



Universidad de Oviedo

Programa de Doctorado en
Derecho

**LAS PENAS PREVISTAS PARA LAS PERSONAS
JURÍDICAS Y SU INTEGRACIÓN EN EL
SISTEMA PENAL**

Tesis doctoral presentada por:

Florin David Tugui

Dirigida por:

Javier Gustavo Fernández
Teruelo

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Oviedo

Oviedo, 2021



RESUMEN DEL CONTENIDO DE TESIS DOCTORAL

1.- Título de la Tesis	
Español: Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal	Inglés: The penalties foreseen for legal persons and their integration into the criminal justice system

2.- Autor	
Nombre: Florin David Tugui	NIE: _____
Programa de Doctorado: Derecho	
Órgano responsable: Comisión Académica de Doctorado en Derecho	

RESUMEN (en español)

La consolidación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico a través de 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 centró el debate doctrinal, casi en exclusiva, sobre aspectos como el modelo de imputación o la culpabilidad de estos entes, lo que supuso una menor atención a temas igualmente relevante como son las penas susceptibles de imponer a las personas jurídicas.

La presente investigación, tomando como punto de partida los escasos trabajos específicos realizados en la materia, trata de acercarse al contenido y al régimen de aplicación y ejecución de las penas previstas en el artículo 33.7 del Código Penal.

El trabajo, apoyado en los grandes avances doctrinales hechos hasta el momento, comienza analizando dos aspectos que inciden directamente en el tema principal. Así, por un lado, se realiza un análisis de los problemas derivados de la determinación del sujeto destinatario de las medidas contempladas en el art. 33.7 del CP y, por el otro, se centra en poner de manifiesto las repercusiones que los postulados de los distintos modelos de imputación de las personas jurídicas tienen sobre la definición de la naturaleza de las penas a imponer a los entes colectivos con personalidad jurídica.

La parte central de la tesis doctoral está dedicada a un exhaustivo estudio de las reglas de determinación de las llamadas penas interdictivas, medidas que suponen el grueso del arsenal punitivo previsto por nuestro Código Penal para las personas jurídicas. Junto a las mencionadas reglas se hace un detenido examen del catalogo de penas susceptibles de imponer a las personas jurídicas con el objetivo de poner de relieve su posible contenido y régimen de ejecución. El estudio se integra con las reflexiones relativas a la regulación de la pena de multa, medida que, si bien suscita problemas interpretativos al igual que las penas interdictivas, se diferencia de éstas por su imposición de manera obligatoria y por gozar de unas normas mucho más claras sobre su determinación y extensión.

El estudio finaliza con las observaciones realizadas en torno a las causas de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a las singulares normas del art. 130.2 CP que regulan justo lo contrario, es decir, los supuestos de no extinción de la responsabilidad penal de estas entidades.



RESUMEN (en Inglés)

The consolidation of the regime of criminal liability of legal entities in our legal system through Organic Law 1/2015, of 30 March, which modifies Organic Law 10/1995, of 23 November, of the Criminal Code, focused the doctrinal debate, almost exclusively, on aspects such as the model of imputation or the culpability of these entities, which meant less attention to equally relevant issues such as the penalties that can be imposed on these subjects.

This research, taking as its starting point the scarce specific work carried out on this subject, attempts to approach the content and the regime of application and execution of the penalties provided for in Article 33.7 of the Criminal Code.

The work, based on the major doctrinal advances made to date, begins by analysing two aspects that have a direct bearing on the main theme. Thus, on the one hand, an analysis is made of the problems derived from the determination of the target subject of the measures contemplated in Article 33.7 of the Criminal Code and, on the other, it focuses on highlighting the repercussions that the postulates of the different models of imputation of legal persons have on the definition of the nature of the penalties to be imposed on collective entities with legal personality.

The central part of the thesis is devoted to an exhaustive study of the rules for determining the so-called interdictive penalties, measures which make up the bulk of the punitive arsenal provided by our Criminal Code for legal entities. Together with the aforementioned rules, a detailed examination is made of the catalogue of penalties that can be imposed on legal persons with the aim of highlighting their possible content and enforcement regime. The bulk of the study is made up of reflections on the regulation of fines, a measure which, although it raises interpretative problems like interdictive penalties, differs from them in that it is imposed in a compulsory manner and has much clearer rules on its determination and extent.

The study ends with the observations made on the causes of extinction of the criminal liability of legal entities and the singular rules of Art. 130.2 PC which regulate just the opposite, i.e. the cases of non-extinction of the criminal liability of these entities.



GOBIERNO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN

La presente tesis se ha realizado en el marco de una beca de investigación predoctoral del **Programa de Ayudas “Severo Ochoa” para la formación en investigación y docencia** de la Consejería de Educación y Cultura del Principado de Asturias (Convocatoria publicada por Resolución de 27 de septiembre de 2017, BOPA 11/10/2017) que me ha sido concedida por Resolución de 27 de diciembre de 2018 (BOPA 23/01/2019).

ÍNDICE

ABREVIATURAS	10
CAPITULO I: APROXIMACIÓN AL MODELO ESPAÑOL DE RPPJS	12
A. La consolidación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento	12
1. Antecedentes: Las consecuencias accesorias del artículo 129 y la responsabilidad solidaria de la PJ en el pago de la multa (art. 31.2).....	12
2. La introducción de la RPPJs por la reforma 5/2010 de 22 de junio.....	17
3. El cambio de modelo operado por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo.....	22
B. Concepto de persona jurídica penalmente responsable	27
1. Elementos definitorios de la persona jurídica penalmente responsable	27
1.1. La regulación del Código Penal.....	27
1.2. El imprescindible empleo de la normativa extrapenal.....	32
1.3. Recapitulación	35
2. Tipos concretos de entes imputables	35
2.1. Los supuestos habituales	35
2.2. Análisis de los casos dudosos	37
3. Personas jurídicas exentas de responsabilidad penal	40
C. Derechos fundamentales de las personas jurídicas imputables: una visión general.....	42
1. Las construcciones jurisprudenciales	42
2. Concreción de los titulares-persona jurídica	45

CAPITULO II: EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LAS «PENAS» DE LAS PERSONAS JURÍDICAS 49

A. Reflexiones iniciales 49

B. Los modelos de imputación 51

1. Modelo de autorresponsabilidad: ¿camino hacia las penas? 51

1.1. Características generales..... 51

1.2. Los conceptos de acción y culpabilidad 53

1.2.1. Injusto: hecho de conexión y culpabilidad: defecto de organización 53

1.2.2. Injusto: defecto de organización y culpabilidad: cultura de incumplimiento 56

1.3. Críticas al modelo: de penas a «penas» 59

2. Modelo de heterorresponsabilidad 62

2.1. Las premisas del modelo 62

2.2 La necesaria reorientación del modelo de heterorresponsabilidad..... 65

3. La opción jurisprudencial y la posición de la Fiscalía 69

C. La ineficaz mirada hacia el Derecho Administrativo 76

1. Los principios del Derecho Penal matizados en Derecho Administrativo..... 76

2. La situación de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo..... 80

CAPÍTULO III: LAS REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS SUSCEPTIBLES DE IMPOSICIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS 86

A. Características de las penas privativas de derechos 86

B. La aplicación del artículo 66 a las penas previstas para las personas jurídicas 89

C. Criterios generales para la imposición y extensión de las penas interdictivas 93

1. Dificultades derivadas de la operatividad de los criterios 93

1.1. Reflexiones sobre sus características.....	93
1.2. La relación con los fines de estas penas	94
1.3. Alcance de los criterios: posibilidad de acumular penas.....	96
1.4. La necesaria motivación	97
2. Análisis del contenido de los criterios.....	103
2.1. Prevención de la actividad delictiva o de sus efectos.....	103
2.2. Consecuencias económicas y sociales.....	108
2.3. El puesto de la persona física u órgano que incumplió el deber de control	115
2.3.1. Discordancias con el artículo 31 bis CP.	115
2.3.2. Alcance limitado del criterio.....	117
2.3.3. Concreción de los deberes de control	118
D. Los límites y requisitos de la extensión de las penas privativas de derechos	121
1. Determinación de los límites máximos de las penas interdictivas	121
1.1. La duración de la pena privativa de libertad de la persona física.....	121
1.2. El incumplimiento menos grave	124
2. Criterios específicos de determinación y aplicación de las penas interdictiva .	125
2.1. Aproximación a los requisitos de la 2ª regla del artículo 66 bis.....	125
2.2. La reincidencia: un debate sin cerrar.....	128
2.2.1. Precisiones iniciales	128
2.2.2. Los requisitos de la reincidencia.....	129
2.2.3. La falta de consenso doctrinal sobre el fundamento de la reincidencia de las personas físicas.....	131
2.2.4. Las sombras de duda sobre su constitucionalidad	133
2.2.5. Particularidades del régimen de la reincidencia de las personas jurídicas: con especial referencia a la reincidencia internacional.....	134
2.3. La multirreincidencia.....	136
2.4. La difícil concreción del concepto de instrumentalización de la persona jurídica.....	137

E. Las excepciones del sistema de penas facultativas y su ajuste a las normas de determinación.....	143
1. Introducción	143
2. Las excepciones contenidas en el Código Penal	143
2.1. La previsión del artículo 424 CP	143
2.2. Las penas obligatorias del artículo 310 bis.....	148
2.3. Incidencia en la interpretación de la remisión al artículo 66 CP	149
2.4. La regla 1ª del artículo 66 bis y las penas interdictivas obligatorias.....	150
2.5. La extensión de las penas interdictivas obligatorias.....	151
3. La ley de represión del contrabando	152
CAPÍTULO IV: LA PENA DE MULTA	156
A. Cuestiones generales	156
1. Introducción	156
2. Aspectos cualitativos y cuantitativos	158
B. Análisis de los sistemas de la pena de multa previstos el Código Penal español	162
1. El sistema días-multa	162
1.1. Análisis de idoneidad	162
1.2. Determinación de la extensión temporal	165
1.3. El importe de la cuota: en especial la capacidad económica.....	166
2. La multa proporcional	174
2.1. Aspectos generales	174
2.2. El régimen sustitutorio	178
3. Cuestiones comunes a los dos sistemas: ¿el aplazamiento y la reducción del importe de la multa impuesta a la persona jurídica?	184
C. La modulación de las penas de multa impuestas a la persona jurídica y a la persona física. El contenido del artículo 31 ter del CP.....	187

1. El contenido del artículo 31 ter del CP	187
2. Análisis de la posible justificación y aplicación	188
3. Primeras soluciones judiciales	191
D. La ejecución de la pena de multa.....	194
1. El fraccionamiento	194
2. Quebrantamiento de la pena de multa y la intervención judicial	198
E. Reflexiones finales sobre la capacidad de disuasión de la pena de multa impuesta a las personas jurídicas	201
CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE LAS PENAS INTERDICTIVAS	208
A. Consideraciones preliminares sobre las penas interdictivas.....	208
B. La suspensión de actividades [art. 33.7. c)].....	211
1. La aplicación como consecuencia accesoria del art. 129 CP	211
2. El difícil encaje en el catálogo de penas	217
2.1. La suspensión total de las actividades	218
2.2. La suspensión parcial de las actividades	222
2.3. Un último intento de buscar un rasgo diferenciador.....	225
C. Clausura de locales y establecimientos [art. 33.7 d)]	227
1. La imprecisa redacción de la actual medida y la falta de coherencia con la parte especial.	227
2. Concepto de local y establecimiento	229
3. Alcance y requisitos para la imposición de la pena	230
3.1. ¿Clausura total o parcial?	230
3.2. La vinculación con el delito	232
4. Los terceros afectados: en especial la titularidad de los locales	234
5. ¿Cierre de páginas web?.....	236
6. Reflexión final.....	240

D. La prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito [art. 33.7 e)]	241
1. Breve referencia al antecedente histórico de esta pena.	241
2. Alcance de la expresión «en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito».....	241
3. La concreción de actividad vetada: en especial el grado de vinculación con el delito.....	242
E. Las inhabilitaciones [art. 33.7 f)]	243
1. Reflexiones preliminares.....	243
2. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas.....	245
2.1. Concepto de subvención y ayuda pública.....	245
2.1.1. Aproximación a las modalidades de ayudas estatales en general	245
2.1.2. Reflexiones sobre la abundante y dispersa normativa de regulación de las subvenciones y ayudas públicas	248
2.1.3. ¿Un concepto penal autónomo de subvención o de ayuda pública?....	250
2.2. ¿La necesaria vinculación con el delito cometido?	254
2.3. Problemas de ejecución	255
3. Inhabilitación para contratar con el sector público	256
3.1. La necesaria remisión a la Ley de Contratos del Sector Público.....	256
3.2. Las prohibiciones de contratar previstas en la Ley de Contratos del Sector Público: algunos problemas interpretativos.....	260
3.3. Otros problemas relacionados con la ejecución	263
4. Inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.....	265
4.1. Los beneficios e incentivos fiscales.....	265
4.2. Los beneficios o incentivos de la Seguridad Social	267
F. La intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores [art. 33.7 g)]	268
1. Interrogantes que plantea la regulación actual del Código Penal.....	268

2. Algunos pronunciamientos judiciales y la escueta propuesta interpretativa de la Fiscalía General del Estado	273
3. Los fines y el contenido de la intervención judicial.....	281
4. La imposibilidad de encontrar la justificación del presupuesto específico de la intervención judicial.....	285
5. Modificación y suspensión de la pena.....	290
6. La figura del interventor y la imposibilidad de regular sus facultades vía reglamento.....	294
G. La ejecución de las penas interdictivas	298

CAPÍTULO VI: LAS PERSONAS JURÍDICAS ANTE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

301

A. Consideraciones preliminares	301
B. La aplicación de las causas de extinción de la responsabilidad penal previstas para las personas físicas a las personas jurídicas	302
1. Las causas de extinción de la responsabilidad penal: cuestiones generales.....	302
2. Causas susceptibles de aplicar a las personas jurídicas.....	310
2.1. Cumplimiento de la condena	310
2.2. El indulto	311
2.3. Perdón del ofendido.....	318
2.4. La prescripción	320
2.4.1. Fundamento y naturaleza de la prescripción.....	320
2.4.2. La prescripción del delito	323
2.4.2.1. Plazos y cómputo: dificultades derivadas de la falta de mención expresa a las personas jurídicas.....	323
2.4.2.2. Interrupción y suspensión del cómputo.....	330
2.4.3. La prescripción de la pena	331
2.5. Antecedentes penales de las personas jurídicas.....	336

C. Análisis general de las normas previstas en el artículo 130.2 CP	338
1. La singular regulación de los supuestos de ausencia de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	338
2. El problema práctico que motivó la regulación: ¿la alta mutabilidad de las personas jurídicas?	339
3. Un mecanismo conocido en otras ramas jurisdiccionales y en otros ordenamientos jurídicos	343
3.1. ¿Inspiración en otros órdenes jurisdiccionales?	343
3.2. ¿Otros ordenamientos jurídicos como posibles modelos?.....	349
4. Alcance de las previsiones del artículo 130.2 CP	356
4.1. Valor relativo de los conceptos propios del Derecho mercantil.....	356
4.2. Reflexiones sobre el momento procesal al que va referida la regulación ..	359
5. Aparente conflicto dogmático: la vulneración del principio de personalidad de las penas.....	360
6. La «supervivencia» del sujeto responsable como fundamento posible de un «traslado» de la pena constitucionalmente aceptable.....	370
D. Estudio de las modificaciones estructurales: posibles escenarios.....	378
1. El cómo y el cuánto del traslado de la pena	378
2. Las sociedades mercantiles de capital como sujeto idóneo del análisis de los posibles escenarios	382
3. Transformación	383
4. Escisión	384
4.1. Escisión total	384
4.2. Escisión parcial.....	385
4.3. Segregación	386
5. Fusión y absorción	388
6. Cesión global del activo y del pasivo.....	389
7. Reflexiones finales sobre las modificaciones estructurales	392
E. Problemas derivados de la disolución de la persona jurídica	393

1. La disolución como pena.....	393
2. La disolución real	396
3. La disolución meramente aparente.....	397
3.1. Precisiones terminológicas en torno a la «disolución encubierta» y a la «disolución meramente aparente»	397
3.2. Determinación del margen de apreciación que ostenta el juez en relación con los indicios de la disolución meramente aparente	398
3.3. Los criterios legalmente establecidos	399
3.4. Otros criterios	402
F. Conclusión: una solución innecesariamente complicada.....	404
CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES.....	407
BIBLIOGRAFÍA	421

ABREVIATURAS

AAVV (Autores Varios)

Art (Artículo)

Arts. (Artículos)

CE (Constitución Española)

Cfr. (Confróntese)

Coord. (Coordinador)

Coords. (Coordinadores)

CP (Código Penal)

Dir. (Director)

Dirs. (Directores)

ETA (Euskadi Ta Asakatasuna)

FGE (Fiscalía General del Estado)

FJ (Fundamento Jurídico)

HB (Herri Batasuna)

L.O. (Ley Orgánica)

LCSP (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público)

LGS (Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones)

LORC (Ley Orgánica de represión del contrabando)

Núm. (Número)

ONG (Organización no gubernamental)

op. cit. (Obra citada)

p. (Página)

PJ (Persona Jurídica)

pp. (Páginas)

RAE (Real Academia Española)

RPPJ (Responsabilidad penal de la persona jurídica)

RPPJs (Responsabilidad penal de las personas jurídicas)

S.A. (Sociedad Anónima)

S.L. (Sociedad Limitada)

SAN (Sentencia de la Audiencia Nacional)

SAP (Sentencia de la Audiencia Provincial)

ss. (Siguietes)

SSTC (Sentencias del Tribunal Constitucional)

SSTS (Sentencias del Tribunal Supremo)

STC (Sentencia del Tribunal Constitucional)

STS (Sentencia del Tribunal Supremo)

Vid. (Vide)

Vol. (Volumen)

CAPITULO I: APROXIMACIÓN AL MODELO ESPAÑOL DE RPPJS

A. La consolidación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento

1. Antecedentes: Las consecuencias accesorias del artículo 129 y la responsabilidad solidaria de la PJ en el pago de la multa (art. 31.2)

La naturaleza y los objetivos del trabajo que nos proponemos realizar impiden que podamos detenernos en un estudio histórico-jurídico¹. Sin embargo, sí que creemos necesario hacer una retrospectiva de las primeras actitudes que el legislador ha manifestado en relación con, lo que para unos es y para otros no, la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

En esta mirada hacia atrás vamos a centrarnos en tres grandes momentos, que hemos distinguido de manera artificial ya que todos están interrelacionados entre sí, máxime cuando la doctrina no ha cesado ni por un momento en someterlos a arduos estudios. Estos tres momentos lo constituyen el régimen anterior al instaurado por la Ley Orgánica 5/2010, el propio modelo introducido en el año 2010 y finalmente la reforma del Código Penal del año 2015.

