



Economía y Derecho penal en Europa:  
una comparación entre las experiencias italiana y española

Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico  
Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014

[cursos \\_congresos \\_simposios](#)

**Economía y Derecho penal en Europa:  
una comparación entre las experiencias italiana y  
española**

Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal  
económico (Università degli Studi di Milano, Milano,  
29-30 de mayo de 2014)

Edición a cargo de Luz María Puente Aba

A Coruña 2015

Universidade da Coruña  
Servizo de Publicacións

Economía y Derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico (Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014)

PUNTE ABA, Luz María (editora)

A Coruña, 2015

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións

Cursos\_congresos\_simposios, n.º 140

N.º de páxinas: 318

17x24 cm

Índice: páx. 5-6

ISBN: 978-84-9749-632-2 (impreso)

ISBN: 978-84-9749-732-9 (electrónico)

Depósito legal: C 2313-2015

CDU: 343(460+450)(063)

IBIC: LNF | 1DSE | 1DST

#### EDICIÓN

Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións (<http://www.udc.gal/publicacions>)

© Universidade da Coruña

© Os autores

Esta obra foi revisada e avaliada por dous expertos non pertencentes á UDC

#### DISTRIBUCIÓN

Galicia:

- Consorcio Editorial Galego. Av. da Estación 25, 36812 Redondela (Pontevedra)  
[pedimentos@coegal.com](mailto:pedimentos@coegal.com)

España e internacional:

- Logística Libromares, S.L. C/ Matilde Hernández 34, 28019 Madrid (España)  
[pedidos@libromares.com](mailto:pedidos@libromares.com)
- Pórtico Librerías. C/ Muñoz Seca 6, 50005 Zaragoza (España)  
[distribucion@porticolibrerias.es](mailto:distribucion@porticolibrerias.es)

Deseño da cuberta: Julia Núñez Calo

#### IMPRIME

Lugami Artes Gráficas

Reservados todos os dereitos. Nin a totalidade nin parte deste libro pode reproducirse ou transmitirse por ningún procedemento electrónico ou mecánico, incluíndo fotocopia, gravación magnética ou calquera almacenamento de información e sistema de recuperación, sen o permiso previo e por escrito das persoas titulares do *copyright*.

# Índice

Eva María Souto García Presentación <b>Congreso hispano-italiano de Derecho penal económico: Economía y Derecho penal en Europa. Una comparación entre las experiencias española e italiana</b> .....	7
María Acale Sánchez <b>La lucha contra la corrupción en el ámbito supranacional y su incidencia en el Código penal español</b> .....	11
Javier Gustavo Fernández Teruelo <b>El fenómeno de la corrupción en España: respuesta penal y propuestas de reforma</b> .....	55
Francesco Viganò <b>I delitti di corruzione nell'ordinamento italiano: qualche considerazione sulle riforme già fatte, e su quel che resta da fare</b> .....	77
Luz María Puente Aba <b>Tutela penal del inversor / consumidor e ilícitos penales en la empresa</b> .....	111
Juan Carlos Hortal Ibarra <b>Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal</b> .....	149
Luigi Foffani <b>Politica criminale europea e sistema finanziario: l'esempio degli abusi di mercato</b> .....	225
Sergio Seminara <b>Riserve extrabilancio e gestione d'impresa: profili penali</b> .....	237
Patricia Faraldo Cabana <b>Acerca de la idoneidad de la sanción pecuniaria para personas jurídicas. Una reflexión de Derecho español con apuntes de Derecho italiano</b> .....	251

Norberto J. de la Mata Barranco	
<b>Los protocolos de prevención de delitos en el ámbito empresarial: el referente de los modelos de organización y gestión de la regulación italiana ...</b>	<b>273</b>
Antonio Fiorella / Nicola Selvaggi	
<b>‘Compliance programs’ e dominabilità ‘aggregata’ del fatto. Verso una responsabilità da reato dell’ente compiutamente personale .....</b>	<b>293</b>

# Acerca de la idoneidad de la sanción pecuniaria para personas jurídicas. Una reflexión de Derecho español con apuntes de Derecho italiano

PATRICIA FARALDO CABANA

Catedrática de Derecho penal Universidad de A Coruña<sup>1</sup>

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. ¿Exige el Derecho de la Unión Europea la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas? – 3. La disciplina española de la multa para personas jurídicas. – 4. Breve comparación con el sistema italiano de sanción administrativa. – 5. ¿Es la multa una pena adecuada para personas jurídicas? – 6. Conclusiones.

## 1. Introducción

En los últimos años estamos asistiendo a un cambio fundamental en el sistema penal de varios Estados miembros de la Unión Europea, que han introducido la responsabilidad penal para las personas jurídicas o una suerte de responsabilidad administrativa que muchos autores no dudan en calificar como “penal”<sup>2</sup>. Es el caso, respectivamente, de Portugal, Francia, Finlandia, Bélgica y Suiza, por un lado, y de Italia, por otro. En

<sup>1</sup> Adjunct Professor en la Queensland University of Technology, Brisbane, Australia.

<sup>2</sup> Como en Italia pone de manifiesto MUSCO, E., “La responsabilidad penal de las entidades colectivas”, *Revista Penal* nº 13, 2004, p. 118. En sentido análogo, FOFFANI, L., en DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (Dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 80; PADOVANI, T., “Il nome dei principi e i principi dei nomi: la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche”, en DE FRANCESCO, G., *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia “punitiva”*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 16-17; PALIERO, C. E., “Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, società delinquere (et puniri) potest”, *Corriere Giuridico* 2001, p. 845. En general sobre el problema de la naturaleza *vid.* ALESSANDRI, A., “Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina”, en ALESSANDRI, A. (a cura di), *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milano, 2002, p. 45; también PASCULLI, A., *La responsabilità ‘da reato’ degli enti collettivi nell’ordinamento italiano. Profili dogmatici ed applicativi*, Cacucci, Bari, 2005, pp. 128 y ss.

España, uno de los aspectos más destacados de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ha sido precisamente la incorporación al Ordenamiento jurídico español de la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas<sup>3</sup> por la comisión de algunos delitos<sup>4</sup>. Con ello se pone fin a una tradición secular en la que rigió el principio *societas delinquere non potest*. El sistema ha sido perfilado en la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>5</sup>. Un cambio de tal envergadura se ha justificado sobre la base de que el Derecho europeo así lo impone<sup>6</sup>. Sin embargo, la

<sup>3</sup> La regulación de esta responsabilidad se contenía fundamentalmente en los arts. 31 *bis*, que recogía las bases de la imputación, 33.7, con las penas aplicables a las personas jurídicas, 52 y 53, sobre la pena de multa, 66 *bis*, sobre determinación de la pena, 116.3, que declaraba que a la responsabilidad penal de la persona jurídica va unida la civil, y 130.2 CP, según el cual la transformación, fusión, absorción o escisión de la persona jurídica no extingue su responsabilidad penal. Hay que añadir los diferentes delitos que prevén la posibilidad de que por ellos responda también la persona jurídica, ya en el Libro II del Código Penal.

