiles sobre el efecto disuasorio de la pena de muerte” Blumstein/Cohen 1978, ésta cobro fuerza durante los últimos años del siglo XX. Sin embargo, estudios posteriores de autores como Donohue/Wolfers, 2005, acreditaban la existencia de numerosos defectos metodológicos en los estudios de Ehrlich. Donohue propone pasar de un modelo Beckeriano a un modelo Beccariano<sup>9</sup> de análisis económico del delito, que recoja con claridad la mayor relevancia que para la disuasión tiene la probabilidad en comparación con la gravedad porque considera que las penas muy elevadas con baja probabilidad de imposición resultan contrarias al principio de proporcionalidad. Ello situaría al análisis económico del delito dentro de los límites de lo política y jurídicamente factible.

En cuanto a la prevención del delito, la evaluación de costes y beneficios resulta imprescindible para poder decidir cuántos recursos han de dedicarse a la política criminal frente a otras políticas públicas como para poder escoger entre las múltiples medidas preventivas y para optar entre medidas del mismo tipo. También los estudios sobre las medidas de resocialización son los que más análisis coste-eficacia y coste-beneficio han suscitado.

En definitiva, el análisis económico del delito ha supuesto novedosas aportaciones sobre el tema, en especial sobre la elaboración de políticas públicas de prevención del delito que permitan guiar la elección entre múltiples políticas preventivas con costes y beneficios diversos. Ortiz de Urbina Gimeno opina que, el

---

<sup>9</sup> BECCARIA, C.: Filósofo, jurista y economista italiano. Su libro *De los delitos y las penas*, publicado en 1764 propugna el principio de proporcionalidad de las penas y el de que ningún hombre puede disponer de la vida de otro.

AED deberá desprenderse de su fijación con la disuasión como única medida de prevención y prestar más atención a otras disciplinas.

### **III.- LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA L.O. 1/2015, DE 30 DE MARZO.**

La introducción de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Código Penal español se ha llevado a cabo de forma progresiva. El primer paso lo supuso ya el CP de 1995 cuando introdujo las llamadas “consecuencias accesorias” del art. 129 CP. El segundo paso vino de la mano de la ley 15/2003, al incorporar un segundo apartado al artículo 31 del CP, aunque lo cierto es que éste apenas tuvo eficacia ya que, *de facto*, constituía una mera obligación civil de pago de una multa de naturaleza penal. También se modificó levemente el art. 129 CP y, en la parte especial, se imponían multas a sociedades u organizaciones involucradas en actos de tráfico de drogas, además del comiso y otras consecuencias accesorias. La doctrina consideró que las modificaciones del Código iban orientadas, más que a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a hacer soportar de algún modo a la entidad las consecuencias, fundamentalmente económicas, de la responsabilidad penal de la persona física<sup>10</sup>.

La LO 5/2010, de 22 de Junio, introdujo el art. 37 bis y con él se dio entrada de manera definitiva a la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, esta nueva regulación de la responsabilidad fue muy criticada, al considerarse por algunos autores que era una responsabilidad vicarial, o de naturaleza indirecta, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere. Parecía entenderse que las personas físicas, de algún modo, son el cerebro de la persona jurídica y sus comportamientos los de aquélla y, en ese entendido, la corporación debe responder por ellos<sup>11</sup>. Otros entendieron que era una responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica.

---

<sup>10</sup> Según lo afirma PONCELA GARCÍA, J.A., Magistrado y autor del artículo *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*” en Cuadernos Digitales de Formación, nº 33. 2015.

<sup>11</sup> Así lo entendió la propia Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011 (apartado III.1)



Por otro lado, se añadió un apartado 7 al art. 33, se sumaron al catálogo de penas las imponibles a las personas jurídicas y se establecieron en el art. 66 bis reglas para su aplicación conforme a las circunstancias concurrentes, así como previsiones para la ejecución de la pena de multa en estos casos (art. 53.5), normas específicas (disolución, transformación, fusión, absorción y escisión) acerca de la extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.2) y sobre la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 116.3).

El artículo 129 quedó reservado en esta reforma del Código Penal a disponer sobre los *“delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código”*. En estos casos, podían imponerse ciertas consecuencias accesorias con el contenido de determinadas penas relacionadas en el artículo 33.7, con la posibilidad, incluso, de anticipar algunas como medidas cautelares.