Este primer apartado lo vamos a dedicar al régimen anterior al año 2010, constituido, básicamente, por las llamadas consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal y el artículo 31.2 del mismo cuerpo legislativo. El punto cronológico en el que aparecen, el impacto que han tenido en el sistema penal, así como su posterior evolución, obligan a un estudio por separado.

¹ Aunque nos podríamos remontar mucho más atrás es suficiente con la mención de uno de los primeros trabajos, sobre esta materia de BARBERO SANTOS, M., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 64, 1957, pp. 285-336 dónde exponía las siguientes conclusiones: «De todo lo que hemos expuesto se podrían deducir las siguientes conclusiones: 1ª Para poder declarar penalmente responsable a una persona jurídica es necesario que el hecho provenga del órgano de la misma. 2ª La transgresión debe ser realizada a nombre de la persona jurídica en interés exclusivo o prevalente de ella, y en los límites de su competencia. 3ª La responsabilidad de la persona jurídica supone la responsabilidad independiente de las personas físicas que forman los órganos. 4ª La responsabilidad de la persona jurídica se limita a determinados delitos. 5ª Las personas jurídicas, de acuerdo con su especial contextura, solamente pueden ser sometidas a determinadas sanciones. 6ª La imposición de sanciones a las personas jurídicas no está en contradicción, sino que afirma el principio de personalidad de las penas. 7ª El reconocimiento de la capacidad delictiva de las personas jurídicas produce la beneficios consecuencia de sustraer la aplicación de sanciones a ellas imponibles a la autoridad administrativa, tan inclinada a la arbitrariedad sobre todo en los regímenes autoritarios o en las circunstancias de excepción de un conflicto armado, jurisdiccionalizando la mencionada aplicación.»

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Dicho esto, y empezando por un orden cronológico, nos centramos ahora en el artículo 129, precepto ubicado sistemáticamente en el Título IV del Libro I del Código Penal, dedicado a las consecuencias accesorias. Sin entrar en ninguna valoración, podemos afirmar que es aquí donde, por primera vez, podemos encontrar una regulación de unas medidas pensadas exclusivamente para la persona jurídica.

Como rasgos esenciales del artículo 129 CP², en su versión anterior a la reforma del año 2010, podemos señalar los siguientes. En primer lugar, estaba previsto sólo para algunos supuestos que expresamente contemplaban dichas medidas. En segundo lugar, el sujeto al que se le podía aplicar la medida iba desde una empresa a una asociación o fundación, es decir, abarcaba la más diversa tipología. Luego, el contenido de las medidas iba desde la clausura de establecimientos hasta la propia disolución de la persona jurídica en cuestión. Por último, y citando la propia norma, las consecuencias accesorias estaban orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma. Todo ello, sin el olvidar su carácter potestativo.

Con este panorama se fue abriendo un vivo debate que tenía dos vertientes. Por un lado, la batalla se daba en relación con la naturaleza jurídica de estas medidas y por el otro, la discusión versaba sobre si la responsabilidad penal de las personas jurídicas había o no irrumpido en nuestro ordenamiento jurídico.

Aunque hubo algún autor que se inclinaba por contemplar las consecuencias accesorias como medidas administrativas, la mayoría de la doctrina consideraba que se trataban de medidas de naturaleza penal. Aunque sobre este último extremo había gran consenso, las posiciones doctrinales se alejaban nuevamente cuando se trataba de

² Cfr. art. 129 del Código Penal, en versión anterior al año 2010 «1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años. b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación. c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años. 2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa. 3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.».

calificar estas medidas penales. Así, unos optaban por considerarlas penas, otros como medidas y, por último, los que optaban por verlas como un *tertium genus* o tercera vía.

Sin ánimo de ser exhaustivos, y máxime cuando el debate no se ha agotado, ni siquiera a día de hoy, vamos a plasmar alguna opinión doctrinal, siendo conscientes, que es imposible recoger todos los argumentos y matices que se han manejado en el estudio de las consecuencias accesorias del artículo 129.

El máximo exponente de los que consideraba que las consecuencias accesorias del artículo 129 CP eran verdaderas penas es ZUGALDÍA ESPINAR³. Afirmaba que en ese punto ya se había quebrado la máxima latina *societas delinquere non potest*, y que estábamos asistiendo a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento. Entre los argumentos que esgrimía se encontraban los siguientes. Las llamadas consecuencias accesorias no podían ser instrumentos reparatorios civiles porque no tienden en absoluto a reequilibrar patrimonios. No estaba de acuerdo con los que consideraban las medidas del artículo 129 como sanciones que privan a la persona física condenada del instrumento peligroso debido a que la persona jurídica no se podía considerar como objeto ya que tiene su propia personalidad.

SILVA SÁNCHEZ se encuentra entre los pocos autores que se inclinaba más bien por considerar las previsiones del artículo 129 como medidas de seguridad⁴.

Llegamos finalmente al grupo de los que consideran que estamos ante una tercera vía, es decir que no podemos hablar ni de medidas de seguridad, ni de penas sino de una nueva categoría penal. CARRASCO ANDRINO es una de las autoras que forma parte del grupo de los que califica las medidas del 129 como *tertium genus* y que, a la vez, tampoco considera este momento como el paso del legislador hacia la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵. Llega a esta conclusión porque, en

³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)» en QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, p. 895.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La evolución ideológica de la discusión sobre “la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, núm.86-87, 2008, p.148: «Por tanto, y, en conclusión, creo que cabe sostener que las legalmente denominadas “consecuencias accesorias” son una especie de medidas de seguridad jurídico-penales que recaen sobre las personas jurídicas en tanto que centros de imputación de la lesión de una norma jurídico-penal de valoración, siendo así que, además, es previsible que continúen produciendo tal lesión en el futuro.».

⁵ CARRASCO ANDRINO, M.ª M., «Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del artículo 129», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, p.164.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

primer lugar, su inclusión en la categoría de penas no consigue superar el escollo que supone el principio de personalidad de las penas. Luego, tampoco le parece que las medidas del 129 se puedan incluir en la categoría de las medidas de seguridad, debido a que su fundamento residiría en una peligrosidad objetiva que no es la que se exige en el artículo 6 del CP.

Sin agotar la lista de los que acogen la opción de una tercera vía, cerramos la mención de estos autores con la opinión de FERNÁNDEZ TERUELO⁶, que consideraba que las medidas del artículo 129 constituían una categoría penal nueva con sus propias características. Para llegar a dicha conclusión pone de manifiesto los puntos comunes y las diferencias que estas «*consecuencias accesorias*» tienen con las penas y con las medidas de seguridad. Entre los múltiples argumentos, sólo nos referiremos a los siguientes. En su opinión el único punto común con las penas era el que ambas previsiones constituían consecuencias jurídicas del delito. Dejando de lado este punto común, pues las medidas se diferenciaban de las penas en primer lugar, por el hecho de que las penas tienen como límite y asiento la culpabilidad del autor, otro de los argumentos era que estas medidas no se encontraban incluidas en el catálogo del artículo 33. Por lo que respecta la diferencia con las medidas de seguridad la discrepancia fundamental estaba en el hecho de que las primeras se determinan de acuerdo con la peligrosidad del autor mientras que la imposición de las «*consecuencias accesorias*» depende de la peligrosidad objetiva de la cosa.

En todos estos años, y a pesar del debate que incluso hoy por hoy sigue vivo, la aplicación judicial de estas medidas ha sido muy restringida, tanto en su vertiente sancionadora, como en su imposición como medida cautelar. SILVA SÁNCHEZ, después de diez años de vigencia de las consecuencias accesorias, ha realizado un análisis de su aplicación judicial⁷. En dicho análisis, tras poner de manifiesto la escasez de resoluciones en esta materia, intenta dar algunas claves que explican la poca aplicación de las consecuencias accesorias. Vaya por delante el hecho de que el autor, de manera expresa, exime a los jueces de esta falta de imposición. Sin embargo, sí que considera que en la cultura de los jueces penales españoles estaba muy arraigada la idea de que

⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP», en QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, p.278.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret*, núm. 2, 2006, pp. 1-15.

sólo a la persona física se le podía imponer sanciones. También resalta el hecho de que los jueces habían convertido casi en regla de conducta la aplicación prudentemente excepcional de esta medida. También observa SILVA SÁNCHEZ que, a pesar de que las consecuencias accesorias tienen importantísimas repercusiones mercantiles y laborales, los respectivos sectores del ordenamiento no han abordado la problemática en absoluto. Como conclusión de dicho análisis considera que la regulación legal de estas medidas es absolutamente deficiente y su contenido excesivamente grave, por lo que, de la inaplicación de las mismas no se puede responsabilizar al estamento judicial.

Tras los profundos cambios introducidos por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, como veremos más adelante, el régimen del artículo 129 queda en una situación más confusa aún. Ello debido al hecho de que las mismas medidas se encuentran también reguladas con el mismo contenido en el catálogo del artículo 33 del Código Penal y bajo el *nomen iuris* de penas. Otro cambio profundo que supuso la reforma del año 2010 para las llamadas consecuencias accesorias, es su aplicación exclusiva a los entes sin personalidad jurídica. Ante este panorama, algunos autores⁸ apuntan que ahora este precepto viene a completar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido en el año 2010. En mi opinión, esta afirmación debería matizarse, ya que si descendemos a la regulación concreta de los tipos delictivos y sus consecuencias podemos observar que el legislador confunde, bastante a menudo, los dos regímenes aplicándolos, a veces, indistintamente.

En todo caso, y a los efectos que aquí interesan, consideramos que el artículo 129 no supuso ni mucho menos la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico. En cuanto a la naturaleza de estas consecuencias, a pesar de no haberla estudiado en profundidad, por no ser este nuestro objetivo, adoptamos una posición ecléctica afirmando el hecho de que la falta de rigor de nuestro legislador nos sitúa ante una previsión legislativa inclasificable, de momento.

Queremos cerrar esta retrospectiva sobre los primeros pasos encaminados hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas haciendo mención el artículo 31.2 del Código Penal. En palabras de BAJO FERNÁNDEZ⁹, era una norma realmente anómala y

⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica», en JUANES PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ, E., (Coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2015, p. 165.

⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., «La responsabilidad colectiva», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 98, 2009, pp. 31-70.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

extravagante. La responsable de su introducción fue la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que reformó el Código Penal.

Uno de los preceptos afectados por la reforma era el artículo 31 que preveía que los administradores de hecho o de derecho serían responsables aun cuando en ellos no concurrían todos los requisitos exigidos por la figura delictiva en concreto, siempre y cuando estas circunstancias sí se dieran en la persona jurídica en cuyo nombre actuó.

A este precepto se le añade un segundo párrafo que rezaba lo siguiente: «*En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó*». Por lo tanto, la persona jurídica era responsable de manera solidaria y directa de la pena de multa que se le imponía a la persona física autor del delito. De la redacción del precepto se entiende que esto no se aplicaba de una manera generalizada sino sólo en aquellos supuestos a los que hacía referencia el primer párrafo del mismo precepto.

Con esta regulación, según el Preámbulo se abordaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Quede desde ya nuestra posición clara: nada más lejos de la realidad. Algunos autores¹⁰ centraban el debate antes que en la consideración de responsabilidad penal en sopesar si se trataba de una responsabilidad civil por hecho ajeno o, por el contrario, de una responsabilidad tributaria por deuda ajena.

La derogación de este precepto, a través de la reforma del año 2010, hace innecesaria y contraproducente la dedicación de más líneas a este anecdótico precepto. Todo ello, sin perjuicio, de los debates interesantes que se habían suscitado en aquel momento.

2. La introducción de la RPPJs por la reforma 5/2010 de 22 de junio

Descritos los primeros intentos de abordar, de alguna manera, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, llegamos al momento en el que este tema se trata con algo más de rigor por parte del legislador. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 junio, es en mi opinión y en la de muchos otros, la que marca de una manera clara el fin del principio *societas delinquere non potest* y la que introduce por primera vez en nuestro

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, J. M. Y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «El artículo 31.2 CP ¿Responsabilidad penal de la persona jurídica o mero aseguramiento del pago de la multa?», *InDret*, núm. 2, 2006, pp.1-46.

Derecho positivo unas normas encaminadas a regular un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, la afirmación de que en este momento es cuando nace un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no implica ni mucho menos la consideración de que éste reúne todas las virtudes que la doctrina, antes y después, reclamó.

Lo dicho anteriormente se sostiene con sólo mirar los aspectos concretos que la Ley Orgánica 5/2010 reguló o reformó. En primer lugar, introdujo el precepto estrella, es decir, el artículo 31 bis, donde, tal como lo veremos más adelante, se regulaba el grueso de esta novedosa responsabilidad.

Luego, a diferencia de lo que pasaba con el artículo 129 del CP, no sólo se declara la responsabilidad penal, sino que se acompaña dicha declaración con un sistema de penas, consecuencia lógica de la responsabilidad penal. En concreto, la reforma añade un apartado 7 al artículo 33 del Código Penal donde se regulan las penas aplicables a las personas jurídicas. Aunque en cuanto al contenido, estas penas son idénticas a las consecuencias accesorias del artículo 129, no podemos pasar por alto ni la ubicación sistemática ni el *nomen iuris* que se emplea. Pero el esfuerzo del legislador no se limita sólo a establecer un catálogo de penas, sino que intenta dotar al mismo de los elementos más esenciales. Así, ya en el propio artículo 31 bis encontramos reguladas las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal aplicables a las personas jurídicas. En el artículo 66 bis encontramos las reglas de imposición de las penas. Sin entrar ahora en detalle, podemos decir que sólo la pena de multa tenía, y hoy por hoy también tiene, carácter obligatorio. Por esto, quizás, el legislador reguló en el artículo 52.4 la manera en la que se podía sustituir la pena proporcional por el sistema días-multa en el caso de que la primera no se pudiera calcular. También en relación con la multa se establecen en el artículo 53.5 las reglas de fraccionamiento del pago. Por último, en cuanto al sistema de penas, se establece en el artículo 130.2 del Código Penal los supuestos de no extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de que estas sufran modificaciones estructurales o en el caso de que se disuelvan.

Expuesto el calado de la reforma, podemos afirmar que el legislador realmente se ha esforzado por introducir un verdadero régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Su voluntad, tal como observamos, no ha sido crear desde cero este régimen, si no al hilo de las categorías penales ya presentes en nuestro ordenamiento.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Es necesario ahora, aunque sea de manera somera, puntualizar aquellos aspectos más relevantes de este nuevo panorama y máxime cuando la mayoría de ellos siguen vigentes y siguen suscitando mucho debate.

En primer lugar, las personas jurídicas podrían ser responsables sólo de aquellos delitos que expresamente contemplaban este extremo. Es decir, estamos ante un sistema de *numerus clausus* o lista cerrada de delitos.

El siguiente punto importante al que nos tenemos que referir es al hecho de que, antes de la reforma de 2015, contábamos con una doble vía de imputación determinada por el tipo de personas físicas que podían cometer el delito. Así, el primer grupo lo conformaban los «*representantes legales y administradores de hecho y de derecho*», mientras que la segunda categoría la constituían «*quienes, estando sometidos a la autoridad a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*». La actuación de estos dos grupos de personas tenía que realizarse por cuenta de la persona jurídica y en su provecho. Para el primer grupo de personas, es decir para los representantes legales, se exigía que además su actuación fuera «*en nombre*» de la persona jurídica. Mientras, la actuación del segundo grupo, que se podía identificar con los trabajadores de la sociedad, por ejemplo, tenía que haberse producido «*en el ejercicio de las actividades sociales*» y, como decíamos antes, haber sido posible por faltar el debido control de los superiores jerárquicos. Estas previsiones legislativas plantean muchas dificultades, sin embargo, para no desviarnos del objeto de este trabajo, no nos vamos a detener en analizarlos.

Un aspecto relevante que incide directamente en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas son las relaciones que se establecen entre las responsabilidades de los dos tipos de personas. Por lo general, se podría decir que el legislador se ha esforzado por establecer una independencia entre la responsabilidad penal de la persona física y la de la persona jurídica. Esta pretendida independencia de responsabilidades se puede observar en previsiones tales como: «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible... aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella*». Otro ejemplo claro de esta independencia lo constituye la previsión según la cual las circunstancias modificativas o extintivas de la

responsabilidad penal de las personas físicas no son transmisibles a las personas jurídicas. Sin embargo, todas estas normas que tienen por objetivo separar nítidamente las dos responsabilidades contrastan radicalmente con la obligación que se establece para que en el caso de que se imponga una multa a las dos personas, física y jurídica, se module sus cuantías en proporción a la gravedad de los hechos. Como veremos más adelante, esta combinación de los dos extremos hace que sea tan válida la defensa de un sistema de responsabilidad vicarial, como una defensa de un modelo de autorresponsabilidad.

Para cerrar esta visión general de cómo se articuló, en un principio, la responsabilidad penal de la persona jurídica en nuestro ordenamiento, resta mencionar las personas jurídicas excluidas de este régimen. En el aquel momento el artículo 31 bis. 5 rezaba de la siguiente manera : *«Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y las Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general».*

Descrita a grandes rasgos la regulación positiva del sistema de la RPPJs que se había introducido en el aquel momento, no podemos pasar por alto los arduos debates y estudios que ha habido en torno al modelo que se había implantado.

La realidad legislativa obligaba a la doctrina hablar del cómo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ya del sí de la misma. Ante este panorama los debates más importantes se habían producido sobre el modelo de imputación que se había instaurado. Estar ante uno u otro modelo de responsabilidad pues tenía una gran transcendencia para determinar cuestiones que iban desde la constitucionalidad hasta las garantías que se debían aplicar.

