

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

Carlos M. Camejo Patiño¹

Recibido: 1 de agosto de 2023 - Aceptado: 4 de octubre de 2023

Resumen

La responsabilidad penal de la persona jurídica en la República Dominicana se ha regulado de forma disímil e inconsistente, mutando su tipología entre diferentes cuerpos normativos. El objeto del presente trabajo es justificar su existencia fuera de la teoría clásica del delito y desde el análisis económico del derecho, para evaluar la naturaleza de la responsabilidad penal de la empresa más eficiente para la consecución de sus objetivos, así como el análisis de los incentivos que deben crearse para su efectiva implementación tendiente a reducir el costo social del delito. La responsabilidad penal de la persona moral es una realidad que debe ser explotada de forma debida para evitar su distorsión y asegurar su vigencia, por lo que en el presente trabajo se evaluará desde el prisma de los principios clásicos de la economía y su impacto social.

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

Abstract

The enterprise's criminal responsibility in the Dominican Republic has been inconsistently regulated, changing its nature in each legal disposition. This investigation's goal is to validate its existence not from classic criminal theory but from law and economics' perspective in order to evaluate the most efficient means to regulate the enterprise's criminal responsibility and the incentives necessary for its implementation and the reduction of its social cost. The enterprise's criminal responsibility is a reality that must be correctly exploited to prevent its distortion and ensure its validity, which justifies the application of economic principles in its analysis to measure its social impact.

Keywords: *criminal Economic Law, corporate criminal liability, law and economics, Deterrence Theory, compliance.*

¹ Licenciado en Derecho *summa cum laude* de la Licenciatura en Derecho de la Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra (PUCMM). Magister sobresaliente en Derecho Penal Económico de la Universidad de La Rioja y Becario a la Excelencia de Barna Management School. Miembro de la Asociación Dominicana de las Naciones Unidas (ANU-RD). Oficial de Integridad de la Federación Dominicana de Fútbol (FEDOFUTBOL). Correo electrónico: carlosmanuelcamejo@gmail.com

CÓMO CITAR: Camejo, Carlos Manuel (2023). Responsabilidad penal de la persona jurídica desde el análisis económico del derecho, Universidad Externado de Colombia – Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, *Iuris Forum*, N.º 5, enero-junio 2023, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, pp. 72-81 ISSN (en línea): 2811-4949 / Sitio web: <https://www.pucmm.edu.do/publicaciones/revista-iuris-forum>

I. I. Introducción al delito desde la teoría económica

El desarrollo comercial contemporáneo ha creado una necesidad de reinterpretación de principios jurídicos que antaño se daban por sentado para justificar su vigencia y efectividad. En el estado jurídico actual, la mayoría de la actividad económica es generada empresarialmente, por lo que la sociedad comercial delincuente genera un importante desafío social, particularmente partiendo de la dificultad en la delimitación de la responsabilidad penal en cascada. Es esta expansión mercantil la que ha generado importantes retos en materia delictiva, especialmente cuando se trata de la aplicación de sanciones penales a personas morales.

La aplicación de principios de la economía para replantear normas jurídicas es un fenómeno no tan reciente y, sin embargo, el análisis económico del derecho no ha calado, por el momento, en la cultura jurídica dominicana pese al interés práctico de determinar la institución jurídica más eficiente para resolver problemas jurídicos. El análisis económico del derecho estudia los mecanismos para una mejor distribución de recursos hacia las actividades más socialmente deseadas y, por ello, su aplicación al derecho penal es altamente conveniente.

El análisis económico del derecho estudia la forma en la que el ordenamiento jurídico influye sobre la conducta del individuo, ponderando las implicaciones de externalidades positivas (otorgamiento de beneficios) 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. Además, como se fundamenta en la teoría de la elección racional (cuestión plenamente desarrollada en materia penal), su aplicación permite determinar el por qué el delincuente toma decisiones coherentes con sus preferencias, dependiendo de los costes y frutos de su actuar y, consecuentemente, permite dirigir el diseño normativo a un estado en el que su contenido sea el verdaderamente deseado.