La Ley excluía de la responsabilidad penal a determinadas personas jurídicas, con la salvedad de que se tratara de *“una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”*; pero, posteriormente, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, modificó el precepto para sacar de la exclusión a *“los partidos políticos y sindicatos”*, que desde entonces están expuestos a la declaración de responsabilidad penal como la generalidad de las personas jurídicas.

La L.O. 1/2015, de 30 de Marzo, modifica también algunos artículos del CP relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ya en la Exposición de Motivos se nos alerta de que el motivo de la reforma (en este tema) es delimitar el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. De este modo, se amplía extraordinariamente el ámbito de lo que en la anterior regulación quedaba reducido a una simple circunstancia atenuante *ex post facto* (*“haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”*, art. 31 bis 4.d), introduciendo la previsión de los llamados programas de *compliance* o de “cumplimiento normativo” y, con los mismos, circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal que antes no estaban expresamente reguladas. Esta novedad es, sin duda, la más comentada por la doctrina.

La reforma operada por la LO 1/2015, tiene un alcance limitado y no altera las líneas básicas del sistema impuesto por la LO 5/2010. Sus características son:

1. Se trata de un sistema de responsabilidad criminal directa.

2. Es un sistema de responsabilidad criminal acumulativa, lo que quiere decir que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, ni a la inversa.
3. El sujeto activo del delito es limitado. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es aplicable al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas empresariales, a las organizaciones de derecho público, ni a aquéllas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas (art. 31 quinquies.1). Si tendrán responsabilidad penal los partidos políticos, los sindicatos y las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.
4. Solo se puede exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas respecto de un reducido número de delitos previstos en el Código Penal. Son: Tráfico ilegal de órganos humanos (156 bis), trata de seres humanos (177 bis), prostitución y corrupción de menores(189 bis), descubrimiento y revelación de secretos (197 quinquies), estafa (251 bis), insolvencias punibles (258 ter), daños informáticos (264 quater), delitos contra la propiedad intelectual, industrial, el mercado y los consumidores y delitos de corrupción en los negocios (288), blanqueo de capitales (302.2), financiación ilegal de partidos políticos (304 bis), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis), delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo (319), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (328), delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes (343), delitos de riesgo relativos a las sustancias que pueden causar estragos (348), delitos alimentarios y farmacológicos (366), tráfico de drogas (369 bis), falsificación de moneda (386), falsificación de tarjetas y cheques de viaje (399 bis), cohecho (427 bis), tráfico de influencias (430), provocación al odio (510 bis) , criminalidad organizada (570 quater), financiación del terrorismo (576) y contrabando (2.6 de la L.O. 12/1995, reformada por la L.O. 6/2011).

#### **IV.- AED Y RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA MULTA.**

Ya se dijo que el método del AED realiza un análisis normativo y otro positivo del Derecho. El primero parte del presupuesto de que los sujetos son racionales, el segundo se centra en la eficiencia de las posibilidades de actuación, en el sentido de racionalidad instrumental. En el ámbito que nos interesa, el objetivo del análisis económico del delito se suele describir como "la minimización de los costes sociales del delito" (incluidos los de prevención, los de ejecución de sanciones, los inmateriales, etc...). Para minimizar los costes mencionados, desde el punto de vista del análisis económico se puede actuar utilizando distintas medidas, que afecten tanto a los incentivos negativos como a los positivos de los sujetos. Esto es importante: nada en la teoría económica obliga a preferir medidas punitivas a medidas educativas o de mercado de trabajo.

La intervención penal es uno de los medios a partir de los cuales podemos prevenir los delitos. El AED parte del supuesto de que las penas funcionan como un coste esperado, producto de la multiplicación de su magnitud por su probabilidad. Un incremento en cualquiera de estas variables supone una mayor disuasión y por lo tanto prevención. Hacer responsable a la persona jurídica además de a las personas físicas supone un incremento de los incentivos a cumplir por parte de los administradores y socios, y por lo tanto una mayor disuasión<sup>12</sup>.