Antes de la reforma del año 2010, muchos autores españoles, sin perder de vista el derecho comparado, habían hecho sus propuestas sobre el modelo de responsabilidad que mejor se adecuaba a nuestro ordenamiento o que mejor sorteaba los problemas de orden dogmático. Sin embargo, ahora se trabajaba con materia prima procedente de

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

nuestro propio ordenamiento jurídico. Sin hacer, de momento, valoración ninguna sobre lo acertado o no de las propuestas de cada uno, nos limitaremos a recopilar las opiniones más relevantes respecto de cada uno de los modelos que se proponían. Aunque había opiniones bien distintas respecto de lo que se barajaba¹¹, podemos afirmar que los autores se movían entre tres corrientes. En aquel momento al igual que ahora se hablaba de modelo de transferencia o vicarial, modelo mixto y modelo de autorresponsabilidad.

Sin poder poner de manifiesto cada uno de los matices que los respectivos autores habían introducido vamos a intentar agruparlos en defensores de uno u otro modelo.

Entre los que defienden que se trata de un modelo de transferencia nos encontramos a DE LA CUESTA ARZAMENDI que venía a decir que «*el tenor literal del párrafo 1 del artículo 31 bis 1 ofrece escaso margen de juego en todo lo que no sea la responsabilidad objetiva de la entidad por la actuación del otro*»¹². En la misma línea el profesor FERNÁNDEZ TERUELO defendía que estábamos ante un modelo de atribución o traslación de la responsabilidad penal de las personas físicas a las personas jurídicas, en definitiva, se trataba de un modelo de responsabilidad objetiva o cuasi objetiva¹³. Igual de contundente, el profesor DIEZ RIPOLLÉS afirmaba que la reforma del año 2010 había introducido un modelo de transferencia de responsabilidad¹⁴.

No faltaron los que defendían que nos encontramos ante un modelo de autorresponsabilidad, entre ellos podemos mencionar a GONZÁLEZ –CUÉLLAR SERRANO y JUANES PECES que hablan nítidamente de la consagración de la autonomía de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁵. En este grupo podemos incluir

¹¹ GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31 bis del CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 227: «...el artículo 31 bis CP no es una norma que expresa una responsabilidad subsidiaria o solidaria de la persona física, ni es una que establezca una forma específica de participación de personas en el delito, sino un delito específico, un tipo penal especial dentro de la Parte General del CP.».

¹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español», *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2015, p. 45.

¹³ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, pp. 23 y 24.

¹⁴ DIEZ RIPOLLÉS, J.L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, núm.1, 2012, p. 14.

¹⁵ GONZÁLEZ –CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, Á., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010, p. 2.

también a NIETO MARTIN, que considera que el artículo 31 «*sólo consagra un modelo de imputación, basado en la responsabilidad propia*»¹⁶.

Por último, nos encontramos con la posición ecléctica. En nuestro caso, la posición ecléctica la configuran los que defendían un modelo mixto¹⁷. Los que se habían posicionado a favor del modelo mixto, básicamente defendían el hecho de que se partía de un modelo de heterorresponsabilidad pero que tenía algunos rasgos de autorresponsabilidad.

Por último, es necesario hacer referencia a la postura que había adoptado la Fiscalía General en relación con este aspecto. Para esto hay que detenerse, por un momento en la Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010. Esta circular afirma, literalmente, que nos encontramos ante un sistema de heterorresponsabilidad o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere¹⁸. Entre otras consideraciones también se afirmaba que esta responsabilidad no era independiente pero sí autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto a la de la persona física.

3. El cambio de modelo operado por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo

A pesar de la escasa aplicación, en la práctica judicial, del modelo introducido en el año 2010, y aunque todavía había un intenso debate sobre el modelo de la RPPJ, el año 2015 trae consigo una reforma del recentísimo régimen que se había instalado,

¹⁶ NIETO MARTÍN, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO5/2010», *Revista Xuridica galega*, núm. 63, 2009, pp. 47-70.

¹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal», *Diario la Ley*, núm.7534, 2010, p. 3: «*En líneas generales, el Legislador ha optado por un sistema mixto de imputación, que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno) y se encamina hacia autorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por hecho propio)*»; ÚRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010. Perspectiva de lege lata», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 423-424; BOLDOVA PASAMAR, M. Á., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, p. 233; CUELLO CONTRERAS, J., «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-03, pp. 1-25; MARTÍNEZ PRADO, V. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Internauta de práctica jurídica*, núm. 26, 2012, pp. 61-78.

¹⁸ *Vid.* Circular 1/2011, pp. 30 y ss.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

apenas 5 años antes¹⁹. Si la reforma del año 2010 había supuesto la partida de nacimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho positivo español, a pesar de que algunos autores la siguen negando²⁰, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, supone una consolidación del sistema, al reformar aspectos que preocupaba tanto a los potenciales destinatarios de estas normas como a los jueces que tenían que aplicar este régimen de responsabilidad.

Uno de los primeros aspectos afectados por la reforma lo constituye el círculo de personas, que, con su actuación, pueden hacer responsable a la persona jurídica. Parece que el legislador ha querido ampliar este círculo, ya que pasa de una fórmula tan escueta como «*representantes legales o administradores de hecho o derecho*» a una mucho más elaborada, pero no necesariamente mejorada «*sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*». Decíamos que la fórmula no está necesariamente mejorada y de hecho algún autor, por ejemplo, CUGAT MAURI se muestra crítico con la supresión del administrador de derecho del grupo de sujetos que puede hacer responsable a la persona jurídica²¹. En contraste con esta singular visión, la

¹⁹ CUGAT MAURI, M., «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 921: «*Más extraño es que esta última reforma irrumpa no obstante la práctica inexistencia de experiencia aplicativa que pudiera poner de manifiesto las debilidades o carencias de la anterior regulación, y que, además, se haga con tal ausencia de consenso doctrinal que cualquier perspectiva de cambio en relación de fuerzas parlamentarias anuncie la posibilidad de ulteriores modificaciones de los que acaba de aprobar, que para algunos no es sino expresión de la victoria de ciertos grupos de presión sobre un legislador en horas bajas*».

²⁰ GRACIA MARTIN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18-05 p. 81 «*Toda responsabilidad de la persona jurídica no puede ser más que civil y administrativa no sancionadora, y muy especialmente policial coercitiva, pero nunca sancionatoria. Para fundamentar y estructurar tales responsabilidades de la persona jurídica, no es preciso inventar ni abrir nuevos caminos hacia nuevos horizontes, sino que ha de bastar con elegir los adecuados ya existentes que proporcionan el saber y la teoría permanentemente válidos de la Ciencia jurídica, y con cursar su senda con los instrumentos y conceptos jurídicos que aquel saber nos proporciona como los adecuados para llegar a la meta propuesta. Estos instrumentos jurídicos adecuados —y los únicos posibles— no son otros que los que ofrece la distinción, vinculada a su vez a la distinción entre individuo y persona, entre acción (infracción) y “culpabilidad” (Schuld) por un lado, y “responsabilidad” (Haftung) por el otro, que desde antiguo ha sido formulada y desarrollada por la teoría general del Derecho y que han asumido todas las Dogmáticas jurídicas sectoriales, pero que tal y como lo ha denunciado Alejandro Nieto, es groseramente ignorada o pasada por alto por la doctrina de la responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica.*».

²¹ CUGAT MAURI, M., «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, p. 953: «*En suma, cuando en la decisión delictiva interviene el administrador de hecho, sólo parece posible derivar responsabilidad para la empresa: a) por los hechos de los administradores formales, cuando puedan considerarse coautores junto con el administrador de hecho, en cuyo caso, a las*

Fiscalía General del Estado²², así como algunos autores²³ encuentran fácil encaje del concepto de administración de hecho en alguna de las expresiones de esta nueva redacción. Además, FERNÁNDEZ TERUELO, viene a poner de manifiesto que el concepto de administrador de hecho, aunque aparentemente amplio, en realidad no resolvía todos los supuestos que se podían plantear²⁴ como sí lo hace la nueva redacción del artículo.

El término «*en provecho*», introducido en el año 2010 había planteado algunas que otras dudas, sobre todo cuando se trataba de delimitar si cabía el beneficio indirecto. El legislador intenta resolver esta cuestión, en el año 2015 recogiendo de manera expresa el hecho de que el delito se tiene que cometer en «*beneficio directo o indirecto*» de la persona jurídica. El beneficio directo es el más fácil de apreciar, ya que normalmente se traduce en mayores ingresos. En este punto es irrelevante si la persona ha actuado única y exclusivamente en su beneficio²⁵. Si hay ventaja para la persona jurídica ya se cumple este requisito. Con la expresión «*beneficio indirecto*» se superan las dudas que habían surgido respecto de aquellas ventajas que no son estrictamente económicas, pero sí que inciden finalmente en los resultados de la sociedad. Aquí entrarían los ahorros fiscales, los ahorros de costes, una ventaja competitiva etc. Además, se apunta tanto por parte de la Fiscalía como por parte de la doctrina el hecho de que este beneficio no tiene por qué cuantificarse, sino que es suficiente con que se pruebe la tendencia hacia el provecho.

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, como su propio preámbulo indica, tiene la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «*debido control*», cuyo quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal de las personas

dificultades de afirmar el condominio del hecho, se suman las relativas a la difícil delimitación entre autoría y participación; b) por los hechos de los subordinados cometidos bajo las órdenes del administrador de hecho y la pasividad u omisión de los debidos controles de sus administradores formales, aunque al precio de pervertir el significado de la vía de imputación por descontrol».

²² Vid. Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la ley orgánica 1/2015, p. 15 «*Por lo tanto, los administradores de hecho solo encajarían en este apartado de los “autorizados para tomar decisiones”, no en el de quienes “ostentan facultades de organización y control”*».

²³ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E., (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p.167: «*[...] ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*». *Es este último grupo el que mutatis mutandi podría equipararse al de «administrador de hecho»*».

²⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación: art 31 bis 1, art 31 ter y art 31 quinquies», en JUANES PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ, E., (Coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid, Francis y Taylor, 2015, p.75

²⁵ Vid. Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la ley orgánica 1/2015, pp. 17-18

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

jurídicas. Ahora se exige que las personas del apartado a) del artículo 31 bis hayan «*incumplido gravemente*» los deberes de control y vigilancia que deben ejercer sobre el grupo de sujetos de apartado b). Este punto es uno de los pocos que han sido aplaudidos por la doctrina, porque implica una significativa reducción punitiva²⁶. Sin embargo, tal como nos tiene acostumbrados el legislador, esta previsión no lo ha puesto en concordancia con el resto de los preceptos. En concreto nos referimos al artículo 66 bis 2ºb) que entra en colisión con el artículo 31 bis, al decir «*Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años*». Observamos que en un sitio se establece que los deberes de control deben incumplirse gravemente y, en otro sitio, dicho incumplimiento no tiene que ser grave. Esta cuestión de momento la dejamos apuntada aquí, ya que se analizará y se tratará según corresponde más adelante.

Llegamos a lo que podríamos denominar, la medida estrella de la reforma del año 2015, no porque no estaba ya en la regulación del año 2010, sino porque ha sufrido un desarrollo normativo que, en opinión de algún autor, es más propia de una norma reglamentaría que de una ley²⁷. Estamos hablando de los «*modelos de organización y gestión*». En la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, la adopción de estos modelos sólo funcionaba como atenuante al igual que lo hace también hoy. En aquel entonces ni los operadores económicos ni los jurídicos le daban ninguna importancia, máxime cuando estábamos ante una regulación muy escueta. De hecho, la Fiscalía General, en su primera circular sobre este tema, le dedica no más de 5 líneas en las cuales se limita a decir: «*La atenuante tiene una formulación casi idéntica a la del artículo 21. 5ª del Código Penal, por lo que en su aplicación existen ya decantados criterios interpretativos del Tribunal Supremo*»²⁸.

A partir de 2015, el panorama en relación con los modelos de organización y gestión cambia radicalmente. La adopción de este tipo de medidas, de muy diverso

²⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E., (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p.169.

²⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E., (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p.161.

²⁸ Vid. Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 54.

nombre, adquiere, de manera expresa, la condición de vía de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque acabamos de hacer esta afirmación, cierto es que algún autor apuntaba el hecho de que, a pesar de que no se decía de manera expresa, las medidas eficaces que adoptaba la persona jurídica debían tener necesariamente un efecto eximente²⁹. El argumento central lo constituía el hecho de que era una situación injusta premiar con una atenuante a la persona jurídica que había adoptado este modelo después de la comisión del delito, pero antes del juicio oral y sin embargo no acordar ningún beneficio a aquella persona jurídica que adoptó unas medidas incluso antes de la comisión del delito. Entrar a rebatir esta clase de argumentos, excede de lo que se pretende plasmar en este punto y por ello nos limitamos a decir que la ley no dejaba lugar a esta interpretación.

Ahora, de una manera muy somera y puramente descriptiva, nos vamos a dedicar a poner de manifiesto el gran debate que se ha generado en torno a la naturaleza de la exención prevista para el caso de que se hayan adoptado los modelos de organización y gestión.

Recordemos que la Fiscalía General, en su Circular 1/2016, mantiene literalmente que los modelos de organización y gestión ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación, sino que más bien constituyen una causa de exclusión de la punibilidad, a modo de excusa absolutoria y por lo tanto es la persona jurídica la que tiene que acreditar que los modelos de organización y gestión cumplían las condiciones y requisitos legales³⁰. Considera la Fiscalía que los modelos de organización no están pensados tanto para evitar la sanción penal, sino para promover una cultura ética empresarial.

Parte de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en la ya conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2016 (154/2016), adopta una posición bien distinta. Los magistrados que firmaron la sentencia mayoritaria consideran que la

²⁹ DE LA MATA BARRANCO N.J., «La actuación conforme a Protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal», DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J., (Coord.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp.250 y ss.; MAGRO SERVET V., «Hacia la necesidad de implementación del plan de prevención jurídica en las empresas. Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 15/2010, de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm.7633, 2011, p.8; LIÑÁN LAFUENTE A., «Los programas de prevención de riesgos penales como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica y su falta de adopción como nuevo delito que afecta a los administradores de las sociedades», *Diario La Ley*, núm. 8220, 2013, p.2.

³⁰ *Vid.* Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la ley orgánica 1/2015, conclusión 15ª y 20ª.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

adopción de un *compliance* o plan de prevención de delitos hace parte del tipo objetivo. Consideran que no se puede hablar de una excusa absolutoria, tal como lo hace la Fiscalía General, porque esto implica «*la existencia de la responsabilidad*», mientras que, en su opinión «*la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción*»³¹. A continuación, y en coherencia con la posición que se mantiene, se afirma que la carga de la prueba de la eficacia de los instrumentos tiene que ser de la acusación, en ningún caso de la propia persona jurídica³².

Una vez planteada la problemática, y con el compromiso de abordarla profundamente en su momento, queremos cerrar esta recapitulación de los pasos que se dieron hacia la consolidación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la siguiente cuestión:

El aparente afán del Legislador de ampliar los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se observa sólo en las personas físicas que puedan hacer responsable a la persona jurídica o la lista de delitos sino también en la reducción de las personas jurídicas exentas *ex lege* de esta responsabilidad. Dicha reducción empezó con la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre a través de la cual los partidos políticos y los sindicatos, que hasta entonces estaban exentos, pasaron al régimen de responsabilidad, hasta ahora descrito. Con la reforma del año 2015, se da un paso más allá y también se declaran responsables a las sociedades mercantiles públicas, aunque con alguna limitación en cuanto a las penas a imponer.

B. Concepto de persona jurídica penalmente responsable

1. Elementos definatorios de la persona jurídica penalmente responsable

1.1. La regulación del Código Penal

Parece que el legislador, motivado por razones de política criminal, a lo largo de los años se ha hecho eco de manifestaciones doctrinales como la de SILVINA

³¹ Vid. STS 154/2016 de 29 de febrero, FJ 8º.

³² Vid. STS 154/2016 de 29 de febrero «*De lo que se colige que el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención de delito, es esencial para concluir en su condena y, por ende, sí la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a firmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión*».

BACIGALUPO, quien considera que «*el individuo, no se adecua y resulta insuficiente para responder, desde el Derecho penal, a la comisión (omisión) de injustos penales en la sociedad moderna*»³³. Hoy por hoy, tal como hemos descrito líneas arriba, el Derecho penal ha puesto su foco de atención en un nuevo sujeto distinto de la persona física.

El estudio de unas consecuencias jurídicas previstas por el Código penal no se puede iniciar sin antes hacer una labor interpretativa relacionada con el sujeto al que le vamos a imponer dichas consecuencias. El nuevo sujeto del Derecho Penal suscita muchos interrogantes, empezando con su determinación, debido a que, como veremos más adelante, no siempre está claro cuando estamos ante este tipo de sujeto.

La clásica observación de que la norma penal no nos ofrece una definición legal de la persona jurídica es aceptada por toda la doctrina³⁴ y realmente no hay nada que objetar. Sin embargo, la falta de definición no implica que el CP desconozca por completo dicho concepto o que únicamente lo dé por sabido³⁵. El concepto de persona jurídica aparece en multitud de ocasiones en el CP, pero más importante que esto, y ya refiriéndonos al tema que a nosotros nos interesa, la norma penal pone el acento sobre los elementos esenciales que la conforman.

Así, analizando conjuntamente el artículo 31 bis y el art 129 del CP identificamos la personalidad jurídica como elemento básico que tiene que aparecer en el nuevo sujeto del Derecho penal. Este elemento se puede calificar también como un primer filtro de imputación³⁶. Con independencia de que las consecuencias jurídicas que se derivan de los dos sistemas son materialmente idénticas, salvando la multa, en realidad se establecen dos grupos distintos de entes, frente a los cuales se actúa desde concepciones y presupuestos distintos, todo ello, basado en la distinción formal³⁷ de ostentar o no personalidad jurídica.

³³ BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 363.

³⁴ Sirva de ejemplo entre otros DIEZ RIPOLLÉS, J.L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, núm.1, 2012, p. 10; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 3 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 106.

³⁵ MORILLAS CUEVA, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011, p. 24.

³⁶ NORBERTO MIRAS, M., «El concepto de personas jurídicas penalmente responsable», *Anales de Derecho*, núm.28, 2010, pp. 219-235.