<sup>4</sup> Se adopta un sistema tasado de supuestos en los que admite la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Mayoritariamente se utiliza idéntica fórmula: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 *bis* una persona jurídica sea responsable de (el o los delitos correspondientes), se le impondrá (n) la (s) pena (s) de...”, añadiéndose en numerosos supuestos la cláusula que permite la imposición de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33 CP, de acuerdo con las reglas establecidas en el art. 66 *bis* CP. Los supuestos incluidos en la reforma de 2010 fueron los siguientes: tráfico de órganos (art. 156 *bis*); trata de seres humanos (art. 177 *bis*); prostitución (art. 189 *bis*); acceso ilícito a datos y programas informáticos (art. 197.3); estafa (art. 251 *bis*); insolvencias (concurros) (art. 261 *bis*); alteraciones, supresiones o daños informáticos (art. 264.4); delitos relativos al mercado y consumidores, y corrupción privada (art. 288); receptación y otras conductas afines (art. 302.2); delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 *bis*); delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 *bis* 4); delitos sobre la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 327 y 328.6); vertido de radiaciones ionizantes (art. 343.3); fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos (art. 348.3); tráfico o favorecimiento del consumo de drogas tóxicas o estupefacientes (art. 369 *bis*); falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 *bis*); cohecho (art. 427.2); tráfico de influencias (art. 430); corrupción de funcionario público extranjero o de organización internacional (art. 445.2); organizaciones y grupos criminales (art. 570 *quater*) y financiación del terrorismo (art. 576 *bis* 3). El delito de contrabando fue añadido por la Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. Y la reforma de 2015 incluyó la previsión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de frustración de la ejecución (art. 258 *ter*), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 *bis* CP) y provocación a la discriminación, el odio y la violencia del art. 510 (art. 510 *bis* CP). Cambia de numeración y se extiende a otros delitos la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos de los arts. 191, 197 *bis* y 197 *ter* (art. 197 *quinquies* CP).

<sup>5</sup> Básicamente en los arts. 31 *bis* y 66 *bis* 2<sup>a</sup> CP, aunque también introduce modificaciones en el catálogo de delitos, como hemos visto.

<sup>6</sup> El preámbulo de la española Ley Orgánica 5/2010 no alude a la necesidad político criminal o dogmática de proceder al castigo de las personas jurídicas, sino que se ampara en la cobertura que da a la introducción de esta responsabilidad la abundante producción normativa en el seno de la Unión Europea donde, se dice, se ha elaborado una serie de “instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara frente a las personas jurídicas”, para a continuación concretar las “figuras delictivas donde la posible

afirmación de que la reforma era obligada sobre la base de la normativa comunitaria, sin ser inveraz, debe ser matizada por dos motivos: en primer lugar, porque tanto las directivas como las decisiones marco son vinculantes en cuanto a los objetivos o resultados que se pretenden conseguir, pero no respecto de los medios para alcanzarlos; en segundo lugar, porque los textos que en una primera lectura se puede entender que reclaman esta exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas no son tan claros como cabría suponer. Sin embargo, la afirmación de que la reforma era obligada sobre la base de la normativa comunitaria, sin ser inveraz, debe ser matizada: los textos que en una primera lectura se puede entender que reclaman esta exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas no son tan claros como cabría suponer. Veamos con más detalle esta cuestión.

## **2. ¿Exige el derecho de la Unión Europea la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas?**

Es cierto que algunos instrumentos europeos indican que los Estados miembros deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas “puedan ser consideradas responsables o exigírseles responsabilidades por determinadas infracciones de naturaleza penal”. Hasta aquí podría entenderse que esta normativa está exigiendo la implantación de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, a continuación aparecen los matices, puesto que en cuanto al régimen sancionador se reclama la adopción de medidas para la imposición de “sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias”, que deben incluir “multas de carácter penal o de otro tipo”, “administrativo”, y podrán incluir otras sanciones, que van desde medidas de exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas y de prohibición temporal o permanente del desempeño de actividades comerciales, al sometimiento a vigilancia judicial, pasando por la medida judicial de liquidación, añadiéndose en algún caso la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de la infracción que ha originado la responsabilidad de la persona jurídica y el cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer el delito. Por lo tanto, se ofrece como alternativa la imposición de sanciones de naturaleza no penal, generalmente administrativas, lo que implica que el régimen de responsabilidad penal no es una obligación, sino una posibilidad más. En definitiva, es más que discutible que la

---

intervención de éstas se hace más evidente: corrupción en el sector privado y en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...”.



normativa europea exija la implantación de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, si por tal se entiende la necesaria imposición de penas a estos entes colectivos. Más bien lo que se desprende de los textos es que la imposición de penas es solo una alternativa más entre varias. España ha elegido la responsabilidad penal, Italia la administrativa. ¿Supone eso una diferencia sustancial para las personas jurídicas?

### 3. La disciplina española de la multa penal para personas jurídicas

La multa es la pena por excelencia para personas jurídicas. En el catálogo de penas para personas jurídicas aparece en primer lugar la pena de multa por cuotas o proporcional (art. 33.7 CP)<sup>7</sup>. Además, por regla general es de aplicación obligatoria<sup>8</sup>, siendo el resto de penas de aplicación potestativa, con alguna excepción<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Art. 33.7 CP: “Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

a) Multa por cuotas o proporcional.

b) Disolución de la persona jurídica. 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.

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.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa”.

<sup>8</sup> Las únicas excepciones están constituidas por los delitos de cohecho, que prevén como pena única de imposición obligatoria la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos

Se utilizan dos sistema de fijación de la multa: como regla general, el sistema proporcional; en otras ocasiones, el sistema que se establece es el de días-multa; por último, en un cierto número de delitos se prevén los dos sistemas, de forma que el juez o tribunal debe escoger el que dé lugar a la cantidad más elevada.

En el sistema de multa proporcional la multa se determina en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida (arts. 52.4 CP y 3.3 LORC). Generalmente hay que utilizar uno solo de estos parámetros. El problema más importante que plantea esta regulación es la concreción del parámetro sancionador<sup>10</sup>. A diferencia de lo que ocurre respecto de la multa proporcional para la persona física, en cuyo caso la imposibilidad de determinar el tanto impide imponer la multa, tratándose de personas jurídicas, cuando no sea posible determinar ese elemento, el juez o tribunal debe sustituir las multas proporcionales previstas por otras que siguen el sistema de días-multa, que se vinculan en su duración a la pena de prisión prevista para la persona física (art. 52.4 CP). Se trata de las siguientes:

- Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.

---

fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años, “si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos” (art. 424 CP); y por los delitos relativos a organizaciones y grupos criminales y terroristas, que recogen como preceptiva la pena de disolución, mientras que el resto de las penas, incluida la multa, es de aplicación potestativa (art. 570 *quáter* CP).

<sup>9</sup> Por ej., el art. 310 *bis* CP prevé como obligatorias tanto la multa como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años, mientras que el resto de penas son potestativas (incluyendo la prohibición para contratar con las Administraciones públicas, que se separa de las anteriores). Por su parte, el art. 3.3 a) LORC contempla como obligatorias la multa proporcional y la prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, a las que se añade como obligatoria en los supuestos previstos en el art. 2.2 LORC también la suspensión de actividades, y en los supuestos previstos en el art. 2.3 LORC la clausura de locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando.

<sup>10</sup> Algún precepto de la parte especial puntualiza cómo ha de hacerse la valoración del objeto del delito a los efectos de concreción del *quantum* inicial de la pena. Así ocurre, por ej., en el art. 377 CP, aplicable también a las multas destinadas a personas jurídicas, que obliga al juzgador a considerar como “valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos... el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener”.

– Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Esta previsión no tiene en cuenta que si existen dificultades para determinar el tanto en el sistema de multa proporcional (el perjuicio causado, la cantidad defraudada, el valor de la droga, etc.), los mismos o parecidos problemas se reproducen al pasar al sistema de días-multa, puesto que la extensión temporal se fija en este sistema en función de la gravedad del hecho, esto es, teniendo en cuenta el perjuicio causado, la cantidad defraudada, el beneficio obtenido, etc. Por otra parte, cuando se menciona aquí la pena de prisión prevista para la persona física hay que entender que se trata de la pena legalmente prevista en abstracto para el delito cometido, sin tener en cuenta el grado de ejecución o de participación, ni las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

También diferencia de lo que ocurre en la multa proporcional para la persona física, el límite mínimo en el caso de personas jurídicas suele ser un múltiplo de ese tanto (del duplo al quintuplo, por ej.), raras veces dicha cantidad sin multiplicar (del tanto al duplo, por ej.), aunque hay algún caso (por ej., art. 288 CP).

En la parte especial, el factor multiplicador se hace depender a veces de la pena de prisión prevista para la persona física por el mismo delito, siguiendo el modelo descrito<sup>11</sup>. Esta vinculación del factor multiplicador de la multa aplicable a la persona jurídica a la duración de la pena de prisión prevista para la persona física es muestra de que, pese a la proclamación de que la responsabilidad penal de una y otra es independiente, la realidad es bien distinta. En efecto, se establece una dependencia que llama la atención, por cuanto se trata de un paralelismo difícilmente justificable. En otros casos, no obstante, el factor multiplicador se determina autónomamente<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> Por ej., así se hace en los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288 CP), en los se prevé en el caso de los delitos previstos en los arts. 270, 271, 273 a 276, 283, 285 y 286 CP multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años, y multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido, o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos; o en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 *bis* CP), en los que se prevé multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años, pero multa de seis meses a un año en los supuestos recogidos en el art. 310 CP.

<sup>12</sup> Por ej., en el delito de tráfico ilegal de órganos se dispone que se impondrá “multa del triple al quintuplo del beneficio obtenido”, sin que se haga alusión a la duración de la pena de prisión prevista para la persona física (art. 156 *bis* 3 CP).

Una vez determinado el tanto y el factor multiplicador, “los Jueces y Tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable” (art. 52.2 CP). Se entiende que “cuantía” hace referencia aquí a la extensión de la pena legalmente prevista, es decir, a si la multa se impone por el tanto, el doble, etc., y no a la cuantía de las cuotas, que no existen en este sistema. Pese al tenor literal, el arbitrio concedido no es absoluto ya que han de observarse las reglas relativas al grado de ejecución y de participación. Dentro de los límites de la pena así determinada, el juez o tribunal ha de utilizar principalmente el criterio de la situación económica del culpable, y solo secundariamente el de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

La regla general es que el penado efectúe el pago de la totalidad de la multa en un único abono e inmediatamente después de que la sentencia alcance firmeza. Sin embargo, se podrá fraccionar el pago de la multa impuesta a la persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general (art. 53.5 CP). Así, el pago diferido es una posibilidad excepcional que el Juez o Tribunal puede autorizar facultativamente y por causa justificada. Parece razonable entender que el Juez o Tribunal deberá hacer uso de esta opción siempre que parezca previsible que el condenado podrá hacer frente al pago gracias al aplazamiento<sup>13</sup>. Y aunque nada se dice sobre si el pago debe hacerse de una sola vez o fraccionando el importe, nada impide que el juzgador establezca plazos en los que ir pagando determinadas cantidades<sup>14</sup>.

Si después de la sentencia empeora la situación económica del penado, el Juez o Tribunal, excepcionalmente, y previa indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen (art. 52.3 CP), sin que se establezca un periodo máximo de tiempo.

Por cuanto respecta al sistema de días-multa, el importe de las cuotas en caso de multa aplicable a las personas físicas oscila entre los 2 y los 400 euros diarios. Para las per-

<sup>13</sup> Cfr. BAUCELLS LLADÓS, J., “Art. 53”, en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, M. (a cura di), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 553.

<sup>14</sup> Cfr. BAUCELLS LLADÓS, J., “Art. 53”, cit., p. 553.

sonas jurídicas la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros (art. 50.4 CP). El art. 50.3 CP establece que “las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años”. Nada se dice de la extensión mínima. De las penas previstas en la parte especial se desprende que son seis meses, que se pueden reducir a la hora de individualizar la pena. De esta manera, el importe de la multa penal para las personas jurídicas oscila entre un mínimo de 5.400 euros (6 meses x 30 días x 30 €) y un máximo de nueve millones de euros (5 años x 360 días x 5.000 €). El legislador ha previsto que si el importe final resulta excesivo en relación con la gravedad de los hechos se pueda modular el importe de las penas de multa impuestas tanto a la persona jurídica como a la persona física. No tiene mucho sentido esta modulación, pues está apuntando hacia una cierta responsabilidad compartida entre ambas, lo cual no se compagina bien con la tajante separación que se establece en el primer inciso del art. 31 *ter* 1 CP<sup>15</sup>.

“Si después de la sentencia variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago” (art. 51 CP). Esta previsión no distingue según la variación de la situación económica sea para mejor o para peor. Pese a ello, no parece posible interpretar que en los casos de mejora de fortuna podrían incrementarse las cuotas o reducirse los plazos, pues supondría un trato peor, sin justificación alguna, que si el penado recibe una multa proporcional<sup>16</sup>. En este caso, como hemos visto, solo se tiene en cuenta el empeoramiento de la situación económica para reducir el importe de la multa o autorizar su pago a plazos.

Los Jueces y Tribunales determinarán la extensión temporal de la multa que estimen conveniente dentro de los límites establecidos para cada delito<sup>17</sup> y según las reglas del Capítulo II, “De la aplicación de las penas”, del Título III (art. 50.5 CP), esto es, atendiendo al grado de injusto y de culpabilidad (habrá que tener en cuenta, por ej., los grados de participación y ejecución del delito, las eximentes incompletas, las cir-

<sup>15</sup> *Vid.* la discusión al respecto, con revisión de la bibliografía, en FARALDO CABANA, P., “La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física”, *La Ley Penal* 2015, en prensa.

<sup>16</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Las penas”, cit., p. 211, y BAUCCELLS LLADÓS, J., “Art. 53”, cit., p. 553, entienden que no son aplicables a las personas jurídicas los arts. 50.6, 51 y 52.3 CP. En mi opinión, no es razonable introducir aquí diferencias respecto del trato que se otorga al condenado persona física.

<sup>17</sup> A veces la extensión temporal de la multa por cuotas se determina directamente (arts. 197.3 párrafo 2º, 343.3, 399 *bis* 1 y 430 párrafo 2º CP) y a veces se vincula a la duración de la pena de prisión impuesta a la persona física (arts. 261 *bis*, 288.1 párrafo 2º, 302.2, 310 *bis* b), 327 y 576 *bis* 3 CP).

cunstancias agravantes y atenuantes)<sup>18</sup>. Igualmente fijarán en la sentencia el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo, una forma de expresarse evidentemente pensada para las personas físicas. “Habrá que reinterpretar las expresiones del artículo... desde la óptica de lo que significa una persona jurídica”<sup>19</sup>.