Opina ORTIZ DE URBINA que la responsabilidad de las propias personas jurídicas más allá de las personas físicas supone un beneficio preventivo pero que, desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, la admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas puede causar un problema de sobredisuasión, en este caso consistente en el enfriamiento de la actividad económica que podría darse por el temor de las empresas a incurrir en responsabilidades penales o simplemente a resultar arrastradas a procesos penales, incluso aunque éstos acaben con una decisión absoluta. El problema de la sobredisuasión, sin embargo, depende de manera decisiva del modo concreto como se implemente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Examinemos la situación en el Derecho penal vigente.

Desde la Ley Orgánica 5/2010 la responsabilidad criminal de los entes colectivos cuenta con su propio sistema de penas, previsto en el artículo 33.7, que la Ley Orgánica 1/2015 no ha modificado. Son las siguientes:

---

<sup>12</sup> Así lo afirma Ortiz de Urbina Gimeno, I., en: "La responsabilidad penal de la personas jurídicas: un análisis económico". En Manuales de Formación Continuada del CGPJ nº 4, 2009.

- “a) Multa por cuotas o proporcional.*
- b) Disolución de la persona jurídica (...)*
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años”.*

Este catálogo de sanciones “*que tienen todas la consideración de graves*” es idéntico a las consecuencias accesorias que listaba el artículo 129 antes de su reforma por la Ley Orgánica 5/2010.

En el derecho penal de las personas jurídicas el fin principal de la sanción es la autoorganización de la empresa, un fin cercano a la prevención especial en cuanto que equivaldría a la resocialización de las personas jurídicas. Ello no quiere decir que la sanción no pueda atender a otros fines como la reparación, la inocuización de entidades peligrosas o la prevención general positiva, pero éstos son fines secundarios frente a aquél.

Dicho esto, la discusión gira más bien en torno a cómo conseguir este objetivo. Y al respecto existe una polémica entre los partidarios del AED y aquellos partidarios del conocido como modelo estructural.

Para los partidarios del AED, la forma más sencilla de conseguir la autorregulación es la multa. El razonamiento se basa en la visión de la empresa como un actor racional, que busca maximizar su beneficio, de ahí que, si se la amenaza con una pérdida económica, se organizará, y además lo hará de la forma más eficiente posible, para que esta amenaza no se haga realidad<sup>13</sup>.

---

<sup>13</sup> Esta reflexión surge de la teoría de las sanciones óptimas, *Optimal Penalties Theory*, que analiza el tipo y la extensión de las sanciones que deben imponerse a las corporaciones para

Los partidarios del modelo estructural tienen una imagen bastante menos idealizada, y bastante más irracional del modo de funcionamiento de una empresa, y consideran además que la multa puede plantear notables problemas para hacerse efectiva. Por ello apuestan por que un supervisor judicial sea el que establezca las medidas de organización necesarias.

En el sistema elegido por el legislador español, predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, *“la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el artículo 66 bis”* (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, apartado VII).

La multa puede ser proporcional o por cuotas. Si es por cuotas, la misma oscila entre un mínimo de 30 euros y un máximo de 5.000 (art. 50.4) y tiene una extensión mínima de 10 días y máxima de cinco años (art. 50.3)<sup>14</sup>. Para evitar que la responsabilidad criminal de la persona jurídica afecte a terceros no implicados en la actividad delictiva, se prevé el fraccionamiento del pago de la multa durante un periodo de hasta cinco años, *“cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general”*; y si aun así no pagase, *“el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma”*(art. 53.5). Siendo la intervención judicial una pena en sí misma, eso viene a equivaler a una responsabilidad personal subsidiaria, solo que aquí añadida a la pena incumplida, no substitutiva de la misma.

Caso de que la multa sea proporcional *“al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida”*, y

---

disuadirlas de manera más eficaz, y como contrapartida se indica los “efectos perversos” que se generan como consecuencia de un régimen de auténtica responsabilidad penal. A raíz de estas consideraciones, diversos autores del AED proponen diferentes modelos que combinen distintos tipos de sanciones, pero que, en todo caso, propone la exclusión de aquellas sanciones que exijan una determinada imputación objetiva, puesto que la reprochabilidad que se asocia a dicho tipo de imputación y la consiguiente estigmatización constituyen un factor de supradisuasión (GOMEZ-JARA DIEZ, C. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal*. Diario La Ley num. 7534).