³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La persona jurídica como sujetos de imputación jurídico-penal», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p.57.

Esta distinción entre entes dotados de personalidad jurídica, es decir las personas jurídicas, y los que carecen de la misma, en opinión de algún autor, carece de una «*justificación clara*»³⁸. En nuestra opinión, la opción del legislador de establecer tal distinción es debida a que considera que las personas jurídicas son sujetos con plena capacidad de ser centro de imputación de derechos y obligaciones mientras que los entes sin personalidad jurídica son más bien patrimonios dominados por los verdaderos artífices del delito. Esta afirmación se basa precisamente en la autonomía que hay entre la responsabilidad de la persona jurídica respecto de la persona física³⁹. Mientras en el caso de los entes sin personalidad jurídica las consecuencias aplicables están ligadas a la presencia del autor del delito y a la condena a este⁴⁰. Esto es, en el caso de los entes sin personalidad jurídica las medidas, a mi forma de entender, no tienen como razón última a dichos entes, sino al autor del delito al que se le quiere privar de los medios peligrosos.

El Código Penal no se queda en este elemento formal, básicamente porque aun siendo necesaria, no es una condición suficiente⁴¹. Se recurre a un segundo criterio de imputación de carácter organizativo-material⁴², que es el que nos encontramos en el artículo 130.2 del Código Penal. Este precepto, aunque, referido al caso de la disolución meramente aparente de una persona jurídica que ha sido ya condenada, lo que en

³⁸ URRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010. Perspectiva de lege lata», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, p. 447.

³⁹ Cfr. art. 31 ter. del Código Penal «*I. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella... La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.*».

⁴⁰ Cfr. 129 del Código Penal «*1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.*».

⁴¹ MARTÍNEZ PRADO, V. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Internauta de práctica jurídica*, núm. 26, 2012, p. 75.

⁴² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación español*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2010, pp. 479 ss.

realidad nos transmite es que, al lado de la personalidad jurídica, para llegar a una condena, tiene que haber un sustrato material.

Sin embargo, el análisis del aspecto material, no se agota con lo que hemos dicho hasta ahora, sino que tenemos que hacernos eco de las aportaciones que la Audiencia Nacional, Fiscalía General y el Tribunal Supremo han hecho en el esfuerzo de determinar los entes imputables e inimputables.

Así, la Audiencia Nacional, en su Auto de 19 de mayo de 2014 aborda por primera vez esta problemática. Obviando otros datos del supuesto de hecho, recordemos que el recurso que da como resultado el citado Auto había sido interpuesto por una mercantil a la que se le había denegado la personación en el proceso penal, en el curso del cual se le habían impuesto unas medidas cautelares. El juzgado Central de Instrucción había tomado dicha decisión en base al siguiente motivo: *«dicha mercantil forma parte de la trama del blanqueo investigada»*. Contra esta decisión la persona jurídica en cuestión había interpuesto el recurso que dio como resultado el Auto que ahora estamos comentando.

La Audiencia Nacional empieza afirmando que, en principio, el estatus procesal del que se le había dotado a las personas jurídicas una vez introducida su responsabilidad penal se reservaba para aquellas personas que *«efectivamente fueran penalmente imputables a tenor del art 31 bis del CP»*, no para las que no eran más que meros instrumentos del delito o meras proyecciones de las actividades de las personas físicas. Dicho esto, el Auto continúa avisando de que esta distinción no siempre está clara desde el punto de vista fáctico y jurídico y considera que *«el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo»*.

En aquel caso, la Audiencia Nacional toma como referencia jurídica el artículo 66 bis 2 del Código Penal, que establece como criterio de imposición de la pena precisamente el carácter instrumental de la persona jurídica. Dicho precepto considera que se da este carácter instrumental cuando la actividad legal de la persona jurídica es menos relevante que su actividad ilegal. En base a esta previsión concluye la Sala de lo Penal que *«incluso en el caso de “que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales” es penalmente imputable como persona jurídica y*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

debe ostentar el estatus jurídico penal correspondiente». Por lo tanto, las personas jurídicas instrumentales también son penalmente imputables.

La Audiencia no hace la afirmación, antes recogida, en términos absolutos, sino que completa su conclusión diciendo *«solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir no reales y que por ello no resultan imputables»*. Entonces, en base a estos criterios observamos que la presencia del carácter instrumental de la persona jurídica no determina automáticamente la imputabilidad o inimputabilidad, sino que será necesario ver qué alcance tiene dicho carácter instrumental.

En la Circular 1/2016, la Fiscalía General recoge y ahonda en las pautas dadas por la Audiencia Nacional. Establece que hay tres categorías de personas jurídicas. La primera de ellas la constituyen aquellas personas jurídicas que operan con normalidad en el mercado y, claro está, que son imputables. Las siguientes dos categorías hacen referencia precisamente a las personas jurídicas instrumentales donde nos encontraremos con personas jurídicas cuya actividad es mayoritariamente ilegal pero que resultaran igualmente imputables. Considera, muy acertadamente, que las sociedades utilizadas en el blanqueo de capitales se encuadran esta categoría. Y, por último, dentro de las que tienen carácter instrumental nos encontramos con el tipo de personas jurídicas inimputables. Considera la Fiscalía que un buen ejemplo podrían ser aquellas sociedades utilizadas *«como instrumento para la obtención de una plusvalía simulada mediante la compra y posterior venta de un mismo activo»*

Toda esta construcción se recoge finalmente por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 29 de febrero de 2016, donde, tras alagar los planteamientos de la Fiscalía General, reproduce literalmente las páginas 27 y siguientes de la Circular 1/2016.

Con todo lo dicho hasta ahora se puede afirmar que si bien el Código Penal no formula un concepto de persona jurídica penalmente responsables sí que toma en consideración los elementos más importantes que ayudan a determinar este nuevo sujeto. Por lo tanto, podríamos decir que los elementos definatorios son: la personalidad jurídica, el sustrato material y el carácter instrumental del ente, donde el mayor o el menor grado determinará la imputación o no.

1.2. El imprescindible empleo de la normativa extrapenal

Hemos determinado que la normativa penal no era tan parca como parecía y hemos conseguido extraer los elementos que definen o caracterizan a las personas jurídicas penalmente responsables. Incluso, por vía interpretativa, se ha conseguido determinar cuál es el alcance del sustrato material y del carácter instrumental. Sin embargo, la legislación penal no consigue darnos respuesta a la pregunta de cómo o cuando un ente adquiere personalidad jurídica.

La doctrina y la Fiscalía han recurrido sin mayor problema al empleo de la normativa extrapenal⁴³. Sin embargo, aun cuando llegaremos a la misma conclusión, considero que es necesario justificar el porqué de esta opción. Esta justificación adquiere importancia porque una vez tomada esta opción, necesariamente la actuación contra las personas jurídicas se verá constreñida, en gran parte, por la normativa extrapenal, con la excepción de los supuestos previstos en el artículo 130.2 CP.

La única razón que siempre se ha dado para emplear la normativa extrapenal ha sido la de que la legislación penal no ofrece dato alguno que permita crear un concepto jurídico-penal de persona jurídica⁴⁴. Esto es cierto, no obstante, hay más razones que justifican el empleo de la normativa extrapenal.

Una de las primeras razones que se podría dar es que siempre será más respetuoso con los principios informadores del Derecho penal recurrir a unas normas preestablecidas, aunque sean de naturaleza extrapenal que quedar este asunto única y exclusivamente al arbitrio de los distintos operadores jurídicos, aunque sean jueces de lo penal.

La coherencia del ordenamiento jurídico en su conjunto es una razón más que justificaría el empleo de la normativa extrapenal. ¿Qué sentido tendría que en sede doctrinal se propusiera la creación de un concepto de persona jurídica desligado de la experiencia y los problemas ya puestos de manifiesto por el tráfico jurídico actual? Precisamente hay que aprovechar el trabajo doctrinal y jurisprudencial que se ha hecho hasta ahora en relación con las personas jurídicas. Luego, no hay que olvidar que en la

⁴³ Vid. Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, pp. 14 ss.

⁴⁴FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La persona jurídica como sujetos de imputación jurídico-penal», BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p.57.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

gestación de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha influido, precisamente, la actuación de los entes creados en base a la normativa civil y mercantil. Esta coherencia de la que hablamos se puede observar cuando tanto el Código civil como el penal utilizan el concepto de personalidad jurídica como el elemento definitorio de la persona jurídica.

Esta fórmula del empleo de la normativa extrapenal para determinar nada más y nada menos cuál es el sujeto del Derecho penal, no se da por primera vez con las personas jurídicas. Las personas físicas tampoco gozan de ninguna definición o concreción de sus elementos, y ello no porque desde un punto de vista ontológico ya está incluido en el pensamiento colectivo y no hace falta definirlo, sino porque desde el punto de vista normativo no es necesario. Podemos decir que el Código Penal hace un camino al revés, en el sentido de que no va construyendo de una manera general un concepto de persona física o jurídica, sino que de todo aquello que ya existente en el ordenamiento jurídico, en relación con dichos sujetos elimina aquello que no le interesa. Así, para el caso de las personas físicas excluye a los menores de 18 años⁴⁵. Algo parecido pasa con las personas jurídicas, ya que el art 31 bis *«no establece expresamente un ámbito subjetivo de aplicación, sino, a la inversa, ámbito subjetivo de inaplicación»*⁴⁶.

Justificado el empleo de la normativa extrapenal, resta determinar qué alcance va a tener ésta y cómo condicionará el despliegue del Código penal. Este es un punto ya no tan pacífico como el que acabamos de analizar. GÓMEZ TOMILLO, uno de los pocos que se ha pronunciado sobre este aspecto, viene a decir que el Derecho penal no debería actuar atado por los criterios de la normativa extrapenal, por varias razones. En primer lugar, recuerda que la mayoría de la normativa extrapenal no es ley orgánica y que tampoco podemos hablar de una norma penal en blanco al no darse los requisitos. Otra de las razones que este autor aduce es que el Derecho penal persigue sus propios fines⁴⁷.

⁴⁵ Cfr. art.19 del Código Penal.

⁴⁶ BOLDOVA PASAMAR, M. Á., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, p. 234.

⁴⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 36: *«Desde nuestra perspectiva, el Derecho penal no debe operar atado con los criterios característicos de otras ramas del ordenamiento jurídica, idea que se sustenta al menos, en do criterios que reiteramos a lo largo de este trabajo. Por una parte, tales normas extrapenales habitualmente no son Leyes Orgánicas (y no concurren en este caso los requisitos de una norma penal en blanco). Por otra, el Derecho penal persigue a sus propios fines, los cuales identificamos con la producción de bienes jurídicos. Desde este último punto de vista, reconocida la responsabilidad penal de las personas, debe optarse por una intelección que sea coherente con los fines preventivos*

Según esta posición, aunque tomemos en cuenta la legislación extrapenal, en realidad caben matizaciones.

En nuestra opinión e invocando una vez más la coherencia del ordenamiento jurídico, pero esta vez añadiendo el principio de seguridad jurídica y también el de legalidad, creemos que la concepción de la persona jurídica debe ser una formal. El empleo de la normativa extrapenal no debe verse necesariamente como una atadura, sino que debe tener una lectura positiva, la de que el Derecho Penal estará operando con sujetos que realmente tienen relevancia en el tráfico jurídico, siendo de esta manera fiel al principio de búsqueda de la verdad material.

En conclusión, la normativa extrapenal es imprescindible para ver cuándo a un determinado ente se le dota de personalidad jurídica.

Asentados los aspectos relacionados con la justificación y el alcance del empleo de la normativa extrapenal, resta ver qué es lo que establece la misma. Por lógica jurídica tenemos que acudir, en primer lugar, al Código Civil, en concreto a los artículos 35 y siguientes. En realidad, en el artículo 35 tampoco encontramos una definición de persona jurídica, es simplemente una enumeración de determinadas figuras a las que el Código Civil considera como persona jurídica⁴⁸. Si miramos todo el capítulo referido a las personas jurídicas nos damos cuenta de que el Código civil no nos proporciona una regla de atribución de la personalidad jurídica que nos diga el momento en el cuál un ente adquiere dicha personalidad, sino que en realidad hace una remisión a las leyes reguladoras de cada una de las personas jurídicas que se pueda crear⁴⁹.

Con lo expuesto hasta ahora, podemos concluir que una vez que estemos en el terreno de la normativa extrapenal, la labor de determinar el modo y el momento de adquisición de la personalidad jurídica, uno de los elementos esenciales para la

perseguidos con tal reconocimiento. En consecuencia, entiendo que debe realizarse una interpretación no exclusivamente formal del concepto de persona jurídica que utiliza la Ley positiva española».

⁴⁸ DE SALAS MURILLO, S., «De las personas jurídicas» en AAVV., *Código Civil comentado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2016, p. 299 «Como ya se ha dicho, el Código Civil no pretende hacer clasificaciones completas ni cerradas de las personas jurídicas, sino que la virtualidad del art. 35 es proclamar simplemente que las figuras por él citadas tienen personalidad jurídica y desde cuándo la tienen».

⁴⁹ LASARTE C., *Parte general y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil I*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2017, p. 301 « En definitiva, el Código reenvía las reglas de adquisición de la personalidad jurídica de corporaciones, asociaciones (entre las cuales, no se olvide, se entienden incluidas las sociedades) y fundaciones a la regulación concreta de cada una de ellas: Ley de Régimen Local, Leyes de creación de Universidades o Colegios profesionales, Ley de Asociaciones, leyes de sociedades anónimas y limitadas, legislación sobre fundaciones, etcétera.».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

imputación a tenor del art. 31 bis del Código Penal, se tiene que hacer caso por caso, analizando la ley reguladora del ente al que se le quiere exigir responsabilidad penal. Esto abre un abanico inmenso que no permite la elaboración de un esquema general de entes imputables. Además, se tiene que poner de manifiesto desde este momento que la normativa extrapenal, no siempre resuelve con nitidez cada uno de los casos, de tal manera que a veces se tendrá que recurrir a la vía interpretativa para determinar si el ente tiene o no personalidad jurídica.

1.3. Recapitulación

Resumiendo lo dicho hasta ahora llegamos a la siguiente conclusión: Para identificar al sujeto responsable a tenor del artículo 31 bis se tienen que identificar los siguientes elementos. En primer lugar, y como un primer filtro de imputación, el ente tiene que estar dotado de personalidad jurídica. Esta condición sólo la podemos comprobar recurriendo a la normativa extrapenal en los términos ya explicados. De manera concurrente con la personalidad jurídica se tiene que encontrar el sustrato material, es decir, patrimonio, sustrato personal etc. Por último, se tiene que comprobar el carácter instrumental del ente y, en función de su alcance, determinar si estamos o no ante una persona jurídica imputable o no.

2. Tipos concretos de entes imputables

2.1. Los supuestos habituales

Aunque antes hemos puesto de manifiesto que la identificación de las personas jurídicas penalmente responsables se tiene que hacer de manera casuística, en base a los elementos comunes que hemos estudiado, esto no impide hacer una mínima referencia a los diferentes tipos o grupos de personas jurídicas que entran en el ámbito de aplicación del artículo 31 bis del Código Penal.

Así, un primer grupo de personas jurídicas penalmente responsables lo constituyen las sociedades mercantiles. Dentro de este grupo, adquieren especial relevancia las sociedades mercantiles de capital. Los tipos más comunes que nos encontraremos serán las sociedades anónimas y las sociedades de responsabilidad limitada. La norma a la que tenemos que acudir es el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Como veremos más adelante esta norma, a veces, nos puede plantear dudas sobre todo

con el momento de adquisición de la personalidad jurídica. Al lado de estas figuras básicas nos podemos encontrar con toda una serie de sociedades anónimas especiales, cada una de ellas con su norma reguladora y con sus reglas especiales⁵⁰. Queda claro que las sociedades mercantiles, por su relevancia en el tráfico mercantil, así como por la multitud de tipos sociales será el sujeto más común susceptible de responsabilidad penal.

Aunque seguimos en el terreno de las sociedades ya no hablamos de las mercantiles, sino que ahora nos referiremos a la sociedad civil. La sociedad civil entra en el ámbito del artículo 31 bis porque esta tiene personalidad jurídica y así se desprende de los artículos 35, 1665 y 1669 del Código Civil. En cambio, no tendrán personalidad jurídica aquellas sociedades civiles que se mantengan en secreto.

Las asociaciones son otra de las personas jurídicas susceptibles de ser responsables penalmente. La Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación, es la normativa extrapenal que nos permitirá ver si, a los efectos que a nosotros nos interesa, cumplen con el requisito de la personalidad jurídica. Las asociaciones, podrán suponer problemas en la práctica debido a que el art 5.2 de la Ley mencionada anteriormente, establece que, con la otorgación del acta fundacional, sea en documento público o privado, ya adquiere personalidad jurídica. La inscripción registral sólo tiene efectos de publicidad, no efectos constitutivos. En nuestro país hay un número importante de asociaciones y prueba de ello son las 51.404 asociaciones de ámbito estatal que figuraban inscritas en el Registro Nacional de Asociaciones a 31 de diciembre 2016⁵¹.

Las fundaciones privadas son otro tipo de personas jurídicas susceptibles de ser responsables penalmente. Se encuentran reguladas por la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. En este caso, a diferencia de las asociaciones, la personalidad jurídica se adquiere con la inscripción de la escritura pública de constitución.

⁵⁰ Ver entre otras Ley 1/1994, sobre el Régimen Jurídico de las Sociedades de Garantía Recíproca; Ley 1/1999, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras; Ley 22/2014, entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado; Real Decreto 1251/1999, sobre sociedades anónimas deportivas; Ley 11/2009, Sociedades Anónimas Cotizadas de Inversión en el Mercado Inmobiliario.

⁵¹ Anuario estadístico del Ministerio de Interior 2016, Editado por el Ministerio del Interior, 2017, p.29.

Recordando lo que en su momento habíamos dicho sobre la reforma del año 2012, no cabe ninguna duda sobre la responsabilidad penal de los partidos políticos y los sindicatos. Como en el resto de los casos, para determinar el momento de la adquisición de la personalidad jurídica habrá que acudir a sus leyes reguladoras⁵².