Para esta área, el delincuente es un ente racional que maximiza beneficios con su comportamiento y es, sobre esta base, que los principales detractores de la aplicación de este método al estudio penal sustentan su disconformidad. Bajo esta teoría, la decisión de delinquir va más allá de la maximización de los réditos económicos, empero, para el caso de la responsabilidad penal de la persona jurídica este criterio debe ser reinterpretado porque la existencia misma de una persona moral conlleva un *animus lucrandi*.

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 individuo². 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 aprovechamiento del mal comportamiento sobre el costo de su eventual e hipotética sanción.

2 MICELI, T. *Contemporary issues in Law and Economics*. Nueva York: Ed. Routledge, 2018. ISBN: 978-1-138-09975-3.

Jeremy Bentham ya había razonado sobre que «el valor del castigo nunca debe ser menor que el beneficio de la ofensa»³. Este criterio hace nacer una fórmula expresando cuándo una persona – física o moral – tomará la decisión de delinquir, en el sentido siguiente: ganancia del delito \leq probabilidad de la sanción x 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 abordado 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. Es decir, las complejidades de advertir la ocurrencia de delitos y su asignación a una persona física particular en sociedades complejamente organizadas es un incentivo para el mal comportamiento cuando las ganancias sean superiores al comportamiento acorde a la ley. Sin embargo, la forma en la que se regula esta figura varía enormemente de jurisdicción en jurisdicción – y para la República Dominicana entre una ley y otra – y no existen términos pacíficamente aceptados sobre cuál es la manera óptima en la que una ficción jurídica puede responder criminalmente.

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 bienestar deciden cumplir o incumplir la norma a partir de un análisis de costos y por ello solo la obedecen cuando el beneficio de su acatamiento es mayor que el de su desacato⁴. 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 – o menos costoso – para el delincuente que su eventual ruptura y el nivel óptimo de disuasión puede conseguirse al igualar la sanción esperada por el delito con los costos sociales generados, descontando la probabilidad de su detección.

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 eficientizar la inversión de recursos. 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 delincuente⁵.

El enfoque del presente artículo será el de buscar una justificación de la configuración de la responsabilidad penal de la persona jurídica fuera de los criterios convencionales de la teoría del delito, utilizando un criterio positivo del análisis económico del derecho.

3 BENTHAM, J. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation* [en línea]. Londres: Ed. Batoche Books, 1781. [consulta: 30 de junio de 2023]. Disponible en: <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf>

4 ODED. S. *Inducing corporate compliance: a law and economics analysis of corporate liability regimes* [en línea]. Instituto de Rotterdam para el Análisis Económico del Derecho, núm. 1009/05, 2010. [consulta: 12 de julio de 2023]. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/0q4081d5>

5 CHALFIN, A. y MCCRARY, J. Criminal Deterrence: a review of the literature [en línea]. *Journal of Economic Literature*, 55 (1), 5-58, 2017. [consulta: 20 de mayo de 2023]. Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4212&context=faculty_scholarship

Como tal, en las páginas que continúan se analizará la favorabilidad social de criminalizar la conducta empresarial, así como de las formas más eficientes de hacerlo.

II. Responsabilidad penal de la persona jurídica y análisis económico del derecho

A. Necesidad político-criminal de la responsabilidad penal de la persona jurídica

El desarrollo comercial sirvió de base para el nacimiento de conductas cada vez más complejas cuya lesividad social era latente y para la que el sistema penal tradicional devenía insuficiente. El sistema penal tradicional tuvo que mutar del adagio *societa delinquere non potest* y buscar soluciones tendientes a evitar la impunidad de sociedades en las que, por la división de responsabilidades y difusión de las actuaciones, resultaba difícil la aplicación de principios clásicos de la imputación penal so pena de arriesgarse a proteger conductas ilícitas de forma sistematizada.