<sup>14</sup> Lo que nos sitúa en una multa mínima de 300 € y máxima de 9.000.000 €.

no fuera posible el cálculo sobre la base de estos conceptos, el artículo 52.4 dispone su transformación en multa por cuotas conforme a la gravedad de la pena prevista para la persona física.

Establece el artículo 31 ter.1 que *“cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas (la persona física y la jurídica) la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”*.

Como hemos podido observar, la preferencia del AED por la pena de multa debido a su efecto disuasorio exige que las multas sean suficientemente altas como para lograr su objetivo; pero ello puede poner en peligro su supervivencia (*deterrence trap*) por lo que en España se ha optado por una ingeniosa solución: el fraccionamiento durante un período de hasta cinco años.

Pero no podemos obviar que la multa, por sí sola, no motiva a la empresa a cambiar su organización interna en el sentido de implementar medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con sus medios o bajo su cobertura. De ahí la importancia de otras sanciones no pecuniarias que incidan sobre la organización interna de la persona jurídica. Es conveniente que la multa esté acompañada de sanciones no pecuniarias que eliminen la peligrosidad instrumental de la corporación y le incentiven a reorganizarse de forma que pueda prevenir la comisión de delitos en el futuro. La intervención judicial podría ser la medida adecuada, pero en la nueva regulación española la medida de intervención es, como hemos visto, subsidiaria a la multa: sólo para el caso de que la persona jurídica no pague, y durará hasta que lo haga.

Otra objeción que se suele poner a los partidarios de la multa como pena más óptima, es que tampoco está claro que la multa –cuyo destinatario es la persona jurídica– tenga efectos disuasorios sobre los representantes legales y administradores, que son los que más pueden verse directamente afectados en su carrera profesional por el estigma del delito.

También se dice que la previsión de multas sobredimensionadas puede producir efectos indeseados, conocidos en el mundo anglosajón como *overspill*, que pesan sobre terceros inocentes, fundamentalmente acreedores, trabajadores, clientes o consumidores. La multa reduce el patrimonio de la entidad y, por tanto, la garantía de cobro de los acreedores sociales. Al disminuir su capacidad productiva, puede obligar a la persona jurídica a modificar su estrategia empresarial y reducir el personal. Además, la multa tiene el riesgo de que sea asumida como un coste empresarial más, que la persona jurídica puede trasladar

a sus clientes y consumidores a través del aumento de los precios de sus productos y servicios.

Afirma DE LA FUENTE HONRUBIA<sup>15</sup> que mediante la multa parece complicado que pueda prevenirse la continuidad delictiva o sus efectos al no tener como fin propio la privación de un instrumento peligroso en manos del delincuente persona física. Recoge este autor, fijándose en el derecho comparado, que en EEUU la multa fue objeto de numerosas críticas porque las empresas la consideraban como un coste más de producción, tanto más cuanto que el importe de éstas suele ser insignificante en relación con el volumen de ingresos de la empresa o en relación con las ventajas derivadas de la comisión del delito. El aumento, en ese país, del importe de las multas no mejoró la situación pues se demostró que la posibilidad de que una persona jurídica fuera descubierta, perseguida y condenada, era inferior al uno por ciento. La doctrina americana considera que el problema sólo puede tener solución si la multa es proporcional al beneficio obtenido por la empresa al cometer el delito, al menos en el triple de su cuantía.

Además, señala DE LA FUENTE HONRUBIA<sup>16</sup> la preocupación del sistema legal francés, que también adoptó la pena de multa como principal para castigar delitos cometidos por personas jurídicas, por el hecho de que la empresa traslade el costo de la multa a sus clientes, pero señala que la doctrina francesa argumentó que la “transferencia” del pago de la multa a los usuarios le impediría mantener unos precios competitivos.

Por último, hay que tener en cuenta también que la sola imposición de una multa a personas jurídicas no traslada a la sociedad la idea de que la conducta criminal es socialmente intolerable sino que da la impresión de que el delito es aceptable siempre que la empresa pague el precio, lo que disminuye la confianza de la comunidad<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> DE LA FUENTE HONRUBIA, F. , *Las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Medidas aplicables a personas jurídicas y empresas colectivas o individuales*. Lex Nova. Valladolid.2004, págs. 208 a 212.