Esta lista de personas jurídicas potencialmente responsables se podría ampliar mucho más, sin embargo, consideramos que los casos más frecuentes que se pueden dar serán con el tipo de personas que hemos mencionado aquí.

2.2. Análisis de los casos dudosos

Como ya habíamos advertido, la normativa extrapenal no siempre nos dejará claro cuál es el momento en el que un determinado ente está dotado con personalidad jurídica. En la práctica se dan diversas situaciones en las cuales es necesario hacer previamente una labor de interpretación para después concluir si un ente tiene o no personalidad. Tampoco en este caso es posible analizar cada uno de los supuestos que se pueden plantear, pero, siguiendo el mismo criterio que en el caso de los supuestos habituales, no centraremos en las situaciones, que, en nuestra opinión, pueden ser las más frecuentes.

Uno de los primeros casos, planteado también por la Fiscalía General, es el de las sociedades mercantiles irregulares. Desde un punto de vista puramente mercantil, estamos ante este tipo de sociedad cuando se demuestra la voluntad de no inscribir la sociedad, o en todo caso, cuando ha transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción⁵³. La gran pregunta que se plantea aquí es si la sociedad irregular tiene o no personalidad jurídica. Esta pregunta sólo se puede contestar teniendo en cuenta los artículos 20 y 33 de la Ley de Sociedades de Capital. En dichos preceptos se nos dice que para la constitución de una sociedad de capital es necesaria el otorgamiento de la escritura pública y su inscripción el Registro Mercantil. A continuación, el artículo 33 establece que con la inscripción «*la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido*». Entonces el problema es determinar cuáles son los efectos de la inscripción del Registro Mercantil.

⁵² Ver Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos y Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

⁵³ Cfr. art 39 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Lo que tenemos que determinar es si la sociedad tiene personalidad jurídica antes de inscripción o la adquiere con la misma. Haciendo caso a la doctrina autorizada en este aspecto tenemos que concluir que la sociedad irregular tiene personalidad jurídica y que los efectos de la inscripción en el Registro Mercantil, aunque muy importantes, no son constitutivos⁵⁴.

Para cerrar la cuestión de las sociedades irregulares creemos que es necesario recoger también las observaciones que hace la Fiscalía General. Del análisis de la normativa ya mencionada, la Fiscalía llega a la conclusión de que *«las sociedades colectivas pueden permanecer irregulares por tiempo indefinido y continúan siendo tales, aunque no se inscriban, las de la capital solo pueden permanecer irregulares por tiempo determinado, y pierden esa condición en caso de no producirse la inscripción en el plazo legalmente previsto»*⁵⁵.

Al lado de la sociedad irregular, es necesario hablar de la sociedad en formación. La denominación no tiene que llevarnos a confusión y pesar que como el ente en cuestión se está formando, pues no existe o no tiene personalidad jurídica y por lo tanto no es imputable. El estatus de sociedad en formación se aplica o se predica de aquellos entes que todavía no se han inscrito en el Registro Mercantil. Si observamos la situación es la misma que en el caso de la sociedad irregular, con la diferencia de que ahora ya no estamos ante una situación patológica sino en una fase normal. Cuando esta situación transitoria se mantiene, más allá de un año, es cuando ya pasamos a hablar de sociedad irregular. Por lo tanto, y en coherencia con lo que hemos dicho, para el caso de las sociedades irregulares, las sociedades en formación pueden ser responsables penalmente.

El caso de la sociedad unipersonal es un supuesto dudoso, aun cuando esta reúne los requisitos esenciales, es decir, personalidad jurídica y sustrato material. Sobre este caso se ha pronunciado la Fiscalía General, tanto en la Circular de 2011, como en la de

⁵⁴ MARQUES MOSQUERA, C., «Artículo 39», en AAVV., *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, Cizur Menor Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 311-312 « Otra idea que es importante tener clara cuando se aborda la irregularidad societaria es que la falta de la inscripción registral no determina, ni mucho menos, la falta de personalidad jurídica y es que, tal y como se estudia con detenimiento en el comentario del artículo 33 LSC al que nos remitimos, para un importante sector de la doctrina moderna, el reconocimiento de la personalidad jurídica no va anudado a la publicidad registral sino a la voluntad de los socios de constituir una sociedad externa y personificada a actuar como tan en el tráfico jurídico».

⁵⁵ Vid. Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 27.

2016. El criterio por el que se opta es que se tiene que imputar exclusivamente a la persona física en los casos en los que hay «*identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica*»⁵⁶. Los dos argumentos que ofrece para defender dicha opción es la realidad de las cosas y el riesgo de incurrir en *ne bis in idem*. Desde el punto de vista normativo, se apoya en la previsión del artículo 31 bis.3 CP donde se flexibilizan, de alguna manera, los requisitos de supervisión y funcionamiento de los programas de cumplimiento. Aquí el debate no versa sobre la existencia o no de la persona jurídica sino del alcance que tiene el concepto mismo de persona jurídica.

No estamos de acuerdo, en absoluto, con la posición de la Fiscalía General y tampoco con la doctrina que defiende la misma posición⁵⁷. No hay más que comprobar si se da la triple identidad, para demostrar si se está o no ante *bis in idem*. En primer lugar, no se da la identidad de sujeto. Aunque la sociedad está constituida por un único socio, jurídicamente, constituye un sujeto distinto de la persona física y así actúa en el tráfico mercantil. Si esta forma de actuar es aceptada por nuestro ordenamiento⁵⁸ ¿por qué el Derecho Penal la tiene que obviar? Jurídicamente sociedad unipersonal y socio son dos sujetos distintos, tienen responsabilidades patrimoniales distintas, tienen obligaciones tributarias distintas, etc. Demostrada la falta de identidad de sujeto, queda claro que no se da la situación del *bis in idem*. Por lo tanto, no se puede descartar a priori la imputación de una sociedad unipersonal, otra cosa distinta es que el carácter instrumental de la misma sea de tal manera que nos sitúe ante una persona jurídica que no es real. Una sociedad unipersonal, que actúa habitualmente en el mercado y que tiene un sustrato material es potencialmente imputable, desde nuestro punto de vista.

No podemos decir que se ha concluido y se ha resuelto enteramente la lista de supuestos dudosos; sin embargo, preferimos limitarnos a los supuestos mencionados por ser los que se encuadran dentro de las sociedades mercantiles, que tal como hemos opinado, son las que más frecuentemente nos encontraremos a la hora de hablar de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁵⁶ Vid. Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la ley orgánica 1/2015, pp. 29-30.

⁵⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 3 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 108.

⁵⁸ Cfr. art 12 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

3. Personas jurídicas exentas de responsabilidad penal

Si hasta ahora estuvimos hablando de los elementos que nos permitían determinar que una persona jurídica entraba en el ámbito de la aplicación del art 31 bis del Código penal, ahora es el momento de hacer referencia aquellas personas que expresamente se han excluido del ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Hay que detenerse en el artículo 31 quinquies, donde, en realidad, nos encontramos dos situaciones distintas. En el primer párrafo del citado precepto sí que nos encontramos con las personas jurídicas exentas *ex lege*; sin embargo, en el segundo párrafo no se está hablando de una exención sino más bien de una limitación de las penas a imponer en el caso de las sociedades mercantiles públicas. Por lo tanto, las sociedades mercantiles públicas sí que están bajo el paraguas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y será aplicable la limitación de las penas, siempre y cuando no se hayan creado «*con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal*»⁵⁹.

El primer párrafo del artículo 31 quinquies no supone mayor problema de identificación de aquellos tipos de personas jurídicas expresamente excluidas. Es decir, para el caso del Estado, las Administraciones públicas territoriales e institucionales, Organismos Reguladores y Entidades Públicas empresariales, así como las organizaciones internacionales de derecho público, no se plantea mayor problema respecto de los entes que pueden encuadrarse en este tipo de organismos. Las dudas surgen cuando el legislador abandona la técnica de la exclusión expresa para remitirnos a unos criterios que no dejan claro qué entes estarían exentos de la responsabilidad penal.

La expresión «*aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*» aunque representa una puerta de entrada para, por ejemplo, el sector público fundacional⁶⁰, sigue sin resolver las dudas respecto de aquellos entes donde no siempre queda clara su pertenencia o no a la Administración Pública. Este es el caso, de los Colegios profesionales, las Cámaras de Comercio, las Cámaras agrarias, las

⁵⁹ Esta limitación de las penas a imponer se estudiará con detenimiento en los próximos capítulos.

⁶⁰ *Vid.* Circular 1/2016 sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la ley orgánica 1/2015, pp. 33-34.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

comunidades de regantes, y también las entidades urbanísticas colaboradoras como las Juntas de Compensación o las Entidades de Conservación.

La propia Fiscalía General ha cambiado su criterio en relación con los Colegios profesionales al pasar de defender *«una valoración jurídica casuística»*⁶¹ a afirmar claramente en la Circular 1/2016 que *«Los Colegios profesionales no encajan en ninguna de las categorías mencionadas en el art 31 quinquies, sin que quepa en este caso hacer una interpretación claramente extensiva de las personas jurídicas excluidas. Debe entenderse que el ejercicio de potestades públicas de soberanía o administrativas, por su tenor literal, resulta aplicable solo a las administraciones públicas y no a entes de naturaleza asociativa privada, como los Colegios profesionales, las Cámaras de comercio...»*.

También la doctrina se ha mostrado a favor de la declaración de la responsabilidad penal de este tipo de entes. Por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ afirma que al declararse responsables penalmente las sociedades mercantiles públicas, que ejecutan políticas públicas o prestan servicios de interés económico general, *«no se aprecian razones de peso para dejar fuera estas entidades»*⁶².

Tan defendible es lo que se acaba de exponer como las dudas que nos crea el hecho de que, teniendo en cuenta la literalidad del artículo 31 quinquies y las funciones de cada una de las corporaciones de derecho público antes mencionadas, parece que se cumple con el requisito exigido para formar parte de la lista de las personas jurídicas excluidas. Lo que es innegable es que estos entes, de una manera más o menos intensa, no sólo se crean y se regulan en virtud de la normativa administrativa, sino que la ley les atribuye el ejercicio de determinadas funciones administrativas. Muchos de sus actos, como por ejemplo el de las comunidades de regantes, por poner un ejemplo llamativo, *«son verdaderos actos administrativos, de carácter ejecutivo y obligatorio, que pueden ser impugnados en alzada ante la Administración Hidráulica»*⁶³.

Las dudas y los debates que se han generado en torno a las personas jurídicas excluidas, no es más que un reflejo de la pésima técnica utilizada por el legislador en

⁶¹ Vid, Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p.21.

⁶² FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La persona jurídica como sujetos de imputación jurídico-penal», BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p.65

⁶³ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo Parte General*, 9ª ed. Madrid, Tecnos, 2013, p. 427.

este aspecto. Lo prudente, desde mi punto de vista, es proceder, una vez más, al igual que se hizo en el caso de los partidos políticos y sindicatos, a la declaración expresa de pertenencia o no a esta lista de las personas jurídicas excluidas. No obstante, adelantamos que, al menos para el caso de los Colegios profesionales, daremos una respuesta algo más clara en el siguiente epígrafe.

C. Derechos fundamentales de las personas jurídicas imputables: una visión general

1. Las construcciones jurisprudenciales

Para tener una visión completa sobre el sujeto al que le vamos a imponer las consecuencias jurídicas que llevan el *nomen iuris* de penas⁶⁴ se hace imprescindible hacer alguna reflexión también sobre sus derechos. Las líneas que se van a dedicar a continuación no tienen por objetivo demostrar algo que ya está más que aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, sino recopilar las grandes teorías que se han gestado en torno a este tema. Estas construcciones jurisprudenciales tienen que estar presentes a la hora de hacer el análisis de tan importantes consecuencias jurídicas establecidas por el Código penal.

Sin más preámbulos pasamos a recordar el hecho de que nuestro constituyente no ha hecho una declaración expresa de los derechos fundamentales de las personas jurídicas, como sí lo han hecho otras constituciones de nuestro entorno⁶⁵, sin embargo, sí que ha dejado abierta, de manera implícita, la posibilidad de tal reconocimiento.

Precisamente de esto se ha ocupado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta conseguir elaborar, en mi opinión, una verdadera teoría de los Derechos fundamentales de las personas jurídicas. En opinión de algunos autores lo que hace el Tribunal Constitucional es introducir por vía jurisprudencial el contenido del artículo 19.3 de la Ley Fundamental de Bonn⁶⁶.

⁶⁴ Utilizamos la expresión «nomen iuris» no porque queramos adelantar ya una postura relacionada con este tema sino todo lo contrario, no nos pronunciamos en este momento sobre la naturaleza de estas medidas, penas o consecuencias jurídicas del Código Penal.

⁶⁵ Véase, por ejemplo, el artículo 19.3 de Ley Fundamental de la República Federal Alemana que establece «*Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales, en la medida en que, por la propia naturaleza de éstos, les sean aplicables*».

⁶⁶ ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: las Consecuencias Accesorias*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004, p. 131.

No tenemos intención de hacer una exposición sobre la evolución jurisprudencial, sino que nos limitamos a puntualizar aquellas sentencias más importantes.

Una de las primeras que hace referencia a este aspecto es la STC 53/1983 de 20 de junio de 1983⁶⁷, donde se determina que el artículo 53.2 de la Constitución se refiere no sólo a las personas individuales (físicas), sino también a las personas jurídicas.

Un poco después de esta sentencia pionera, se pudo tratar por parte del Tribunal Constitucional el tema de la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas. Así en la STC 137/1985 de 17 de octubre y en concreto en el fundamento jurídico tercero se determina que a las personas jurídicas no les son aplicables solo los derechos previstos en el artículo 24 de la Constitución, sino también los relativos a la inviolabilidad del domicilio.

Entre otras sentencias que se han dictado en la misma línea es necesario hacer especial mención a la STC 139/1995 de 26 de septiembre que, no sólo analiza el derecho al honor de las personas jurídicas, sino que hace una declaración general sobre la titularidad por parte de las personas jurídicas de derechos fundamentales. En concreto el Tribunal Constitucional afirma lo siguiente: *«Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el*

⁶⁷ Vid. STC 53/1983, de 20 de junio de 1983, FJ 1º: *«Si todas las personas tienen derecho a la jurisdicción y al proceso y se reconocen legítimamente las personificaciones que para el logro de un fin común reciben en conjunto el nombre de personas jurídicas, puede afirmarse que el art. 24.1 comprende en la referencia a «todas las personas» tanto a las físicas como a las jurídicas, y siendo esto así, una interpretación aislada del art. 53.2 que limitara a la persona individual esa tutela reforzada que dice este precepto, dejando para las otras personificaciones la tutela ordinaria, implicaría, con este recorte al sistema de defensa de un derecho fundamental, una conclusión contraria a lo que resulta -además del art. 24.1- del art. 162.1 b) de la C.E., en el que también a las personas jurídicas se reconoce capacidad para accionar en amparo.»*

círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social.».

Esta misma sentencia, que acabamos de citar, también ha dejado claro que los entes colectivos sólo tienen aquellos derechos fundamentales que por su naturaleza puedan ejercer. Por lo tanto, aun cuando haya una declaración general de que las personas jurídicas puedan ser titulares de este tipo de derechos no quiere decir que se les pueda reconocer todos y cada uno de ellos. Un ejemplo muy típico de derecho fundamental que se le ha negado es la intimidad personal⁶⁸. Sin embargo, y a los efectos que a nosotros nos interesa no cabe duda sobre la titularidad por parte de personas jurídicas de derechos fundamentales tales como libertad ideológica y religiosa, libertad de expresión e información, derecho a la tutela judicial efectiva, derecho a la legalidad sancionadora, entre muchos otros.

Otra observación que hay que dejar clara es que, aunque se planteó en su momento, la titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas no se limita en función de si predomina el elemento personal o patrimonial⁶⁹.

⁶⁸ Vid. STC 69/1999, de 26 de abril FJ 2º «En lo que respecta a la titularidad del derecho que el art. 18.2 C.E. reconoce, necesariamente hemos de partir de la STC 137/1985, ampliamente citada tanto en la demanda de amparo como en las alegaciones del Ministerio Fiscal. Decisión en la que hemos declarado que la Constitución, «al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas» (en el mismo sentido, SSTC 144/1987 y 64/1988). Si bien esta afirmación de principio se ha hecho no sin matizaciones relevantes, entre ellas la consideración de la «naturaleza y especialidad de fines» de dichas personas (STC 137/1985, fundamento jurídico 5.o). Tal afirmación no implica, pues, que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas. Basta reparar, en efecto, que, respecto a éstas, el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, como hemos declarado desde la STC 22/1984, fundamento jurídico 5.o (asimismo, SSTC 160/1991 y 50/1995, entre otras); pues lo que se protege no es sólo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (STC 22/1984 y ATC 171/1989), lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas».

⁶⁹ GÓMEZ MONTORO, Á. J., «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, p. 105 «La segunda conclusión que puede extraerse, es la dificultad de limitar la titularidad de derechos fundamentales en función del tipo de persona jurídica de que se trate. Esta conclusión puede resultar controvertida y, de hecho, el Tribunal Constitucional se ha manifestado con frecuencia en el sentido de que aquellas asociaciones en las que predomina el elemento personal deben tener una protección mayor de la que ostentan aquellas otras en las que éste aparece más difuminado (véanse, por ejemplo, las SSTC 137/1985, 64/1988, 139/1995 y 117/1998). Sin embargo, ese tipo de afirmaciones han quedado, en la mayor parte de los casos, en un mero obiter dictum, sin que a la hora de la verdad se hayan extraído concretas consecuencias. De hecho, el Tribunal ha reconocido el derecho al honor —derecho personalísimo— precisamente a sociedades anónimas. En realidad, si se admite que toda persona jurídica tiene en su origen el ejercicio de un derecho fundamental, no se entiende por qué unas han de gozar de mayor protección que otras».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

En conclusión, ostentar el estatus de persona jurídica despliega no solo la capacidad de actuar en el tráfico jurídico, sino que a la vez se le dota incluso del poder de invocar determinados derechos fundamentales. Esto es una muestra más de lo importantes que son las reflexiones sobre el sujeto al que le queremos imponer las consecuencias previstas en el Código Penal.