En el sistema de días-multa, la regla general es que el pago de la multa se realiza mediante el abono conjunto y unitario de la cantidad resultante de las operaciones de determinación de la multa, pero como excepción se otorga al Juez o Tribunal la facultad de acceder a su pago fraccionado. Ahora bien, hay dos regulaciones distintas que se pueden entender aplicables al caso de las personas jurídicas: por un lado, el art. 50.6 CP, que regula el sistema de días-multa, establece que el juez o tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen, sin distinguir entre personas físicas y jurídicas. Por otro, el art. 53.5 CP, que se refiere en general a la responsabilidad personal subsidiaria, permite fraccionar el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, sin distinguir entre multa proporcional o días-multa, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga en peligro su supervivencia o el mantenimiento de los puestos de trabajo o cuando lo

<sup>18</sup> Algunos autores entienden que “la penalidad de la persona jurídica no varía porque la persona física de cuyo delito arranca esta nueva responsabilidad penal sólo hubiera sido cómplice de una tentativa inacabada”. Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Las penas de las personas jurídicas”, *La Ley* 2012-3, p. 1830; de acuerdo ROCA AGAPITO, L., “Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas”, en ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 407-408. Olvidan lo previsto en el art. 50.5 CP para la multa impuesta por el sistema de cuotas, que se remite a las reglas del Capítulo II, sin hacer excepciones para las personas jurídicas. Podría ser más dudoso el caso de la multa proporcional, puesto que ahí se señala que “los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no sólo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable” (art. 52.2 CP). Pero ya hemos visto que también aquí han de tenerse en cuenta los grados de ejecución y participación.

Llama la atención, eso sí, que no se apliquen a la multa los criterios previstos en el art. 66 *bis* 1 CP para determinar el resto de las penas previstas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP, esto es, todas menos justamente la multa: la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, las consecuencias económicas y sociales de la pena, y el puesto que ocupa en la estructura empresarial la persona física u órgano que incumplió el deber de control. No parecen en absoluto desacertados en relación con la multa.

<sup>19</sup> MATA BARRANCO, N. de la/ BILBAO LORENTE, M./ ALGORTA BORDA, M., “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, *La Ley Penal* núm. 87, 2011, p. 17. Díez Ripollés, J. L., “Las penas”, cit., p. 209, pone de manifiesto que “es de lamentar que no se hayan introducido reglas específicas para determinar el importe de las cuotas en la pena de multa de personas jurídicas, dada la complejidad de la tarea”.

aconseje el interés general. Debe entenderse que la regulación más específica del art. 53.5 CP es preferente frente a lo dispuesto en el art. 50.6 CP<sup>20</sup>. No sería razonable que se ofreciera un plazo distinto en el caso de días-multa que en el de multa proporcional.

Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma (art. 53.5 CP). No se prevé una duración máxima de la intervención, pero si tenemos en cuenta que la pena de multa sigue siendo exigible hasta que prescribe, que es al cabo de diez años (art. 133.1 en relación con el 33.7 CP), la intervención no debería superar en ningún caso ese plazo. Sin embargo, no faltan autores que defienden que la duración máxima de esta medida de intervención son cinco años, aplicando lo dispuesto en el art. 33.7 g) CP<sup>21</sup>; o que debe durar hasta que se logre el objetivo de pagar la pena de multa impuesta<sup>22</sup>. En cualquier caso, no cabe confundir esta medida con la pena de intervención judicial, pues su objeto es únicamente garantizar el pago de la pena de multa<sup>23</sup>. Por lo tanto, las facultades del interventor se ven limitadas en cuanto han de perseguir únicamente esa finalidad.

#### 4. Breve comparación con el sistema italiano de sanción administrativa

El art. 10, párrafo 1, del Decreto legislativo (en adelante D. lgs.) n. 231/2001, de 8 junio 2001, establece que “al ilícito administrativo dependiente del delito se le aplica siempre la sanción pecuniaria”. Se trata, por tanto, de una sanción de necesaria aplicación, como en el sistema español. Se aplica mediante el sistema de días-multa, con la idea de sortear de una vez el peligro de que la sanción aplicada resulte desproporcionada, sea por exceso que por defecto, en relación con las condiciones económicas del ente, “con todo lo que de ello se deriva (en negativo) en el plano de la eficacia preventiva de la respuesta sancionadora”<sup>24</sup>. Para su determinación se imponen tanto límites cuanti-

<sup>20</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Las penas”, cit., p. 211.

<sup>21</sup> Así, BAUCCELLS LLADÓS, J., “Art. 53”, cit., pp. 553-554.

<sup>22</sup> Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Las penas”, cit., p. 214, quien compensa esta afirmación puntualizando que el principio de proporcionalidad exige que cese la intervención “cuando se constate la imposibilidad de cobro de la multa, atendidas las circunstancias de la persona jurídica y las capacidades de la intervención judicial”.

<sup>23</sup> Cfr. BACH FABREGÓ, R./ GIMENO CUBERO, M. A., “Clases y contenido de penas y ejecución de las penas”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 78; DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Las penas”, cit., p. 213, precisa que su finalidad ya no será salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores, sino asegurar el pago total de la multa impuesta.

<sup>24</sup> DE SIMONE, G., *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, ETS, Pisa, 2012, p. 318. Cfr. también GUERRINI, R., “Le sanzioni a carico degli enti nel d.lgs. n. 231/2001”, en DE FRANCESCO, G. (a cura di), *La responsabilità degli enti*, cit., pp. 69-70.

tativos como cualitativos. El importe de una cuota, de hecho, debe estar comprendido entre un límite mínimo de quinientas mil liras y un máximo de tres millones, esto es, entre 258 y 1.549 euros. El número de cuotas no puede ser inferior a cien (lo que significa una sanción pecuniaria con un límite mínimo de 25.800 euros) ni superior a mil (límite máximo, 1.549.000 euros). Dentro de estos márgenes, el número de cuotas se determina teniendo en cuenta la gravedad del hecho, el grado de responsabilidad del ente y la actividad realizada para eliminar o atenuar las consecuencias del hecho y para prevenir la comisión de ulteriores ilícitos” (art. 11.1 D. lgs. n.231). El importe de cada cuota, por su parte, “se fija sobre la base de las condiciones económicas y patrimoniales del ente con el fin de asegurar la eficacia de las sanciones” (art. 11.2 D. lgs. n.231)<sup>25</sup>. El art. 12 prevé además una serie de circunstancias con base en las cuales se puede reducir la sanción notablemente.

Como es bien sabido, la doctrina italiana está dividida entre quienes afirman la naturaleza estrictamente penal del ilícito del ente<sup>26</sup>, quienes sostienen la naturaleza administrativa<sup>27</sup> y quienes afirman que se trata de un *tertium genus*, de carácter mixto penal-administrativo<sup>28</sup>. Mucho se ha discutido y todavía se discute sobre cuál es la naturaleza real de la responsabilidad por delito de los entes colectivos<sup>29</sup>. Con independencia de esta elección, la sanción que constituye la clave del sistema sigue siendo la pecuniaria, de obligatoria imposición. El rasgo más relevante de la sanción pecuniaria contra personas jurídicas en Italia es el abandono del modelo tradicional de la pena pecuniaria para personas físicas, esto es, el sistema de multa entre un máximo y un mínimo (*ex art. 133-bis c.p.i.*, que sin embargo permite al juez aumentos o disminuciones más allá de los límites previstos), a favor del mecanismo de cálculo por cuotas o días-multa. En España, sin embargo, parece apuntarse cierta preferencia por el sistema de multa proporcional, si bien para las personas físicas el sistema aplicado sea preferentemente el de días-multa.

<sup>25</sup> Sobre estos criterios, RIVERDITI, M., *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione. Circolarità ed innovazione dei modelli sanzionatori*, Jovene, Napoli, 2009, pp. 285-292. También LOTTINI, R., “Il sistema sanzionatorio”, en GARUTI, G. (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, pp. 138 y ss., profundiza sobre cada uno de los conceptos.