<sup>16</sup> Citando a HIDALGO/SALOMÓN/MORVAN. *Entreprise et responsabilité pénale*. 1994.

<sup>17</sup> Así lo expresa Patricia Faraldo Cabana, Catedrática de D. Penal en la Universidad de La Coruña, en su Ponencia *Las sanciones para personas jurídicas, con especial referencia a las multas pecuniarias*, pronunciada en el Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. 2015.

Otra de las penas a imponer es la disolución, conforme dispone el artículo 33.7, *“la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”*.

Por otra parte, establece también el artículo 33.7 previsiones bastante completas sobre el contenido de la pena de intervención judicial, sanción cuya finalidad expresa es tutelar los derechos e intereses de los trabajadores y acreedores de la entidad condenada, y que se aproxima a lo que pudiera ser una libertad vigilada para una persona física.

Y hay penas que por su contenido y finalidad (la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial) pueden anticiparse a la fase de instrucción como medidas cautelares, como también preveía para las consecuencias accesorias el antiguo artículo 129. A la hora de individualizar la sanción, el artículo 66 bis contiene reglas propias afines a las previstas para las personas físicas en el artículo 66, a las que también se remite. En cuanto a las reglas propias, aquél precepto distingue los supuestos en los que la previsión penal tenga un carácter general de aquellos que vengan ya con una duración limitada.

En el primero de los casos, de cara a la decisión sobre la imposición y extensión de las penas de disolución, suspensión, clausura de locales, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención judicial, se recogen como criterios complementarios: 1º.- la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos; 2º.- las consecuencias económicas y sociales y, especialmente, los efectos para los trabajadores; 3º.- el puesto ocupado en la estructura de la persona jurídica por parte de la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

Esta previsión parece responder a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo, la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común y la jerarquía, elementos todos ellos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la aplicación de la pena, junto a la finalidad tuitiva de los intereses de terceros (trabajadores y acreedores, habitualmente).

Cuando las penas anteriores (salvo la disolución) vengan ya impuestas con una duración limitada desde el tipo penal de la parte especial, la segunda regla del art. 66 bis establece, como reflejo del principio de proporcionalidad, que *“ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física”*.



Añade la Ley Orgánica 1/2015 una limitación de estas penas a un máximo de dos años, cuando la persona jurídica ha sido condenada por actos de un subordinado y con motivo de *“un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave”*

Se añaden exigencias ulteriores para la imposición de esas penas por plazos superiores a dos años (excluido *“en todo caso”* el supuesto anterior): Reincidencia de la persona jurídica o utilización instrumental de la misma para la comisión de ilícitos penal.

Para aplicar las penas de prohibición de actividades o inhabilitación en duración superior a cinco años, o de manera permanente la disolución o la prohibición de actividades, se exige la concurrencia de una reincidencia cualificada (art. 66.1.5ª) o la utilización instrumental de la persona jurídica con vistas a la comisión de ilícitos penales.

Expuestas brevemente las penas aplicables a las personas jurídicas, no podemos sustraernos a la discusión sobre el fin de las sanciones. Para poder decirse que una institución cumple finalidades jurídico-penales, sus efectos deberían poder traducirse en el cumplimiento de alguna de las funciones tradicionalmente asignadas a la pena: retribución, prevención general o prevención especial.

En las sanciones a aplicar a la persona jurídica, la función de retribución, esto es, la realización de la justicia, carece de sentido cuando el infractor es un ente no autoconsciente<sup>18</sup>. Adquiere, por el contrario, pleno sentido la prevención general, negativa y positiva, la cual puede conjugarse con la función preventiva especial, particularmente clara en el caso de aplicar penas como la de prohibición de realizar determinadas actividades, en la suspensión o en la intervención judicial.