El efecto disuasivo del derecho penal se consigue, precisamente, logrando que el costo de la comisión y aprehensión del delito sea mucho mayor que el rédito recibido por su comisión. 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 que no deba ser subvencionado por el Estado o los particulares.

La doctrina económica del derecho atribuye responsabilidad penal a la persona jurídica sobre dos argumentos⁶. 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. La línea argumentativa de este desarrollo consiste en que la empresa delincuente, a través de sus instrumentos, pretende obtener un beneficio competitivo sobre el resto a través de medios socialmente inidóneos, consiguiendo que la omisión del cumplimiento normativo genere mayor utilidad que su némesis.

Por ello, la contrapartida legal implica que el daño social causado (que a su vez es el aprovechamiento generado por encima de la media comercial que acata la norma) tenga que ser asumido por la propia persona moral. Aún más, esta premisa crea un incentivo a la contratación de personal dispuesto a romper las normas penales, conociendo que no serán sancionadas por tales conductas.

En segundo lugar, la asimetría de información justifica que la responsabilidad de prevenir una conducta recaiga sobre la parte que esté en una posición aventajada para tal fin. Se parte de un criterio de competencia funcional y capacidad para sostener que la empresa está funcionalmente 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.

Hay que recordar que, 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

6 ODED. S. *Ob Cit.*

incremento del valor de un bien en el mercado -, la conducta ilegal disminuirá. Así entonces, para disminuir la «oferta» delincencial, el legislador debe reducir el valor obtenido por el delincuente por su conducta contra-normativa.

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 cual maximice estos últimos, aunque no sea socialmente deseada. Por lo tanto, si la empresa es racional y desprendiendo el sustrato moral del comportamiento, escogerá la conducta más favorable para sus intereses, aunque sea delictiva. La responsabilización penal de la persona moral implica que la empresa no solo debe valorar su utilidad, sino también sus costos a través de la visión de una eventual sanción como un precio de mercado que la obligue a considerar el costo social de la conducta. 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.

BECKER desarrolló una fórmula mediante la cual 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). Resultando en lo siguiente: $O = (p, f, u)$ ⁷.

Esta fórmula contiene el interés de todo individuo, sea persona física o moral, de delinquir desde una perspectiva racional. 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 en su seno. Por lo anterior, una política criminal eficiente debe estar dirigida a regular los primeros dos elementos hasta el punto en 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, conllevando a que el eventual delincuente utilice otros medios más socialmente convenientes para conseguir el mismo fin ante el acrecentamiento de una sanción y la posibilidad de su imposición.

La pregunta es si la responsabilidad penal de la persona jurídica colabora con el incremento de la posibilidad de aprehensión de delitos y consecuentemente servir de apoyo para la disuasión de la actividad delictiva de la empresa. En virtud de lo desarrollado con anterioridad, la respuesta a esta pregunta pareciera ser afirmativa, pero depende en gran medida del diseño normativo adoptado. La disuasión penal no es igual en casos de responsabilidad objetiva que en casos de responsabilidad vicarial, tampoco ante la existencia de eximentes o atenuantes de

⁷ BECKER, G. *Crime and Punishment: an economic approach* [en línea]. Chicago: Ed. NBER, 1974. [consulta: 20 de julio de 2023]. Disponible en: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c3625/c3625.pdf>

responsabilidad penal a través de programas de cumplimiento o iniciativas similares.

La concepción que tenga un ordenamiento criminal sobre la naturaleza de la responsabilidad penal de la persona jurídica influirá directamente sobre la comisión de tipos penales. 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).

El análisis económico del derecho indicaría que, 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 responsabilidad penal corporativa por negligencia ataría la posibilidad de sanciones penales a la debida diligencia de la persona moral de adecuar sus sistemas internos con la ley para asegurar la prevención de la comisión de tipos penales hasta donde sea posible. La negligencia implicaría la ruptura a un deber de cuidado que, de ser respetado, representaría un beneficio para la empresa delincuente.