<sup>26</sup> Por ej., PALIERO, C. E., “Il d.lgs. 8 giugno 2001”, cit., p. 845, que habla de un “nuevo” modelo de responsabilidad penal.

<sup>27</sup> *Vid.* por todos, MARINUCCI, G., ““Societas puniri potest”: uno sguardo sui fenomeni e sulle discipline contemporanee”, *Riv. it. dir. proc. pen.* 2002, p. 1203.

<sup>28</sup> Entre otros, FERRUA, P., “Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni”, *Rivista di diritto e procedura penale* 2001, pp. 1479 y ss.; y DE RISIO, A., “Societas delinquere potest?”, *Giurisprudenza di merito* 5/2005, pp. 1153 y ss.

<sup>29</sup> Ampliamente DE SIMONE, G., *Persone giuridiche*, cit., pp. 324 y ss.



El sistema de imposición de la multa por importes entre un mínimo y un máximo, usado tanto en el Derecho Administrativo español como en el Derecho Penal italiano, presenta ciertos límites que han sido abundantemente señalados por la doctrina<sup>30</sup>. Por el contrario, ¿puede considerarse adecuado, respecto de las personas jurídicas, el modelo de días multa, tan apreciado en el caso de las personas físicas? En la doctrina existen al respecto opiniones divergentes. Un primer sector doctrinal exalta sus ventajas respecto del modelo proporcional, poniendo de manifiesto su mejor adecuación a los principios de igualdad y no discriminación<sup>31</sup>, mientras que otra corriente de pensamiento evidencia sus desventajas, en particular las derivadas de la dificultad de determinar la capacidad económica del reo, sin olvidar el bajo importe de la sanción máxima prevista<sup>32</sup>. En mi opinión, el sistema de días-multa, tanto en el Ordenamiento español como en el italiano, presenta algunas desventajas en el sector de la responsabilidad de las personas jurídicas. En particular, la cuota diaria mínima, que se considera al alcance de los entes con menores recursos, es en España demasiado baja, lo que se traduce en una escasa capacidad preventiva. En Italia, por su parte, el elevado importe del límite mínimo muestra un rigor desproporcionado frente a la pequeña empresa. Por otro lado, en Italia es demasiado baja la cuota diaria máxima, que ni siquiera combinada con la duración máxima puede tener un efecto preventivo frente a las grandes empresas que son las protagonistas de las grandes catástrofes ambientales o financieras, mientras que en España nueve millones de euros parece menos susceptible de convertirse en un mero coste de gestión, si bien de nuevo para las grandes empresas puede carecer de efecto preventivo<sup>33</sup>. Estas cifras podrían parecer suficientemente altas, al menos si se las compara con las previstas en otros países<sup>34</sup>. Y sin embargo hay ordenamientos que

<sup>30</sup> Vid. por todos GOISIS, L., *La pena pecuniaria, un'indagine storica e comparata: profili di effettività della sanzione*, Giuffrè, Milano, 2008; MIEDICO, M., *La pena pecuniaria. Disciplina, prassi e prospettive di riforma*, Egea, Milano, 2008.

<sup>31</sup> En este sentido, entre otros, LANDROVE DÍAZ, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 2005, p. 92, según el cual la razón de ser del modelo de días multa, y su principal ventaja, es su adecuación a las posibilidades económicas del condenado, que permite evitar discriminaciones.

<sup>32</sup> Cfr. en España MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. Civitas, Cizur Menor, 2011, p. 237; en Italia BERNASCONI, A., "L'apparato sanzionatorio", en PRESUTTI, A./BERNASCONI, A., *Manuale della responsabilità degli enti*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 183.

<sup>33</sup> Como hemos visto, el importe de la pena pecuniaria para las personas jurídicas oscila en España entre un mínimo de 5.400 y un máximo de nueve millones de euros. En Italia, la banda de oscilación de la sanción pecuniaria es más reducida. Se extiende entre un mínimo de 25.800 y un máximo de 1.549.000 euros. Se pretendía, en sustancia, garantizar una "adecuación efectiva a las condiciones del ente, en consideración al carácter extremadamente variado de la realidad económica de la empresa en nuestro país", según la Relación.

<sup>34</sup> La pena pecuniaria más alta imponible en los Países Bajos es de 740.000 euros. Cfr. KEULEN, F./GRITTER, E., "Corporate Criminal Liability in the Netherlands", en PIETH, M./IVORY, R. (Eds.), *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk*, Springer, Dordrecht, 2011, p. 185. Por su parte, en Francia se puede llegar a 5 millones de euros. Cfr. DECKERT, K., "Corporate Criminal Liability in France", en PIETH, M./IVORY, R. (Eds.), *op. cit.*, p. 166.

no prevén un límite máximo, como Inglaterra y País de Gales. Sin olvidar que existen sanciones pecuniarias de naturaleza administrativa de importe superior<sup>35</sup>.

La sanción pecuniaria proporcional es especialmente adecuada cuando el ente ha obtenido una ventaja o un beneficio del delito cometido por la persona física. Ciertamente se puede producir la *deterrence trap*, esto es, la imposición de una sanción que supere cualquier posibilidad real de absorción por parte del ente, lo que le hace perder el efecto preventivo. No obstante, es posible adoptar medidas para evitarlo, como por ejemplo tener en cuenta, a la hora de imponer un determinado factor de multiplicación (x 2, x 3, x 4, etc.), “no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable”, como hace el art. 52.2 CP. En cualquier caso, la razón fundamental que justifica la preferencia por el modelo de multa proporcional se encuentra en la clase de delitos que hacen saltar la responsabilidad sea penal (en España) que administrativa (en Italia) de las personas jurídicas: delitos económicos o propios de la criminalidad organizada, que normalmente producen ingentes beneficios. El problema radica en que la sanción pecuniaria proporcional, que se determina usando parámetros que multiplican el beneficio obtenido o que se habría podido obtener, termina haciéndose efectiva sobre bienes que pueden tener un origen lícito, aproximándose en sus efectos al decomiso de bienes, que no tiene un límite de valor. Esto da lugar a una confusión no deseable. La sanción pecuniaria no debería tener una finalidad confiscatoria; el decomiso no debería tener una finalidad punitiva<sup>36</sup>. Solamente la forma combinada de estas dos consecuencias del delito puede ofrecer una solución justa en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas.

Una posible vía intermedia sería la previsión de una sanción pecuniaria siguiendo el sistema de días multa, con un mínimo bastante bajo y sin límite máximo, o (si hay dudas de constitucionalidad, en particular desde la perspectiva del principio de legalidad,

<sup>35</sup> Por ej., el art. 23.1 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE), dispone que la Comisión podrá “imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas de hasta un 1% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior”, una cifra que puede ser enorme. Sobre la forma de realizar el cálculo *vid.* las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 1/2003 (2006/C 210/02) (Texto pertinente a efectos del EEE).

<sup>36</sup> Este tema merecería un análisis más detallado de las relaciones entre instrumentos confiscatorios y sanción pecuniaria que, por razones de espacio, no es posible llevar a cabo aquí. Baste la referencia a FORNARI, L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”*, Cedam, Padova, 1997, pp. 247 y ss.

porque estas multas no estarían determinadas por la ley) con un máximo que el juez pueda elevar sustancialmente en el caso de que se trate de una gran empresa, siguiendo modelos ya conocidos en el derecho italiano<sup>37</sup>.