Por lo que respecta a la prevención general negativa, se viene diciendo que las sanciones a las personas jurídicas son más eficaces desde el punto de vista preventivo que frente a las personas físicas, toda vez que éstas, frecuentemente, no dejan de delinquir por la amenaza criminal, mientras que en el caso de las entidades colectivas la perspectiva de que se vea afectada su cuenta de resultados posee un efecto disuasorio superior. En ese sentido, la multa que –como se ha dicho– no parece tener una finalidad retributiva en el caso de las personas jurídicas, si cumpliría con el fin de prevención general negativa. Esa afirmación ha de matizarse porque lo cierto es que la multa no siempre logra el efecto disuasorio deseado puesto que no genera los incentivos

---

<sup>18</sup> Así lo manifiesta Gómez Tomillo, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pág. 25

adecuados para asegurar que la persona jurídica modifique su comportamiento con la finalidad de evitar una futura conducta ilícita. También se ha puesto de manifiesto que la multa genera un limitado efecto estigmatizador en las personas jurídicas.

En cuanto a la finalidad preventiva especial, existen algunas penas, tal como la prohibición de realizar determinadas actividades que sí cumplirían con el objetivo de evitar que la propia entidad vuelva a delinquir. La multa, por el contrario, no siempre cumplirá con esta finalidad preventiva porque existe el riesgo de que algunas empresas la asuman como un coste empresarial más y se repercuta ésta sobre los consumidores sin plantearse siquiera cumplir en lo sucesivo con la legalidad si cuadran sus balances.

## **CONCLUSIÓN**

La multa, desde la perspectiva del AED, es la sanción más adecuada para cumplir con el objetivo de eficiencia de las leyes; sin embargo –en mi opinión– aplicar únicamente la medida de multa no siempre es idóneo para las personas jurídicas que han delinquido pues existen condicionantes específicos que hacen peligrar su fin de prevención general y especial, amén de no tener asegurado siempre el efecto disuasorio que se pretende. Sin embargo, atendidas siempre las circunstancias de cada caso y las especificaciones del art. 66 bis, una combinación de la pena de multa con otras como la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas o la prohibición para contratar con la Administración, o gozar de beneficios fiscales o de la Seguridad Social, al modo en que se hace en el art. 310 bis, u otras que cumplan el fin de prevención especial, podría ser la clave para conseguir los objetivos de eficacia y eficiencia pretendidos.

## **BIBLIOGRAFÍA:**

## **LIBROS**

1. DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, Lex Nova, Valladolid, 2004.
2. GÓMEZ TOMILLO, M. Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español. Lex Nova. Valladolid.2010.
3. LUZÓN PEÑA, D.M. Curso de Derecho Penal. Parte General I, Universitas. Madrid, 1996.

## **ARTÍCULOS**

1. AGUILAR GONZÁLEZ, J.M., CASTRO SOTOS, C. Las normas jurídicas como incentivos. Unas breves notas sobre el Análisis Económico del Derecho. Revista de Economía de la Universidad Complutense de Madrid. Nª III. 2006.
2. CONGREGADO RAMÍREZ DE AGUILERA, E. POMARES HERNÁNDEZ, I.J., RAMA MATÍAS, E. Análisis Económico del derecho: Una revisión selectiva de la literatura reciente. Facultad de derecho de la Universidad de Huelva. Revista Derecho y Conocimiento.2001.
3. FARALDO CABANA, P. Las sanciones para personas jurídicas, con especial referencia a las sanciones pecuniarias. Ponencia pronunciada en el Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Argentina. 2015. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina40997.pdf>.
4. NIETO MARTÍN, ADÁN. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal. [http://portal.uclm.es/descargas/idp\\_docs/doctrinas/responsabilidad%20penal.pdf](http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/responsabilidad%20penal.pdf).
5. PONCELA GARCÍA, J.A. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Artículo publicado en Cuadernos Digitales de Formación nº 33. La reforma del CP a debate. 2015.
6. ZUGALDIA ESPINAR, J.M. Aproximación Teórica y práctica al sistema de Responsabilidad criminal de las personas jurídicas. [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/DPonencia\\_de\\_Jose\\_Miguel\\_Zugaldia\\_Espinar.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/DPonencia_de_Jose_Miguel_Zugaldia_Espinar.PDF).

## **OTROS**

1. CIRCULAR 1/2016 DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO sobre Responsabilidad Penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por la LO 1/2015.