El análisis de negligencia tiende a ser complejo y casuístico por lo que el análisis económico del derecho diseñó una fórmula mediante la cual se pretende determinar objetivamente cuándo se configura a partir de un cálculo de riesgos previsible a través de la denominada «Fórmula de Hand»⁸. 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 puede constatarse 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. Si bien esta fórmula otorga un baremo estatal de cuándo puede una persona moral considerarse negligente, para asegurar la efectividad de su política, el Estado también debe valorar cuándo le es conveniente a una persona moral cuidarse a sí misma.

MILLER formuló un método objetivo para analizar esta última pregunta 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». Por lo tanto, 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 modo⁹:

8 Esta fórmula nació 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. Su aplicación a la responsabilidad penal parte de un criterio netamente analógico.

9 MILLER, G. An economic analysis of effective compliance programs [en línea]. New York: Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing, New York University School of Law, Law & Economics research paper series, núm. 14-39, 2017 [consulta: 11 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/events/colloquium/laweconomics/documents/2017_spring_miller_compliance.pdf

(1 - Z) + (PF) + C ≤ (PF)

Si bien es cierto que el simple hecho de que la suma gastada en un plan de cumplimiento no afecta, necesariamente, su efectividad, no es menos cierto que resulta ilógico para una persona moral el invertir recursos en un programa disfuncional. La sociedad comercial aprovechará los incentivos normativos para cuidarse a través de la inversión en mecanismos de salvaguarda eficientes, pero esta finalidad se conseguirá de forma más efectiva cuando el ordenamiento las beneficie por su buen comportamiento. Esta línea es la que ha llevado a una cultura de autorregulación empresarial en jurisdicciones como la española, en la que la persona moral ve su responsabilidad penal atenuada o eximida dependiendo de la efectividad y vigencia de sus sistemas de protección internos.

B. Implicaciones de la autorregulación empresarial

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. Dentro de esta situación, algunas jurisdicciones - la española, por ejemplo -, han asumido un régimen de autoorganización empresarial en la que la empresa funge como un brazo colaborador por la ventaja y el hipotético control que posee sobre los hechos y su descubrimiento.

La delegación de una facultad estatal de esta naturaleza 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 se trata de un «intervencionismo a distancia» que se sustenta sobre la cooperación entre los poderes públicos, sujetos regulados y demás miembros del sistema¹⁰.

En un ejemplo creado desde el análisis económico del derecho para determinar el deber de cuidado en materia de responsabilidad civil extracontractual -guardando las diferencias-, se aplicó un razonamiento extrapolable al 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 inversión¹¹.

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, en jurisdicciones como la señalada, la atribución de comportamientos delictivos

10 NIETO MARTÍN, A. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa* [en línea]. Revista Electrónica Semestral de Política Públicas en Materias Penales, núm. 5, 2008. [consulta: 2 de julio de 2023] ISSN-e 0718-3399. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397

11 MICELI, T. *Ob. Cit.*

a una persona moral se sostiene sobre un sistema interno de desorganización, es decir, la empresa delinque cuando sus sistemas internos de control devienen ineficientes. 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.

Esta disyuntiva sobre la asimetría de la información entre el Estado y la empresa ha sido presentada en la ciencia económica a partir de la teoría de juegos mediante el conocido «dilema del prisionero». AGUILERA GORDILLO aplicó este razonamiento para justificar la favorabilidad de la autorregulación empresarial, partiendo de las siguientes premisas¹²: (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) el Estado promueve la autorregulación; y, (iv) el Estado monopoliza la investigación y sanción de conductas penalmente relevantes cometidas por personas morales. Descrito de otra forma,

		Estado	
		Promover autorregulación	No promueve autorregulación
Empre- sa	Cumplir	3, 3	0, 4
	No cumplir	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 le representa un valor de 0), pese a la ganancia para el Estado por la prevención delictiva que crea el programa de cumplimiento (por ello le representa un valor de 4). Por otro lado, si la empresa no implementa un programa de cumplimiento ni el Estado lo valora, pues se obtendrá un resultado subóptimo, en el que si bien la empresa no tendrá que gastar tales recursos y el Estado no confiar en ella, tampoco recibirá una utilidad preventiva y de descubrimiento efectivo el segundo, ni de atenuación o exención de responsabilidad penal la primera.