## 5. ¿La sanción pecuniaria es adecuada para las personas jurídicas?

La sanción pecuniaria, sea penal o administrativa, es el castigo más utilizado contra las personas jurídicas. Esta preferencia, observable en la mayoría de los ordenamientos europeos, se justifica generalmente sobre la base del hecho de que un ente colectivo no puede ser condenado a pena privativa de libertad, a diferencia de una persona física<sup>38</sup>. Pero cabe preguntarse por qué, sin embargo, no se usan las sanciones interdictivas.

Hay dos factores clave para explicar la difusión de la sanción pecuniaria. El primero, innegable, hace referencia a los menores costes de ejecución que debe soportar el Estado. El segundo, mucho más discutido, parte de la presunción de que estas sanciones tienen un gran potencial preventivo. Esta presunción, a su vez, se basa en la asunción de que la persona jurídica, al igual que la física, realiza elecciones racionales sobre la base de un balance de costes y beneficios<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> El Código Rocco concedía al juez la facultad de aumentar hasta el triple la pena pecuniaria, cuando por las condiciones económicas del reo su importe se presumiera ineficaz (arts. 24, c. 3 y 26, c. 2 c.p.i.).

<sup>38</sup> Es famosa la cita atribuida al primer Lord Thurlow (1731-1806), quien habría preguntado "Did you ever expect a corporation to have a conscience, when it has no soul to be damned, and no body to be kicked?". El autor que más ha contribuido a su popularidad es COFFEE, J. C. Jr., "No soul to damn: No body to kick: An unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment", *Michigan Law Review* 79(3), 1981, pp. 386-459.

<sup>39</sup> Es un argumento habitual en la doctrina. *Vid.* por todos, CHAMBLISS, W. J., "Types of Deviance and the Effectiveness of Legal Sanctions", *Wisconsin Law Review* 1967, pp. 705-719; BRAITWAITE, J./ GEIS, G., "On Theory and Action for Corporate Crime Control", *Crime and Delinquency* 28, 1982, p. 302; MILLER, E. H., "Federal Sentencing Guidelines for Organizational Defendants", *Vanderbilt Law Review* 46, 1993, pp. 203 y ss.; PATERNOSTER, R./ SIMPSON, S., "A Rational Choice Theory of Corporate Crime", en CLARKE, R. V./ FELSON, M. (Eds.), *Routine Activities and Rational Choice: Advances in Criminological Theory. Volume 5*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1993, *passim*; ULEN, T. S., "The Economic Case for Corporate Criminal Sanctioning", en LOFQUIST, W./ COHEN, M./ RABE, G. (Eds.), *Debating Corporate Crime*, Anderson Publishing, Cincinnati, 1997, pp. 119-141. En contra de esta presunción de que la persona jurídica se comporta como la física *vid.* las interesantes consideraciones de ERMANN, M. D./ RABE, G. A., "Organizational Processes (not rational choices) Produce most Corporate Crimes", en LOFQUIST, W./ COHEN, M./ RABE, G. (Eds.), *cit.*, *passim*; LAUFER, W. S., "Corporate Bodies and Guilty Minds", *Emory Law Journal* 43, 1994, pp. 647-730; METZGER, M. B./ SCHWENK, C. R., "Decision Making Models, Devil's Advocacy, and the Control of Corporate Crime", *American Business Law Journal* 28, 1990, pp. 323-377.

Esta valoración positiva no deja de ser llamativa si se tiene en cuenta, por una parte, que en el panorama comparado se han vertido fuertes críticas contra la multa para personas jurídicas por su carencia de efectos preventivos, en buena medida empleando argumentos muy razonables sobre los que me detendré a continuación; y, por otra parte, que tradicionalmente el nivel de la sanción pecuniaria se ha mantenido bastante bajo, reduciendo así ulteriormente sus potenciales efectos preventivos. Vayamos por partes. Los principales valedores de la pena de multa, para personas físicas pero también, muy especialmente, para las jurídicas, se encuadran en la escuela de Chicago. Desde la perspectiva del análisis económico del Derecho, se parte de un modelo en el que las personas toman decisiones racionales en la medida en que hacen elecciones que tienden a maximizar sus beneficios y minimizar sus costes. Aplicada al Derecho Penal, esta teoría predice que se cometerá un delito cuando los beneficios percibidos de tal infracción superen sus costes percibidos<sup>40</sup>.

La teoría de la elección racional permite determinar cuál es la pena óptima y con qué grado de intensidad ha de imponerse. Tal y como expuso originalmente Gary BECKER en 1968<sup>41</sup>, la pena de multa es la pena óptima, por cuanto ahorra a la sociedad el coste de la prisión y permite que el condenado siga trabajando. En su estudio afirma que si algunos delincuentes pueden pagar la multa y otros no, los primeros deben ser castigados con multa y para los segundos se han de buscar otras penas<sup>42</sup>. La primera consecuencia de esta propuesta es que la selección de penas debe realizarse no sobre la base de la gravedad del delito, sino de la posibilidad del delincuente de hacer frente a la multa. La segunda es que un delincuente solvente no debería ir a prisión siempre que sea capaz de pagar la pena de multa.

BECKER no se refirió en su estudio al delincuente corporativo. Sí lo hizo Richard POSNER<sup>43</sup>. Para este autor, el fin que ha de perseguir la multa en el ámbito de la

<sup>40</sup> Cfr. GRASMICK, H. G./ BURSIK, R. J., "Conscience, Significant Others, and Rational Choice: Extending the Deterrence Model", *Law and Society Review* 24, 1990, pp. 837-861; PILIAVIN, I./ GARTNER, R./ THORNTON, C./ MATSUEDA, R., "Crime, Deterrence, and Rational Choice", *American Sociological Review* 51, 1986, pp. 101-119.

<sup>41</sup> Citado por BECKER, G., "Crime and Punishment: An economic approach", en BECKER, G./ LANDES, W. (Eds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, Columbia University Press, New York, 1974, pp. 1-54. *Vid.* también BECKER, G., *The Economic Approach to Human Behavior*, University of Chicago Press, Chicago-London, 1976.

<sup>42</sup> Cfr. BECKER, G., "Crime and Punishment", *cit.*, pp. 31-32.

<sup>43</sup> POSNER, R. A., "Optimal Sentences for White-Collar Criminals", *American Criminal Law Review* 17, 1980, pp. 409-418; del mismo autor, *Economic Analysis of Law*, 6<sup>th</sup> ed. Aspen Publishers, New York, 2002, pp. 437-439.

delincuencia corporativa es motivar a la empresa (en realidad a los socios) para organizarse de forma que pueda prevenir la comisión de delitos. Se parte, pues, de que los delitos que cometen las personas jurídicas responden a motivaciones racionales, por lo que si se amenaza con una sanción cuyo coste de aplicación (*expected punishment cost*)<sup>44</sup> equivalga como mínimo al beneficio que se espera obtener con la comisión del delito la empresa se abstendrá de cometerlo, aplicando un sencillo cálculo de costes y beneficios. POSNER pone de manifiesto que dado que la sanción corporativa por excelencia es la pecuniaria, no está claro por qué ha de tener naturaleza criminal, puesto que los costes que impone la tutela de las garantías propias del procedimiento penal solo tienen sentido económico cuando la pena criminal impone costes más pesados que la mera transferencia de dinero del criminal al Estado. La conclusión es que es preferible sancionar al infractor corporativo con sanciones pecuniarias no penales.