2. Concreción de los titulares-persona jurídica

A pesar de lo que hemos dicho hasta ahora en relación con los derechos fundamentales de las personas jurídicas falta por hacer unas reflexiones sobre la concreción de los titulares.

Curiosamente, nos encontramos con las mismas variables con las que nos hemos confrontado cuando hablábamos de la determinación de la persona jurídica responsable a tenor del artículo 31 bis del Código penal, es decir, personalidad jurídica y el carácter público de la persona jurídica. El estudio de estas variables, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, nos permitirá dar o completar las respuestas a los interrogantes que se planteaban en el punto dedicado al concepto de persona jurídica penalmente responsable.

Entonces una primera pregunta que surge es si las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales con independencia de su carácter público o privado o, por el contrario, hay que proceder a la distinción entre las dos clases de entes colectivos. Tal como observaremos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la doctrina autorizada⁷⁰ han perfilado la teoría de que en el caso las personas jurídico-públicas pasa lo contrario que en las jurídico-privadas. Es decir, a las personas jurídico-públicas se les ha negado con carácter general la titularidad de derechos fundamentales sin perjuicio de que ha habido puntuales reconocimientos, como, por ejemplo, la tutela judicial efectiva o el derecho a la igualdad⁷¹.

Por mencionar algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, traemos a colación la STC 64/1988 de 12 de abril donde en su fundamento jurídico primero, al referirse al artículo 24 de la Constitución, aun reconociéndolo para las personas

⁷⁰ GÓMEZ MONTORO, Á. J., «La titularidad de derechos fundamentales...*op.cit.*, p. 105 «como regla general esa titularidad no es posible cuando se trata de personas jurídicas de Derecho Público».

⁷¹ ALÁEZ CORRAL, B., «Los sujetos de los derechos fundamentales», en AAVV. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p.89.

jurídicas, hace la siguiente afirmación: *«Sin embargo, por lo que concierne a este último derecho, este Tribunal ha dicho que no se puede efectuar una íntegra traslación a las personas jurídicas de Derecho público de las doctrinas jurisprudenciales elaboradas en desarrollo del citado derecho fundamental en contemplación directa de derechos fundamentales de los ciudadanos»*. Aquí se observa claramente las finas matizaciones que se establecen en relación con este asunto.

La negación general de los derechos fundamentales a las personas jurídicas de Derecho Público, con algunas excepciones, la encontramos también en la STC 91/1995, de 19 de junio, reproduciendo aquí parte de su fundamento jurídico segundo *«conviene recordar que la presente demanda de amparo ha sido interpuesta por un Ayuntamiento, es decir, un ente de Derecho público con personalidad jurídica. No pueden desconocerse las importantes dificultades que existen para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a tales entidades, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 C.E. resulta poco compatible con entes de naturaleza pública. No obstante, y como excepción a dicha regla, este Tribunal viene admitiendo la interposición de recursos de amparo por tales entidades jurídico-públicas cuando están en juego las garantías del 24.2 C.E., pues la tutela efectiva que se encomienda a los Jueces y Tribunales comprende a todas las personas que tienen capacidad para ser parte en un proceso (SSTC 19/1983, 64/1988, 99/1989, entre otras)»*.

Aunque la lista de pronunciamientos es interminable, nos gustaría cerrar el recorrido por la jurisprudencia constitucional con un extracto de la STC 239/2001, de 18 de diciembre, al considerar que allí aparece concentrada toda la fundamentación de esta negación. En el fundamento jurídico tercero encontramos la siguiente explicación *«En principio los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos (STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1). Por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de "derecho fundamental" que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública (STC 91/1995, de 19 de junio, FJ 2). En consecuencia, lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

los particulares no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional (STC 129/2001, de 4 de junio, FJ 3).».

Con lo dicho hasta ahora, por fin podemos dar una respuesta sólida respecto de la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales⁷². El quid de la cuestión reside en ver si estas personas jurídicas tienen un carácter público asimilable al de las otras categorías mencionadas en el artículo 31 quinquies. Nosotros proponemos hacer el siguiente camino. Si el Tribunal Constitucional ha negado, con pequeñas excepciones, la titularidad de los derechos fundamentales a las personas jurídicas de derecho público, hacer lo mismo con los Colegios profesionales implicaría la posibilidad, a pesar de su extraña naturaleza, de considerar a estos entes verdaderas personas jurídicas de derecho público. Esto supondría que los Colegios profesionales están dentro de la lista de las personas jurídicas excluidas de la responsabilidad penal establecida en el artículo 31 bis del Código Penal.

Y sí, efectivamente, el Tribunal Constitucional invoca la misma doctrina de los derechos fundamentales de las personas jurídicas públicas para el caso de los Colegios profesionales. Esto lo hace en la STC 45/2004, de 23 de marzo donde se resuelve el recurso de amparo interpuesto por Colegio Oficial de Ingenieros Aeronáuticos de España frente a la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que inadmitió su recurso contra el Reglamento de cuerpos, escalas y especialidades fundamentales de los militares de carrera. En esta Sentencia, antes de proceder a entrar en el fondo del asunto afirma lo siguiente: *«Dada la condición de personas jurídicas públicas de los colegios profesionales, se hace preciso recordar, siquiera brevemente, nuestra doctrina sobre la titularidad por los entes públicos del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que fue recogida fundamentalmente en la STC 175/2001, de 26 de julio (FFJJ 3 a 8), dictada en recurso de amparo abocado al Pleno, a la que han seguido otras posteriores (así, SSTC 239/2001, de 18 de diciembre, FJ 3; 240/2001, de 18 de diciembre, FJ 3; 56/2002, de 11 de marzo, FJ 3; 63/2002...»*. En este caso también recuerda que a pesar de su condición de persona jurídica pública sí que tiene, con los matices a los que ya hemos hecho referencia, el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁷² Las reflexiones que se hacen van estrictamente referidas a los colegios profesionales sin hacer las correspondientes conclusiones extensibles a las Cámaras de Comercio u otros.

Analizadas las diferencias que se derivan de la dicotomía persona jurídica públicas, persona jurídica privadas, resta, dentro de esta última categoría, ver que alcance tiene el ser dotado o no con personalidad jurídica. La única sentencia que el Tribunal Constitucional ha dictado a favor del derecho fundamental de un ente sin personalidad jurídica ha sido la STC 214/1991, de 11 de noviembre en la cual se reconoce legitimación activa a cada uno de los miembros para poder reaccionar contra la vulneración del derecho al honor⁷³. Sin embargo, solo con este pronunciamiento no es suficiente para poder llegar a la conclusión de que los entes sin personalidad jurídica tienen reconocida la titularidad de los derechos fundamentales en los términos en los que se ha hecho con las personas jurídicas⁷⁴.

Por lo tanto, en nuestra opinión, este es un argumento más a favor de mantener un concepto formal de persona jurídica en tanto en cuanto estos son verdaderos sujetos de derecho a los que les podemos imputar responsabilidad penal respetando sus derechos fundamentales.

⁷³ STC 241/1991, de 11 de noviembre FJ 3º « En tal supuesto, y habida cuenta de que los tales grupos étnicos, sociales e incluso religiosos son, por lo general, entes sin personalidad jurídica y, en cuanto tales, carecen de órganos de representación a quienes el ordenamiento pudiera atribuirles el ejercicio de las acciones, civiles y penales, en defensa de su honor colectivo, de no admitir el art. 162.1 b) C.E., la legitimación activa de todos y cada uno de los tales miembros, residentes en nuestro país, para poder reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor de dichos grupos, no sólo permanecerían indemnes las lesiones a este derecho fundamental que sufrirían por igual todos y cada uno de sus integrantes, sino que también el Estado español de Derecho permitiría el surgimiento de campañas discriminatorias, racistas o de carácter xenófobo, contrarias a la igualdad, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama (art. 1.1 C.E.) y que el art. 20.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos expresamente proscribe («toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley»).».

⁷⁴ ALÁEZ CORRAL, B., «Los sujetos ...op.cit, p.90.

CAPITULO II: EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA DE LAS «PENAS» DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

A. Reflexiones iniciales

Intentar dar una respuesta sobre la naturaleza de las medidas aplicables a las personas jurídicas o simplemente reflexionar sobre dicha naturaleza sólo se puede hacer contemplando, previamente, la configuración del sistema de responsabilidad que se ha construido a tal efecto y en el que encuentran origen lo que el legislador llama «penas». Dicho de otra manera, no se puede hacer reflexión alguna sobre las «penas» de las personas jurídicas si no se analizan los modelos de imputación.

A la hora de abordar el estudio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos encontramos con varios elementos en relación con los cuales surgen diversas preguntas. Estos elementos son: la persona jurídica con sus capacidades y derechos; la persona física y, en especial, la valoración de su actuación y su importancia para la apreciación de la responsabilidad de la persona jurídica; la teoría del delito y de la pena; y, por último, los principios informadores del Derecho penal.

Respecto al primer elemento, es decir, la persona jurídica, algunas de las preguntas que surgen son las siguientes: ¿puede cometer un delito?, ¿cómo realiza la acción?, ¿tiene capacidad de culpabilidad? La única característica de la persona jurídica que no está bajo discusión es el hecho de que no tiene un sustrato psicológico.

El hecho de que no se puede omitir la presencia de la persona física, en la elaboración de un sistema de responsabilidad de la persona jurídica, es algo que no se discute por razones obvias. Ahora bien, donde ya no hay acuerdo es en la valoración e importancia que se da a dicha actuación. No hay acuerdo en qué es para la responsabilidad de la persona jurídica la actuación de la persona física: ¿un simple presupuesto de dicha responsabilidad? o, por el contrario, un escollo para la construcción de tal responsabilidad.

En lo que se refiere a la teoría del delito y de la pena la primera pregunta que surge es si la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene encaje en la misma. Ya que esta teoría ha sido elaborada teniendo como referente sólo a la persona física como mínimo hay que hacerse la siguiente pregunta: ¿el elemento persona física es un

elemento ontológico de los conceptos de acción y culpabilidad o por el contrario estos conceptos son mucho más amplios y englobarían también a las personas jurídicas?

Sobre los principios informadores del Derecho penal la única pregunta que cabe hacer es si el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas contemplado en nuestro ordenamiento jurídico respeta dichos principios. En caso de que la respuesta es negativa habría que ver que fórmula sería respetuosa con dichos principios.

En función de cómo se abordan estos elementos y cómo se responde a las preguntas relacionadas con los mismos podemos estar ante un modelo de autorresponsabilidad, un modelo de heterorresponsabilidad o, incluso, ante una posición contraria a estos dos modelos al considerar la imposibilidad de configurar una responsabilidad penal de este tipo de sujetos.

Si las maneras de configurar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas son diversas, también lo serán las opiniones que se tengan sobre las medidas aplicables a estas. Podríamos decir que a pesar de la evolución legislativa y de los abundantes trabajos desarrollados en relación con este tema seguimos ante un abanico de posiciones doctrinales tan amplio como el que se planteaba para el caso de las consecuencias accesorias del artículo 129 del CP. Así, algunos consideran que las medidas del artículo 33.7 del CP son penas en sentido estricto, otros se inclinan hacia la posibilidad de contemplarlas como medidas de seguridad o incluso como una nueva clase de medidas y, por último, hay quienes descartan que se trate de medidas de carácter sancionatorio.

No puede quedar fuera del análisis, aunque no sea estrictamente de orden penal, el tratamiento que la persona jurídica recibe en el Derecho administrativo sancionador. Sabido es que desde antaño la legislación positiva ha contemplado sanciones destinadas a este tipo de entes. La cuestión es determinar cómo se ha resuelto esta cuestión en esa rama del ordenamiento, si es que se ha resuelto, y ver si alguna de las soluciones o construcciones allí contempladas pudieran tener cabida en el Derecho penal. Este análisis está motivado por el hecho de que siempre ha habido un debate sobre hasta qué punto el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal se aproximaban y también porque algunos plantean la pregunta de si a la persona jurídica se le impone sanciones por qué no se le van a poder imponer penas.

B. Los modelos de imputación

1. Modelo de autorresponsabilidad: ¿camino hacia las penas?

1.1. Características generales

Como decíamos al principio, hablamos de distintos modelos de imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica porque las preguntas que plantean los elementos presentes en la configuración de dicha responsabilidad se contestan o se solucionan de manera distinta. El modelo que ahora analizamos, el modelo de autorresponsabilidad trata dichos elementos de la siguiente manera.

A pesar de la falta de sustrato psicológico, para los defensores de esta opción sí que se puede predicar la capacidad de las personas jurídicas para cometer delitos y, en consecuencia, soportar penas. A tal efecto, como tendremos ocasión de ver, se construyen unos conceptos de acción y culpabilidad que encajen con las características de este sujeto.

Para el modelo de autorresponsabilidad o por el hecho propio, la importancia de la persona física parece agotarse en la comisión del delito. A partir de la constatación de la comisión de alguno de los delitos que pueda hacer responsable a la persona jurídica, se intenta un alejamiento, a la mayor velocidad posible, del resto de las circunstancias que puedan rodear los hechos. Todo ello se hace en pro de la defensa de la autonomía e independencia de las responsabilidades de los dos sujetos.

En cuanto a la teoría del delito y de la pena se refiere, podemos observar que, a priori, el modelo no quiere alejarse mucho de la misma; sin embargo, por las características de este nuevo sujeto (la persona jurídica) no le queda más remedio que estar en paralelo a ella. Aunque se construya una imagen fiel a lo que es la teoría clásica del delito y de la pena, no podemos decir que se ha conseguido encajar a la persona jurídica en dicha teoría, sino que se ha tenido que construir una nueva para la misma.

Por lo tanto, el modelo de autorresponsabilidad afirma que la persona jurídica es responsable penalmente por un hecho propio y culpable, luego las medidas que se la van a aplicar no pueden ser otra cosa más que penas, al menos es lo que sostienen los defensores de este modelo.

La apuesta por este modelo de imputación viene motivada, entre otras cosas, por dos premisas muy relacionadas entre sí. La primera de ellas es considerar que sólo cabe la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento si se cumple con el principio de culpabilidad y las consecuencias derivadas del mismo⁷⁵. La segunda premisa es que el Código Penal, ya desde la reforma de 2010 y más claramente a partir del año 2015, ha acogido esta opción⁷⁶. En relación con esto último, se utiliza frecuentemente como argumento⁷⁷ el preámbulo de la LO 1/2015, que reforma el Código Penal, y que parece pretender alejarse de una interpretación normativa en clave vicarial⁷⁸.

Si las construcciones antes mencionadas llevan realmente a poder hablar de un hecho propio y que, además, quede demostrada la posibilidad de predicar la culpabilidad de una persona jurídica entonces, se habrá salvado el peligro de hacer responder penalmente a un sujeto por un hecho ajeno. Si se demuestra esta hipótesis entonces se habrá dado cumplimiento a los principios informadores del Derecho penal.

A primera vista, la solución parece sencilla y efectiva. Parece sencilla porque, para encajar la responsabilidad penal de estos sujetos, se estaría operando con unos conceptos muy parecidos a los que se emplean para la persona física. De hecho, llevan el mismo nombre: acción, culpabilidad, penas etc. Y, además, parece una solución

⁷⁵ GÓMEZ TOMILLO, M., «Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes», en JUANES PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ, E., (Coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2015, p. 45: «Como recuerda la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, el Tribunal Constitucional estima que la culpabilidad es un principio estructural del Estado de Derecho. Consecuencia de ello, es la necesidad de encontrar una idea de culpabilidad característica de la persona jurídica, ausente la cual, decaerá la posibilidad de sancionar a esta».

⁷⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 28-29: «Frente a la regulación de la RPPJ en el Código se mantienen al menos dos interpretaciones. La primera, obediente al principio de atribución... La segunda interpretación, adoptada en este libro, entiende que un análisis sistemático de la nueva regulación con la Constitución, el Derecho administrativo sancionador y demás normas del Ordenamiento conducen a la exigencia de la autorresponsabilidad de la persona jurídica, lo que implica la prueba de haber cometido un hecho injusto, lesivo de bienes jurídicos, objetiva y subjetivamente imputable y una culpabilidad propia ...».

⁷⁷ Ver, entre otros, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016 p. 102.

⁷⁸ Cfr. Exposición de motivos de 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, «Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

efectiva porque de un plumazo se evita el riesgo de incurrir en la tan claramente prohibida responsabilidad penal por el hecho de otro. Sin embargo, no es sencilla porque la construcción de unos conceptos lo más parecidos a los que ya tenemos para el caso de la persona física no constituye un simple reajuste de lo que teníamos hasta ahora sino una elaboración *ex novo*. Tampoco consideramos que el modelo de autorresponsabilidad sea realmente efectivo, dado que por muchas valoraciones que se haga de la conducta de la persona física, ésta no desaparece y las explicaciones que se dan para que quede en un segundo plano se fuerzan, a veces, en extremo.

No obstante, para poder emitir una opinión sólida sobre este modelo y también para poder ver en detalle, lo que en definitiva nos interesa, las consecuencias jurídico penales aplicables a las personas jurídicas, es necesario ver cómo se construyen esos conceptos de acción y culpabilidad.

1.2. Los conceptos de acción y culpabilidad

1.2.1. Injusto: hecho de conexión y culpabilidad: defecto de organización

A la hora de construir un modelo de autorresponsabilidad, los primeros esfuerzos van necesariamente encaminados a integrar la actuación de la persona física en dicha construcción. Y ello es así porque los defensores de este modelo no pierden de vista la importancia y la imposibilidad de omitir este elemento⁷⁹.

En la opción que ahora describimos, dicha integración se realiza utilizando la actuación de la persona física, al que denominan hecho de conexión, para construir el injusto de la persona jurídica. Lo que durante mucho tiempo fue un escollo para afirmar la posibilidad teórica de la responsabilidad penal de la persona jurídica, aquí, se convierte en elemento central precisamente para construir esa responsabilidad. Como afirma ZUGALDÍA, el objetivo no tiene que ser huir de la persona física sino «*valorar el soporte humano en su justa medida fijando los criterios (normativos) de imputación que*

⁷⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 3 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 73 «*Y es que la acción de la persona jurídica consiste en un "defectuoso management del riesgo, que produce un incidente empresarial grave"—como puede ser la muerte de un trabajador— requiere ineludiblemente que alguien (una persona física) organice mal el trabajo (eleve el riesgo) desencadenando un proceso causal que conduzca al accidente mortal; un defecto de organización empresarial exige, del mismo modo, que alguien haya organizado la empresa defectuosamente (la empresa no se organiza sola)...».*

permitan poner a cargo de la persona jurídica, como propio de ella, el comportamiento llevado a cabo en su seno por la persona física»⁸⁰.