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), porque 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 porque el Estado recibiría el rédito de este control empresarial preventivo y las sociedades verán su grado

12 AGUILERA GORDILLO, R. Compliance penal: régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance penal [en línea]. Tesis doctoral inédita, Universidad de Córdoba, 2018. [consulta: 18 de junio de 2023]. Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/16714/2018000001783.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

de responsabilidad penal matizada o eximida.

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. Como se indicó con anterioridad, esta concepción de la responsabilidad penal de la persona moral traslada el costo de prevención al «evasor de menor costo».

III. Conclusiones

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. Por esto, se parte de la visualización de la empresa delincuente como un ente 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 ganancias.

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.

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 de 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, parecería ser la opción preferente.

Lo anterior conlleva a que la responsabilidad objetiva de la persona moral no pareciere 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 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 verdaderamente efectivos. 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 utilidades como la exención o atenuación de la pena (externalidad positiva).

Es, por lo anterior, que la forma más eficiente del Estado asegurar por el cumplimiento real y efectivo de su política criminal empresarial reside en confiarle al «evasor de menor costo» la labor preventiva y de investigación por encontrarse en una posición favorecida para ello. La responsabilidad penal de la persona moral basada en la autorregulación a través de la creación de programas de cumplimiento penal efectivos resulta la opción con mayores beneficios sociales porque al tiempo de que obliga a la empresa a internalizar el costo de su conducta, esta se verá altamente incentivada a cuidar su comportamiento y el de sus instrumentos para evitar la comisión de tipos penales, en lugar de sancionarlos una vez que el daño penalmente relevante ya fue causado.

Referencias

AGUILERA GORDILLO, R. *Compliance penal: régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance penal* [en línea]. Tesis doctoral inédita, Universidad de Córdoba, 2018. [consulta: 18 de junio de 2023]. Disponible en: <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/16714/2018000001783.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

BECKER, G. *Crime and Punishment: an economic approach* [en línea]. Chicago: Ed. NBER, 1974. [consulta: 20 de julio de 2023]. Disponible en: <https://www.nber.org/system/files/chapters/c3625/c3625.pdf>

BENTHAM, J. *An introduction to the Principles of Morals and Legislation* [en línea]. Londres: Ed. Batoche Books, 1781. [consulta: 30 de junio de 2023]. 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*, 55 (1), 5-58, 2017. [consulta: 20 de mayo de 2023]. Disponible en: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4212&context=faculty_scholarship

MICELI, T. *Contemporary issues in Law and Economics*. 1era. Ed. Routledge: Nueva York, 2018. ISBN: 978-1-138-09975-3.

MILLER, G. *An economic analysis of effective compliance programs* [en línea]. New York: Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing, New York University School of Law, Law & Economics research paper series, núm. 14-39, 2017 [consulta: 11 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.law.northwestern.edu/research-faculty/events/colloquium/laweconomics/documents/2017_spring_miller_compliance.pdf

NIETO MARTÍN, A. *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa* [en línea]. *Revista Electrónica Semestral de Política Públicas en Materias Penales*, núm. 5, 2008. [consulta: 2 de julio de 2023] ISSN-e 0718-3399. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2712397

OED. S. *Inducing corporate compliance: a law and economics analysis of corporate liability regimes* [en línea]. Instituto de Rotterdam para el Análisis Económico del Derecho, núm. 1009/05, 2010. [consulta: 12 de julio de 2023]. Disponible en: <https://escholarship.org/uc/item/0q4081d5>