Pese a la claridad teórica de esta propuesta hay al menos dos aspectos que resultan criticables. Dejando a un lado la cuestión de que respecto de las personas físicas supone asumir un doble rasero penal que no compensa las desigualdades sociales, sino que las perpetúa<sup>45</sup>, tiene carácter más general la objeción conforme a la cual la aplicación especular invertida de la ley de la oferta y la demanda al Derecho Penal no es sostenible. Como señala PALIERO<sup>46</sup>, esta ley pretende explicar la distribución en el mercado de bienes que suponen una ventaja para los actores en el mercado –para todos, tanto para el productor como para los consumidores–. Presupone además un modelo de comportamiento dirigido a incentivar las decisiones relativas a los bienes, no a desincentivarlas. Por el contrario, la lógica que subyace al “mercado de la pena” es justamente la inversa: en este mercado se distribuye un bien negativo –la pena–, que supone costes para todos y no aporta ningún beneficio, ni público ni privado. Es un mercado cuya lógica se orienta a deprimir, no a desarrollar sus propias dinámicas, y sobre todo a desincentivar tanto la demanda de pena –por parte del reo a través de su comportamiento criminal– como la oferta de pena –por parte del Estado–. Ciertamente es que en este mercado hay un beneficio final, representando por el mantenimiento del orden social gracias a la prevención de los delitos, pero este beneficio no es cuantificable,

<sup>44</sup> Sobre este concepto, COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., p. 389; del mismo autor, “Making the Punishment fit the Corporation: The Problem of Finding an Optimal Corporation Criminal Sanction”, *Northern Illinois University Law Review* 1980, pp. 7-8. El *expected punishment cost* se calcula sobre la base de dos factores: el importe de la pena pecuniaria y la probabilidad de su aplicación.

<sup>45</sup> Pues son siempre los mismos quienes sufren el estigma de la prisión, los miembros de las clases más desfavorecidas económicamente; mientras que quien pueda permitírselo será castigado con penas pecuniarias no estigmatizantes, cuya imposición no tiene el mismo efecto que la prisión.

<sup>46</sup> PALIERO, C. E., “L’economia della pena”, *Riv. ital. dir. proc. pen.* 2005, p. 1372.

*ergo* no es apreciable en términos económicos. Para terminar, tanto el comportamiento del actor institucional como de los actores individuales en este mercado es, al menos en parte, y en algún caso completamente, inelástico, es decir, insensible a modificaciones en la cantidad y precio del bien ofrecido por el “mercado de la pena”. Dicho brevemente, buena parte del comportamiento criminal no responde a los parámetros de una “elección racional”, como nos indican los estudios criminológicos dedicados al estudio de la tipología criminal. No solo existen crímenes pasionales, sino también subculturas criminales que no responden a una racionalidad económica. En ocasiones, incluso los delincuentes racionales por excelencia, las personas jurídicas, actúan de forma irracional. Así ocurre cuando la infracción surge de la ignorancia, o de la falta de capacidad técnica u organizativa de cumplimiento de la norma, con independencia del nivel de la multa. A ello se suma que hay indicios de que la maximización del beneficio puede no ser una explicación adecuada del comportamiento corporativo en absoluto, pues, por ej., el deseo de ascender de los gestores de nivel medio y alto y las luchas de poder entre grupos de accionistas en empresas cotizadas son motivaciones importantes<sup>47</sup>.

En segundo lugar, sigue siendo difícil determinar el nivel óptimo de la pena de multa. La mayoría de los delitos imputables a personas jurídicas son delitos socioeconómicos en sentido amplio, con una tasa muy baja de descubrimiento, y todavía menor de persecución y condena. La percepción de la amenaza que supone la imposición de la sanción refleja la probabilidad de que ésta no se imponga. Hay que conocer y tener en cuenta este dato a la hora de determinar el importe idóneo de la multa, lo que explica que siga existiendo una amplia controversia al respecto<sup>48</sup>. En cualquier caso, existe bastante coincidencia en que el importe ha de ser considerable, dados los bajos niveles de descubrimiento y persecución de los delitos generalmente atribuidos a personas jurídicas<sup>49</sup>. Pero la previsión de multas suficientemente altas como para tener un efecto disuasivo puede impedir la supervivencia de las empresas a las que efectivamente se les aplique<sup>50</sup>: se produce así la llamada *deterrence trap*, esto es, la trampa de la disuasión<sup>51</sup>. Los efectos preventivos de la multa de nada sirven cuando la persona jurídica es incapaz de hacer frente a la pena.

<sup>47</sup> Cfr. LEVIN, M. H., “Corporate probation conditions: Judicial creativity or abuse of discretion?”, *Fordham Law Review* 52, 1983, p. 641.

<sup>48</sup> Cfr. GRUNER, R. S., “Structural Sanctions: corporate sentences beyond fines”, en LOFQUIST, W./ COHEN, M./ RABE, G. (eds.), *op. cit.*, pp. 147-148; HEINE, G., “Sanctions in the field of corporate criminal liability”, en ESER, A. (ed.), *Criminal responsibility of Legal and Collective Entities*. Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg, 1999, pp. 242 y ss.

<sup>49</sup> Cfr. MILLER, E. H., “Federal Sentencing Guidelines”, *cit.*, p. 204.

<sup>50</sup> Cfr. GRUNER, R. S., “Structural Sanctions”, *cit.*, p. 148.

<sup>51</sup> Al respecto es imprescindible COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, *cit.*, pp. 389 y ss.

Por otra parte, dado que la persona jurídica es distinta de las personas físicas que la dirigen, tampoco está claro si una multa elevada, pero de la que es destinataria la persona jurídica, tiene efectos disuasivos tanto sobre los representantes legales y administradores, que son los que más pueden verse directamente afectados en su carrera profesional por el estigma inherente al delito<sup>52</sup>, como sobre los mandos intermedios, más preocupados por conseguir un ascenso a toda costa<sup>53</sup>.

Estas críticas me parecen difíciles de refutar. Otras, sin embargo, tienen puntos débiles. Por ejemplo, se ha indicado que la previsión de multas sobredimensionadas puede producir otros efectos indeseados, conocidos como *overspill*<sup>54</sup>, que pesan sobre terceros inocentes: fundamentalmente, acreedores<sup>55</sup>, trabajadores<sup>56</sup> y clientes o consumidores<sup>57</sup>. En primer lugar, yo no incluiría entre estos terceros inocentes a los socios y obligacionistas<sup>58</sup> pues, tal y como se configura el modelo de imputación de responsabilidad penal/administrativa a la persona jurídica en España e Italia, son responsables, aunque no se les imponga directamente una sanción penal, de no haber ejercido el debido control

<sup>52</sup> En la doctrina se ha ido abandonando la posición que defendía que solo la persona física es capaz de advertir el efecto estigmatizante de la condena, que una estructura inanimada como la persona jurídica no puede percibir. Por ej. COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., p. 389. Hoy se sabe que la imagen es muy importante para las empresas cotizadas, que invierten ingentes cantidades de dinero en campañas publicitarias dirigidas a mejorarla. *Vid.* entre otros, FISSE, B., “Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions”, *Southern California Law Review* 56(6), 1983, p. 1153.

<sup>53</sup> Cfr. HEINE, G., “Sanctions”, cit., p. 244. PATERNOSTER, R./ SIMPSON, S., “Sanction Threats and Appeals to Morality: Testing a Rational Choice Model of Corporate Crime”, *Law and Society Review* 30(3), 1996, pp. 549 y ss., descubrieron que las consideraciones morales constituyen para administradores y directores una fuente importante de control social, hasta el punto de condicionar los efectos de factores más racionales. Solo en áreas en que se debilita la inhibición moral predominan las consideraciones de tipo instrumental.