Este objetivo, de no huir de la persona física, es, en realidad, una necesidad ya que, como afirma GÓMEZ TOMILLO, la falta de existencia física de la persona jurídica unida al hecho de que los tipos penales están diseñados pensando en la conducta de la persona natural hace imprescindible un juicio de atribución de la responsabilidad⁸¹.

Para completarse la construcción de este injusto de la persona jurídica es necesario ahondar en esa valoración del soporte humano o en ese juicio de atribución porque, en el caso contrario, sería difícil distinguir esta configuración de lo que es el modelo vicarial o de transferencia. Dicho de otra manera, la actuación de la persona física es sólo una parte del injusto de la persona jurídica y se requieren unas circunstancias adicionales que precisamente hagan de enlace con la persona jurídica.

Por esto mismo, cuando se da una definición completa del injusto de la persona jurídica, autores, como GÓMEZ TOMILLO, afirman que ese injusto *«de naturaleza compleja, deriva de la conjunción, de la sinergia de la actuación de la persona física con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica efectivamente utilizados e implica necesariamente la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos»⁸²*. En esta definición observamos lo dicho anteriormente, la actuación de la persona física es importante e imprescindible, pero, no es suficiente por sí misma para constituir el injusto de la persona jurídica.

Por esta misma razón, ZUGALDÍA, aunque muy tajante al afirmar que la acción típica de la persona jurídica *«consiste en la realización, por una persona física, de la vertiente objetiva y subjetiva de un tipo penal (hecho de conexión) en el que se admita la responsabilidad criminal de las personas jurídicas»*, no se queda allí, sino que añade, a renglón seguido, el que se tiene que realizar con los requisitos del artículo 31 bis CP y

⁸⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal ...op.cit.*, p. 74.

⁸¹ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 51.

⁸² GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción ...op.cit.*, p. 53.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

que «*sea al mismo tiempo, jurídica, sociológica y criminológicamente, una acción propia de la persona jurídica y expresión de su específico obrar corporativo*»⁸³.

Por lo tanto, una posibilidad que se plantea en relación con la construcción de un injusto para la persona jurídica es asumir los hechos realizados por la persona física como propios de la persona jurídica siempre y cuando se cumpla con los criterios normativos de imputación. Podríamos decir que en esta opción lo que se hace es una doble valoración de los hechos de la persona física, por un lado, generarán para ella las responsabilidades correspondientes y, por el otro, servirá para la generación de la responsabilidad de la persona jurídica siempre y cuando se den esos requisitos adicionales sobre los cuales hacíamos referencia anteriormente.

Construido el injusto, cuya configuración no valoraremos por el momento, resta observar la segunda parte del camino que es la culpabilidad de la persona jurídica. En este punto, parte de la doctrina española ha optado por acogerse al concepto de culpabilidad de la persona jurídica propuesto por el autor alemán TIEDEMANN que la define como defecto de organización⁸⁴. Para dicho autor cabe la posibilidad de exigir a la persona jurídica que se organice correctamente, no siendo esta exigencia predicable sólo de las personas físicas.

Este defecto de organización, como culpabilidad de la persona jurídica, se concreta o se aprecia en el momento en el que la persona jurídica no ha adoptado las medidas de control que evite la comisión de delitos en su seno. En palabras de ZUGALDÍA «*la culpabilidad de la persona jurídica —en la línea elaborada por Tiedemann— requiere la comprobación de que la persona jurídica ha omitido —de forma contraria al deber —la adopción de alguna de las medidas de precaución y control (defecto de organización) que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal (y no delictivo) de la actividad de la empresa*»⁸⁵.

⁸³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)», *La Ley Penal*, núm. 119, 2016, p. 4.

⁸⁴ TIEDEMANN, K., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coords.), *La reforma de la justicia penal: (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 1997, pp. 23 y ss.

⁸⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal ...op.cit.*, p. 92. En los mismos términos GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción ...op.cit.*, p. 105 «*...entendemos que la culpabilidad implicaría un juicio de reproche que se formula frente a una persona jurídica porque ha omitido la adopción de las medidas que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no infractor de la actividad relativa al hecho de la empresa*».

GÓMEZ TOMILLO, seguidor del criterio de TIEDEMANN, nos ayuda entender esta concepción de culpabilidad de la persona jurídica, entendiendo que esta «*guarda relación con el fenómeno de las acciones liberae in causa, donde se sanciona por la falta de cuidado, no cuando acaece el hecho, sino en un momento anterior*»⁸⁶. En cambio, se muestra en desacuerdo con la idea de que la empresa no se puede liberar de la sanción si prueba una organización eficiente⁸⁷.

Lo descrito hasta ahora es una de las opciones doctrinales que se enmarca en el modelo de autorresponsabilidad, no obstante, como veremos líneas abajo, sin salir de este modelo de imputación nos podemos encontrar con otros planteamientos.

1.2.2. Injusto: defecto de organización y culpabilidad: cultura de incumplimiento

Si en la opción anterior la presencia de la persona física adquiriría una relevante función a la hora de construir un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, en la opción o alternativa que ahora vamos a describir dicha presencia se queda relegada a un plano algo más secundario. Reajustado este parámetro, inevitablemente la construcción del injusto de la persona jurídica será distinta.

En este caso, el hecho típico y antijurídico realizado por la persona física tiene la condición de *presupuesto* para la generación de la responsabilidad penal de la persona jurídica⁸⁸ pero no constituye el injusto. De esta manera, el hecho de conexión, aun importante, no se puede considerar hecho propio de la persona jurídica⁸⁹ y, por lo tanto, habrá que buscar otros elementos para dar con un injusto que este sujeto pueda realizar.

⁸⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción ...op.cit.*, p. 105.

⁸⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., «Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, p.79: «En definitiva, propugnamos incluso en la exclusión de la culpabilidad de la persona jurídica (y, por consiguiente, de su responsabilidad penal) en el caso de que las medidas adoptadas sean suficientes para que un espectador objetivo excluya racionalmente la posibilidad de comisión de un delito en el seno social». En el mismo sentido NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios: (derecho penal económico europeo)*, Barcelona, Praxis, 1996, p. 209: «... el camino correcto estriba en admitir la falta de culpabilidad de la persona jurídica [...] en aquellos supuestos en los que se demuestre que la empresa ha puesto toda la diligencia necesaria para que no se cometan ilícitos en su interior».

⁸⁸ FEJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 68-69.

⁸⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ C., «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 122.

Si en la opción anterior el defecto de organización constituía la culpabilidad de la persona jurídica y se ponía en valor el hecho de que esta construcción ayudaba a mantener la culpabilidad como un juicio individualizador de la responsabilidad y también mantener el carácter de juicio material⁹⁰, en la opción doctrinal que ahora describimos pasa a constituir el injusto de la persona jurídica.

Para entender los postulados de esta concreta configuración de la autorresponsabilidad de la persona jurídica, tenemos que analizar los planteamientos de su máximo representante, es decir, GÓMEZ-JARA. Este autor reformula las construcciones necesarias para la responsabilidad penal de la persona jurídica aplicando a la teoría de los sistemas sociales autopoieticos los conceptos de organización y riesgo permitido. Esta forma de abordar la problemática le permite llegar a la conclusión de que a partir de cierto nivel de complejidad la persona jurídica empieza a tener una capacidad de autoorganización y, por lo tanto, lo puede hacer de una manera correcta o defectuosa⁹¹.

Todo lo expuesto anteriormente lleva a GÓMEZ-JARA A afirmar que *«el injusto propio de la persona jurídica se define como una defectuosa construcción de su ámbito de organización que supera el riesgo permitido o, expresado de otra manera, en un defecto de organización que supera el riesgo permitido»*⁹².

Con este giro, es decir, con el traslado del defecto de organización desde la culpabilidad hacía el injusto, se produce el efecto de que la persona jurídica cometerá siempre el mismo delito: el no haber adoptado las medidas de control necesarias para evitar la comisión de delitos en su seno.

Estas mismas medidas de control o de prevención de delitos servirán, a la vez, para la construcción de la culpabilidad. En esta opción doctrinal se ofrece el concepto constructivista de culpabilidad que se basa en el establecimiento de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Al igual que pasaba para el caso del injusto, el concepto de culpabilidad, en ese caso, se elabora a través de la utilización de la teoría de los sistemas autopoieticos. Aquí lo determinante es la disposición jurídica

⁹⁰ GÓMEZ TOMILLO, M., «Imputación objetiva ...op.cit., pp. 71-73.

⁹¹ Ver ampliamente en GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005; *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación español*, Montevideo-Buenos Aires, 2010.

⁹² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «El injusto típico ...op. cit., 6, p. 126.

del sujeto que se sintetiza en la *cultura empresarial de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad*⁹³.

Resumiendo al máximo los fundamentos teóricos utilizados para la construcción de este concepto, tenemos que hacer referencia a lo que GÓMEZ-JARA llama «*equivalentes funcionales*». Para llegar al concepto de culpabilidad como cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, el autor, cuya teoría presentamos aquí someramente, utiliza como un primer equivalente funcional la creación del ciudadano corporativo fiel al Derecho. El segundo equivalente funcional consiste en aplicar el sinalagma libertad de autoorganización versus responsabilidad (de la actividad empresarial). Es decir, a partir de este momento la persona jurídica no implica sólo coste/beneficio, sino que, al aplicarse el esquema derechos/deberes, se convierte en un «*verdadero ciudadano fiel al Derecho*». Esta última afirmación constituye el tercer equivalente funcional y tiene como consecuencia el que la persona jurídica pueda participar en la creación y definición de las normas sociales no a través del voto, pero sí a través de expresión de juicios en el discurso político⁹⁴.

Estas son algunas pinceladas del argumentario que sustenta la construcción del concepto constructivista de culpabilidad de la persona jurídica.

No obstante, tenemos que poner de manifiesto una matización importante que se ha hecho a esta formulación del concepto de culpabilidad de la persona jurídica. Aunque comparten, en lo fundamental, esta visión sobre la culpabilidad de la persona jurídica, autores como DE LA CUESTA ARZAMENDI y FEIJOO SÁNCHEZ consideran más adecuado, por ser un concepto mucho más amplio, una «*falta de cultura de cumplimiento de la legalidad*», antes que una cultura de incumplimiento de la legalidad⁹⁵.

⁹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad de la persona jurídica» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 165.

⁹⁴ Ampliamente desarrollado en, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad ...*op.cit.*, 165 ss. y también en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación español*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2010.

⁹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en JULIO DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por la LO5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 107-109 y DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2013, p.61.

1.3. Críticas al modelo: de penas a «penas»

Si la descripción del modelo de autorresponsabilidad, así como sus posibles configuraciones, darían para un estudio monográfico, también las críticas sobre el mismo serían dignas de tal estudio. No obstante, podemos resumir en dos grandes bloques algunas de dichas críticas.

Un primer bloque viene constituido por las objeciones que se alegan, no en relación con la existencia o conveniencia del modelo, sino en relación con su configuración del mismo. Aquí nos encontramos con las críticas que se intercambian los defensores de las dos opciones que hemos descrito anteriormente.

Los que consideran que el defecto de organización es el que se debe considerar como culpabilidad de la persona jurídica critican a los que sitúan dicho defecto en el ámbito del injusto por obviar un elemento imprescindible e inevitable: la persona física⁹⁶. Otras de las observaciones que se han hecho es que «*el defecto de organización resulta muy difícil de conectar causalmente con el resultado lesivo, toda vez que no es un hecho, sino un dato de naturaleza valorativa*»⁹⁷.

Por su parte, el concepto de culpabilidad por defecto de organización recibe las siguientes críticas. En primer lugar, se critica el recurso al *actio libera in causa*, ya que acabaría siempre en el mismo punto, el de la incapacidad de la persona jurídica y, para salvar la misma, no se puede recurrir a un tercero. En segundo lugar, lo que se ha criticado siempre ha sido la inadmisión de causas de exclusión de la culpabilidad de la persona jurídica⁹⁸.

El segundo bloque de críticas viene, como es lógico, por parte de los que no comparten esta visión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El

⁹⁶ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Modelos dogmáticos ... *op. cit.*, p. 3 «Esta construcción, que desde luego no es la única que ofrece (digamos, «en exclusiva») un modelo de autorresponsabilidad de la persona jurídica olvida que «cargar con el elemento humano» es ontológicamente inevitable para cualquier teoría de la imputación de las personas jurídicas, dado que éstas solo pueden actuar a través de personas físicas. Por eso no debe olvidarse que, por ejemplo, también la mala organización empresarial o el déficit de control empresarial —que se pretende como la única y auténtica acción de la persona jurídica— es obra de personas físicas que, actuando en el marco de la persona jurídica, la han organizado o controlado deficientemente. La persona jurídica no se organiza ni mejor ni peor que como la organizan las personas físicas que la integran. Lo mismo cabe decir respecto de una eventual falta de cultura jurídica de respeto al Derecho: la persona jurídica no tendrá ni más ni menos cultura jurídica de respeto al Derecho que la que le confieran las personas físicas que la integran y deciden en su seno.»

⁹⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., «Imputación objetiva ... *op. cit.*, p.66.

⁹⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad ... *op.cit.*, p. 162 ss.

modelo de autorresponsabilidad ha encontrado objeciones en cada una de las soluciones que ha planteado en relación con los elementos imprescindibles para la configuración de dicha responsabilidad.

A pesar de los esfuerzos, en los puntos anteriores descritos, de salvar el tradicional escollo para la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento, autores, como GRACIA MARTIN, siguen afirmando que la persona jurídica no tiene capacidad de acción y de culpabilidad.

Para el caso de las opciones doctrinales que surgen teniendo en la raíz el criterio de TIEDEMANN, GRACIA MARTIN esgrime como argumento que a la persona jurídica no se le puede someter a normas de conducta porque no tiene capacidad de acción y, por lo tanto, no las puede infringir. Respecto al defecto de organización afirma que a este no se le puede relacionar con la culpabilidad ya que es un estado objetivo que resulta de las infracciones de deberes de organización, infracciones que sólo cometen las personas físicas. Por último, y también relacionado con el defecto de organización, considera que, respecto de la persona jurídica, éste se debe entender como un injusto objetivo, pero contrario a la norma de valoración. En relación con los *modelos de sistema paralelos*, en los que enmarca la tesis de GOMES-JARA, GRACIA MARTIN completa sus críticas poniendo el foco en la utilización del sociologismo, ya que considera que lo que aporta «no son más que metáforas en el metalenguaje que no tiene ninguna o que tienen muy poca correspondencia material con el nivel empírico de los objetos del mundo real que interesan al Derecho»⁹⁹.

La falta de capacidad de acción y de culpabilidad es una crítica constante y, por esto mismo, dicha crítica la podemos encontrar en múltiples opiniones entre las cuales podemos mencionar la de ROBLES PLANAS quien afirma que el modelo que basa la culpabilidad en un defecto organizativo no consigue dar una definición de tal concepto, sino más bien la da casi por supuesto. La contestación a la vertiente que aboga por la culpabilidad como una cultura de incumplimiento de la legalidad contesta que al carecer la persona jurídica de conciencia pues desaparece la posibilidad de autodeterminarse¹⁰⁰.

⁹⁹ GRACIA MARTIN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18, p. 1 y ss.

¹⁰⁰ ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, núm. 7705, 2011, pp.1-21.

Por otra parte, por más que se intenta argumentar que las personas físicas son solamente un elemento tangencial para la responsabilidad de la persona jurídica, cierto es que los conceptos jurídicos contruidos sólo la esconden y, en realidad, el reproche va dirigido a ellas y no a la persona jurídica¹⁰¹. Por lo tanto, subsiste la clásica crítica según la cual se vulneran los principios de culpabilidad, de responsabilidad personal y de personalidad de las penas ya que, como observamos, se desvincula la acción antijurídica y culpable del sujeto al que se le imputa¹⁰².

Si a lo largo del análisis del modelo de autorresponsabilidad todo parecía indicar que estábamos ante unas verdaderas penas, es decir, ante unas penas en sentido estricto, tras ver algunas de las críticas más habituales que se le hace al modelo, las penas han pasado a ser «penas». Esta es la fórmula empleada por los críticos para expresar el desacuerdo con la calificación de las medidas como penas en sentido estricto¹⁰³.

Antes de dar por finalizadas las reflexiones sobre el modelo de autorresponsabilidad y sus efectos sobre la naturaleza de las medidas aplicables a las personas jurídicas, queremos puntualizar el hecho de que, en nuestra opinión, aunque se compartieran los planteamientos de dicho modelo no sería procedente afirmar que estamos ante penas en sentido estricto. Como mínimo estas penas impuestas a la persona jurídica constituirían una categoría aparte, porque los conceptos de acción y culpabilidad, por muy similares que parezcan, nunca compartirían el cien por cien de la composición de los conceptos de acción y culpabilidad contruidos para las personas físicas.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Algunos apuntes sobre la discusión doctrinal y jurisprudencial relativa a la naturaleza del modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas» en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; QUERALT JIMÉNEZ J.J.; CORCOY BIDASOLO, M.; CASTIÑEIRA PALOU, M.T., (Coords.), *Estudios de Derecho Penal Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, p.983.

¹⁰² FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación: art 31 bis 1, art 31 ter y art 31 quinquies», en JUAN PECES, A. (Dir.) Y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.) *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas* Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p.66.