<sup>54</sup> “Cuando la persona jurídica se resfría, estornuda otro”. COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., p. 401.

<sup>55</sup> La sanción pecuniaria se critica porque reduce el patrimonio del ente y por tanto la garantía de pago de los acreedores sociales. Cfr. KENNEDY, C., “Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms”, *California Law Review* 73(2), 1985, p. 455.

<sup>56</sup> La disminución de la capacidad productiva puede obligar al ente a modificar su estrategia de empresa, reduciendo el personal e incidiendo así negativamente sobre la tasa de paro. Cfr. COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., pp. 401-402.

<sup>57</sup> Cfr. RUSH, F. L., “Corporate Probation: Invasive Techniques for Restructuring Institutional Behavior”, *Suffolk University Law Review* 21(1), 1986, p. 455.

<sup>58</sup> *Vid.* sin embargo, COFFEE, J. C. Jr., “Making the Punishment”, cit., p. 6. En el sentido de que la pena pecuniaria no hace nada más que privar a los accionistas del enriquecimiento injusto derivado del delito, *vid.* McADAMS, J. B., “The Appropriate Sanctions for Corporate Criminal Liability: An Eclectic Alternative”, *University of Cincinnati Law Review* 46, 1977, pp. 994-995. Al respecto *vid.* también KREINER RAMIREZ, M., “The Science Fiction of Corporate Criminal Liability: Containing the Machine through the Corporate Death Penalty”, *Arizona Law Review* 47, 2005, pp. 991 y ss.; DE MAGLIE, C., *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 347-348.

sobre los representantes legales y administradores de hecho o de derecho de la entidad. Por lo que se refiere a los efectos sobre los acreedores y los trabajadores, conviene tener presente que no existe pena o sanción que no imponga costes a terceros inocentes, y que los costes anteriormente mencionados no parecen desproporcionados, sobre todo porque cuando lo son el juez o tribunal está obligado a tenerlo en cuenta a la hora de imponer y determinar la sanción aplicable a la persona jurídica. Más preocupante me parece la constatación llevada a cabo en otros países de que los Jueces y Tribunales son reacios a imponer penas de multa de cuantía elevada a las personas jurídicas, precisamente para evitar esa supuesta afectación a terceros inocentes, lo que se conoce como *nullification*<sup>59</sup>.

Por último, la multa se puede considerar un coste empresarial más<sup>60</sup>, que la persona jurídica puede trasladar a sus clientes y consumidores a través del aumento de los precios de sus productos y servicios. Esta es una crítica habitual, repetidas hasta la saciedad por los comentaristas. Sin embargo, en mercados muy competitivos no resulta fácil para las empresas aumentar los precios sin perder competitividad. Además, ¿no es razonable pensar que si la empresa hubiera podido aumentar los precios sin perder competitividad lo habría hecho antes, sin necesidad de esperar a la imposición de una multa?<sup>61</sup>

## 6. Conclusiones

Al igual que en el caso de las penas imponibles a las personas físicas, existe un amplio debate doctrinal sobre los fines que han de cumplir las penas para personas jurídicas. Además de su función preventivo-general, las penas para personas jurídicas tienen una clara vocación preventivo-especial, pues pretenden controlar o inocuizar, de forma temporal o definitiva, a una persona jurídica que ha revelado una especial peligrosidad a través de la comisión de delitos por sus dirigentes. Esa peligrosidad de la persona jurídica se relaciona directamente con su incapacidad para organizarse de forma que sus administradores, representantes y empleados no cometan delitos, de manera que incentivar a la persona jurídica a adoptar medidas preventivas es uno de los objetivos

<sup>59</sup> Cfr. MILLER, E. H., “Federal Sentencing Guidelines”, cit., p. 207.

<sup>60</sup> Al respecto, *vid.* COFFEE, J. C. Jr., “No soul to damn”, cit., pp. 401-402; LEVIN, M. H., “Corporate Probation Conditions”, cit., p. 639; ORLAND, L., “Reflections on Corporate Crime: Law in Search of Theory and Scholarship”, *American Criminal Law Review* 17, 1980, p. 516.

<sup>61</sup> Cfr. COOTER, R., “Prices and Sanctions”, *Columbia Law Review* 84(6), 1984, pp. 1523 y ss.



fundamentales que ha de perseguir el sistema penal. Como hemos visto, ello lleva a los partidarios del análisis económico del Derecho a defender la multa como la sanción óptima para personas jurídicas, dado que éstas tienden a actuar de forma racional, calculando costes y beneficios, de forma que una multa suficientemente elevada como para igualar el daño infligido a las víctimas, más los costes de la detección del delito y la condena habrá de tener necesariamente efectos preventivos. Esta posición se basa, como se ha podido comprobar, en dos pilares fundamentales: la concepción de la persona jurídica de tipo empresarial como un ser racional y la convicción de que es posible calcular multas suficientemente disuasorias, que pueden ser pagadas por el destinatario de la sanción sin afectar excesivamente a terceros inocentes. Ambos aspectos han sido objeto de críticas razonables. A ello se suma 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<sup>62</sup>. 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 del ente y/o le incentiven u obliguen a reorganizarse de forma que pueda prevenir la comisión de delitos en el futuro. A este respecto, la intervención (*commissario giudiziale* en la terminología italiana) se revela como una de las medidas con mayores posibilidades, siempre que en el reglamento pendiente de aprobación y en su aplicación práctica se configure como una suerte de *probation* corporativa que permita desde la remoción de administradores y directores a la imposición de nuevas estructuras organizativas orientadas a la prevención de delitos dentro de la empresa. Por el contrario, no me parece adecuado centrar toda la atención en la existencia de programas de prevención de delitos. Algunos estudios apuntan a que estos programas se dirigen fundamentalmente a atenuar la responsabilidad penal, más que a conseguir una verdadera modificación de la conducta corporativa en orden a garantizar el cumplimiento de la ley en el futuro<sup>63</sup>.

<sup>62</sup> Cfr. ya STONE, C. D., *Where the Law Ends. The Social Control of Corporate Behavior*, Harper & Row, New York, 1975, p. 57. No falta quien sostiene que la multa es más adecuada que otras medidas, como la *probation*, para conseguir los fines de la pena. En este sentido, WRAY, C. A., "Corporate Probation under the New Organizational Sentencing Guidelines", *The Yale Law Journal* 101(8), 1992, pp. 2031 y ss.

<sup>63</sup> Ad esempio, KRAWIEC, K. D., "Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance", *Washington University Law Quarterly* 81, 2003, pp. 510 y ss., secondo il quale le indagini empiriche mostrano come né i codici di comportamento né i *compliance programs* costituiscano meccanismi efficaci per impedire "condotte socialmente indesiderabili all'interno delle organizzazioni"; McKENDALL, M., et al., "Ethical Compliance Programs and Corporate Illegality: Testing the Assumptions of the Corporate Sentencing Guidelines", *Journal of Business Ethics* 37, 2002, pp. 376-379.

En segundo lugar, 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<sup>64</sup>, lo que disminuye la confianza de la comunidad.

<sup>64</sup> Cfr. FISSE, B., "Sentencing options against corporations", *Criminal Law Forum* 1(2), 1990, p. 220; KAHAN, D. M./ POSNER, E. A., "Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines", *Journal of Law & Economics* 42, 1999, p. 380.