¹⁰³ ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica...*op.cit.*, p. 13 «Por lo que respecta a la denominación «pena» en referencia a las consecuencias jurídicas que recaen sobre la propia persona jurídica, cabe entender que el legislador hace un uso impropio del concepto de pena. Ese uso impropio estaría respaldado en una analogía parcial con las auténticas penas, que son únicamente las que pueden imponerse a las personas físicas. Dicha analogía parcial vendría de nuevo motivada por elementos formales que comparten con las penas en sentido propio: resultan gravosas y las impone un Juez penal en un procedimiento penal»

2. Modelo de heterorresponsabilidad

2.1. Las premisas del modelo

Hemos puesto de manifiesto, en repetidas ocasiones, que en función de cómo se abordan los elementos necesarios para configurar una responsabilidad penal de la persona jurídica (facultades de la persona jurídica, valoración de la actuación de la persona física, la teoría del delito y de la pena, principios informadores) estaríamos ante uno u otro modelo. El modelo que ahora analizamos es, podríamos decir, radicalmente distinto al que se ha descrito líneas arriba. Ello lo indica incluso su propia denominación: el modelo de heterorresponsabilidad, por transferencia o vicarial tendrá, necesariamente, unos planteamientos antagónicos a los del modelo de autorresponsabilidad.

Dicho lo anterior, resta ver dónde se encuentran esas diferencias. Uno de los puntos centrales en los que se aprecia una visión distinta es a la hora de analizar las facultades de las personas jurídicas. Si en el modelo de autorresponsabilidad se predicaba la posibilidad de que la persona jurídica cometiera delitos, por las razones y en las condiciones antes expuestas, en el caso que nos ocupa, esta posibilidad está descartada desde el principio. Entre las razones que se dan al respecto y que, como vimos, es una de las críticas habituales al modelo de autorresponsabilidad es que la persona jurídica no tiene capacidad de acción ni de culpabilidad. En palabras de ROBLES PLANAS, al referirse al modelo de transferencia, «*en este último se reconoce, en cambio, abiertamente que la persona jurídica no actúa, sino que solo lo pueden hacer sus órganos*»¹⁰⁴.

Pero más allá de esta premisa tan argumentada y rebatida por la doctrina, nos encontramos con un argumento legislativo: el que el Código Penal no sustenta o no da margen para apreciar una «*comisión del delito*» por parte de la persona jurídica.

Aunque nos encontramos elementos que parecen «*introducir incoherencias en el modelo de atribución*»¹⁰⁵, como los que recogen los artículos 31 ter y quáter del CP al establecer, por ejemplo, la no comunicación de las circunstancias modificativas de responsabilidad entre la persona física y jurídica y, al introducir unas atenuantes para

¹⁰⁴ ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica...*op.cit.*, p.4.

¹⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, Madrid, 2013, p. 268 y ss.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

esta última, sí que hay suficientes argumentos para afirmar que el código penal no recoge un modelo de autorresponsabilidad. Es más, algunos autores indican que no existen modelos puros de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁰⁶.

Dichos argumentos, aunque esgrimidos por muchos autores¹⁰⁷, son recogidos por FERNÁNDEZ TERUELO de una manera completa y sistemática, razón por la cual los exponemos aquí. En primer lugar, señala el autor que el texto de la norma no habla en ningún momento de que la empresa cometa un delito, sino que estas responden, al decir el CP que serán penalmente responsables de los delitos cometidos por determinadas personas físicas que la integran. En segundo lugar, observa FERNÁNDEZ TERUELO que el defecto de organización no se regula por los preceptos en ningún momento como núcleo del injusto, sino que *(sólo) después de acreditar el injusto, a través del hecho personal de conexión, podrían valorarse, como posible eximente o atenuante, la implantación y el cumplimiento total o parcial de los esquemas organizativos de prevención de delitos*¹⁰⁸.

Por lo tanto, en base a las reflexiones realizadas hasta ahora, la persona jurídica, desde el punto de vista ontológico, no puede cometer delitos y, desde el punto de vista legislativo, no parece que se exija tal cosa.

Planteadas las cosas así, sobre la persona física y sobre el respeto a la teoría del delito y de la pena, no hay que decir nada novedoso, sino que hay que actuar como se ha hecho de manera de tradicional. Es decir, habrá que ver si los hechos cometidos por la persona física son o no constitutivos de delito. En este caso no se tendrá que hacer ninguna valoración de la actuación de la persona física y tampoco se crearán conceptos que ayuden a encajar un ente extraño en la teoría del delito y de la pena. Dicho de otra manera, en cuanto a la actuación de la persona física y el respeto a la teoría del delito y de la pena, todo sigue su curso normal.

¹⁰⁶ WEEZEL A. «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.605.

¹⁰⁷ Ver, entre otros, a GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies», GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.), MATA LLÍN EVANGELIO, A. (Coord.), GÓRRIZ ROYO, E. (Coord.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Coruña, 2015, p.163 «Es decir, el art.31 bis no precisa que las personas jurídicas cometan el delito. Lo que hace es establecer un sistema «vicarial», en el cual, bajo ciertas condiciones (presupuestos de conexión), traslada también la responsabilidad penal a las personas jurídicas por la conducta cometida por determinadas personas físicas.».

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Algunos apuntes ...op.cit.», p.982.

Ahora bien, constatada la comisión de un delito por parte de una persona física, se tendrá que poner tal circunstancia en relación con la persona jurídica. Y aquí viene lo que, en definitiva, caracteriza al modelo vicarial: la persona jurídica responderá por los hechos delictivos cometidos en su seno por las personas físicas que la integran. Esta transferencia se hace dadas determinadas condiciones que son las que recoge el artículo 31 bis 1 del Código Penal¹⁰⁹.

Llagados al último elemento que se debe tener en cuenta, es decir, los principios informadores del Derecho penal, hay que poner de manifiesto que el planteamiento expuesto no parece que dé cumplimiento a dichos principios. Se hace responsable a un sujeto por los hechos de otro, por lo tanto, estamos ante una responsabilidad objetiva que, sabido es, no se admite en nuestro Derecho penal. Este es el punto que servirá de base a las críticas del modelo, pero, a la vez, constituirá el extremo que servirá de inicio para la reorientación de dicho modelo.

Por lo tanto, aunque en este modelo no nos encontramos ante conflictos dogmáticos generados por construcciones artificiales, al no intentar fundamentar una teoría del delito y de la pena de la persona jurídica, tampoco consigue conjugar los elementos necesarios para una construcción de una responsabilidad penal de la persona jurídica. Es decir, este modelo pasa también, al igual que el anterior, por «*hacer coincidir las piezas del puzle que no encajan a base de recortarlas*»¹¹⁰, que en este caso se trata de algunos de los principios informadores del Derecho penal.

Si ponemos este modelo en relación con las consecuencias que se le aplican a la persona jurídica, difícilmente podremos hablar de una pena ya que dichas consecuencias ni se imponen a un sujeto culpable, ni se le imponen por la comisión de un delito. Como tendremos ocasión de ver, será necesaria una reorientación del modelo.

¹⁰⁹ Cfr. art. 31 bis 1. del Código Penal: «1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma. b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.»

¹¹⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Algunos apuntes...op.cit., p.985.

2.2 La necesaria reorientación del modelo de heterorresponsabilidad

Los autores que consideran que el CP ha optado por una fórmula de heterorresponsabilidad se dedican, simplemente, a constatar tal circunstancia. A diferencia de los defensores del modelo de autorresponsabilidad, los proclives a un modelo de transferencia no buscan por convicción propia dicho modelo, sino que, a partir del análisis de la legislación positiva, llegan a tal conclusión. Por esto mismo, son los primeros en poner de manifiesto que dicho modelo, planteado en los términos que hemos expuesto anteriormente, no resuelve la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que, como veremos más adelante, ofrecen interpretaciones alternativas tanto para abordar la regulación actual del Código Penal como para reenfocar este sistema peculiar de responsabilidad penal.

Al mencionar el término «alternativas», el primer pensamiento nos puede llevar a considerar que lo que se hace es rediseñar un nuevo modelo. Sin embargo, nosotros consideramos que se trata, en realidad, de una reorientación de la fórmula de heterorresponsabilidad porque las alternativas que se ofrecen parten de las mismas premisas que las que hemos descrito anteriormente, al exponer los planteamientos de este modelo. Se sigue manteniendo que la persona jurídica no tiene capacidad de acción y de culpabilidad y también que la legislación penal puede intervenir o poner el foco sobre la actividad delictiva que se produce en el seno de las personas jurídicas. Por otro lado, las alternativas interpretativas están motivadas tanto por el reconocimiento de la necesidad de atajar la actividad delictiva, que utiliza como nicho de cultivo la persona jurídica, como por la situación legislativa actual. A todo ello hay que sumarle la convicción sobre la posibilidad de poner en práctica tal objetivo, pero con unas fórmulas más realistas y desde luego más respetuosas con la dogmática penal y los principios informadores del Derecho penal.

Justificada la necesidad de una reorientación, explicado por qué no se está saliendo de las líneas maestras de una fórmula de heterorresponsabilidad, resta acercarnos a alguna de esas alternativas. Decir de antemano que no es posible, ni se pretende recoger en este trabajo todas las propuestas doctrinales que se han hecho al respecto. No posible porque los estudios son numerosos y detenerse en cada uno de ellos nos desviaría del objetivo que nos hemos fijado. No se pretende tal labor porque con las opiniones que vamos a analizar es suficiente para poner de manifiesto que el

modelo de heterorresponsabilidad, tal como se ha diseñado por el legislador hoy por hoy, no resuelve la problemática de la RPPJ, pero sí que hay margen de maniobra para darle una interpretación realista y acorde con los principios del Derecho Penal.

El que se afirme que la persona jurídica no tiene capacidad de acción y de culpabilidad no es obstáculo en la visión de SILVA SÁNCHEZ para observar un injusto objetivo. El autor no considera que las personas jurídicas puedan lesionar normas de determinación y, por lo tanto, no se le puede hacer un juicio de reproche. Pero lo dicho no es obstáculo para considerar que las dinámicas dentro de una persona jurídica puedan favorecer la comisión de delitos hasta tal punto de que esta realidad se convierta en algo antijurídico, pero en un sentido objetivo. SILVA SÁNCHEZ dice que todo esto no puede considerarse ni mucho menos como un injusto personal pero sí que se puede hablar de un «estado injusto» que debe entenderse como «injusto sistemático». Entonces para ver si realmente se da este estado de injusto, a la hora de aplicar las penas de las personas jurídicas, se tiene que hacer el triple juicio (pasado, presente y futuro). Se requiere un juicio del pasado para comprobar si el estado de desorganización de la persona jurídica favoreció la comisión de delitos por la persona física. El juicio de presente y de futuro sirve para comprobar si el defecto de organización subsiste y si es previsible que se sigan cometiendo nuevos delitos en el futuro.

De constatarse el riesgo organizativo, entonces habrá que aplicar dichas «penas» pero en el caso contrario no, lo que lleva a SILVA SÁNCHEZ a decir que esto es lo que demuestra que estamos, en realidad, ante unas medidas de seguridad. A renglón seguido, reconoce el autor que la multa no se puede calificar de medida de seguridad, pero sí de «instrumento general de conducción»¹¹¹.

Por último, en relación con la tesis de SILVA SÁNCHEZ, hay que decir que éste considera que estas medidas no se deberían regular en el Derecho penal. Sin embargo, ante la realidad legislativa, hace uso de su tesis del Derecho penal expansivo a dos velocidades incluyendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la velocidad más débil¹¹².

¹¹¹ La propuesta, que aquí hemos descrito de manera sucinta, la encontramos ampliamente explicada en SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos...op.cit.*, pp.281-291.

¹¹² SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos...op.cit.*, p. 289 «En conclusión: Las sanciones a las personas jurídicas deberían quedar fuera del sistema del Derecho penal. Ahora bien, una vez que el legislador ha decidido su introducción en éste (en una prueba más de la constante expansión a que se ve sometido),

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Esta opción ha sido criticada por insertar el injusto objetivo en la especie de injusto penal. GRACIA MARTIN, autor de dicha crítica, considera que sólo se puede calificar de injusto penal la infracción de una norma de determinación, infracción que solo puede tener lugar a través de la realización voluntaria de una acción o en su caso de una omisión¹¹³.

En relación con la siguiente propuesta que queremos exponer, tenemos que reconocer que se aleja mucho de lo que podría ser una fórmula de heterorresponsabilidad al partir, precisamente, de la eliminación de la necesidad de declarar responsable a persona jurídica. Lo que sí que mantiene en común con ese modelo de heterorresponsabilidad es la falta de capacidad de acción y de culpabilidad del ente y la necesidad de actuar sobre el mismo. Éste original planteamiento, actuar sobre el ente, pero sin hacerlo responsable, había sido propuesto por FERNÁNDEZ TERUELO ya desde la reforma del año 2010.

Esta manera de enfocar la problemática se sustentaría en dos ideas. La primera de ellas sería configurar de manera correcta el sistema de consecuencias accesorias que había antes de la introducción de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. FERNÁNDEZ TERUELO pone de manifiesto que aquel sistema de consecuencias accesorias, original de nuestra legislación por no tener parangón en otros ordenamientos, había sido mal configurado, lo que propició su poca utilización. En relación con lo dicho, señala el autor como graves deficiencias la falta de definición de los presupuestos de aplicación y los criterios de imposición de las medidas, el haber quedado fuera muchos de los delitos económicos y la indefinición del significado y el contenido de algunas medias. Por lo tanto, un primer paso tendría que ir encaminado a corregir dichas deficiencias.

Al lado de esta idea que acabamos de exponer, FERNÁNDEZ TERUELO considera que se tiene que sumar una *«buena fórmula de responsabilidad omisiva referida a las personas físicas con capacidad de gestión en la sociedad»*. Hace esta propuesta dado que considera que muchos de los actos lesivos que se producen en el ámbito de la delincuencia económica son, en realidad, favorecidos por el hecho de que los que sí

debe recordarse que en el marco de un Derecho penal expandido conviven “dos velocidades” de delitos y de sanciones. Así, a la segunda velocidad del Derecho penal, más débil y flexible, puede acoger una responsabilidad penal de las personas jurídicas (que comprende sanciones pecuniarias) por delitos cometidos por las personas físicas que las integran».

¹¹³ GRACIA MARTIN, L., «Crítica...op.cit., nota 26.

tienen capacidad real no hacen nada para evitar el resultado lesivo. Por esto mismo la comisión por omisión sería un adecuado instrumento subsidiario para atajar la problemática. Por último, apunta FERNÁNDEZ TERUELO que es necesario, tanto para superar dificultades de la teoría general de la omisión impropia, como para afrontar las planteadas por las exigencias del artículo 11 del CP, una regulación específica que se ocupe de tales problemas¹¹⁴.

Dado que hemos recordado el tema de las consecuencias accesorias, es oportuno hacer mención ahora a alguien que también ha estudiado este asunto y cuyos planteamientos ha mantenido una vez introducida la responsabilidad penal en nuestro CP. Así, MIR PUIG concebía el sistema de consecuencias accesorias como unas medidas preventivas similares a las medidas de seguridad al no fundamentarse éstas en la culpabilidad, pero peculiares al no basarse en la capacidad de delinquir de las personas físicas. Por lo tanto, estas medidas preventivas no eran ni penas ni medidas de seguridad clásicas, sino que se trataba de «una tercera vía»¹¹⁵.

Aunque el modelo de consecuencias accesorias había desaparecido o, mejor dicho, se había convertido en algo subsidiario con la introducción de la regulación de la RPPJ, ello no fue obstáculo para que MIR PUIG siguiera manteniendo que el principio de culpabilidad sólo se podía salvar si las ahora llamadas «penas» se aproximaban a las medidas de seguridad y a las consecuencias accesorias, de una parte y a las sanciones administrativas, de otra¹¹⁶.

En definitiva, la interpretación que propone MIR PUIG es que las «penas» de las personas jurídicas se distingan de las penas de las personas físicas, tanto por sus presupuestos como por su significado simbólico no pudiéndose contemplar «*como castigo al culpable, de un hecho*»¹¹⁷.

Aunque todavía podríamos encontrar muchas más sugerencias, entre autores defensores de la idea de que el CP ha optado por un modelo de

¹¹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, p. 1 y ss.

¹¹⁵ MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-01, 2004, pp. 1-17.

¹¹⁶ MIR PUIG, S., «Las nuevas “penas” para las personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad» en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO M.; GÓMEZ MARTÍN, V., (Dirs.) *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid, Edisofer, 2014, pp. 8-12.

¹¹⁷ MIR PUIG, S., «Las nuevas “penas” ...*op.cit.*», pp. 8-12.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

heterorresponsabilidad¹¹⁸, de cómo abordar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no hace falta ya que con los planteamientos expuestos se ha dado por cumplido el objetivo perseguido. Recordemos que el objetivo era poner de manifiesto que los que constatan que el Código penal se ha inclinado hacia un modelo de transferencia o vicarial son los primeros en poner de manifiesto sus limitaciones, razón para la cual, desde distintos planteamientos interpretativos, matizan dicho modelo, mostrando con ello que hay margen de maniobra para darle una interpretación realista y acorde con los principios del Derecho Penal.

3. La opción jurisprudencial y la posición de la Fiscalía

El análisis de los posibles modelos de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no sería completo si no tuviéramos en cuenta el criterio o los criterios del Tribunal Supremo y la posición de la Fiscalía General del Estado, máxime cuando las opciones que siguen las instituciones mencionadas condicionan de una manera real la forma de abordar esta problemática en el terreno de la práctica. En otros términos, los criterios por los que apuesta el Tribunal Supremo y la Fiscalía son relevantes y enriquecedores para el debate doctrinal y, a la vez, constituyen una importante guía para los sujetos susceptibles de la aplicación de este sistema de responsabilidad. No hace falta recordar que el modelo de imputación condicionará la opinión sobre la naturaleza de las medidas a imponer a las personas jurídicas.

El esquema que pudimos apreciar a la hora de adentrarnos en los debates doctrinales, es decir, dos modelos claramente diferenciados, se repite también en el ámbito que ahora analizamos. Incluso, se podría decir, que el debate es más intenso aun dado que nos encontramos con tres planteamientos distintos. Así, el modelo vicarial o de transferencia es el criterio seguido por la Fiscalía mientras que el Tribunal Supremo, como tendremos ocasión de ver, se encuentra dividido entre los que interpretan el artículo 31 bis CP en clave de un modelo de autorresponsabilidad con todos sus elementos y los que encuentran el fundamento de la RPPJ en *los principios generales de la "culpa in eligendo" y la "culpa in vigilando"*.

¹¹⁸ Ver, entre otros, a BOLDOVA PASAMAR, M. Á., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 219-263 que califica el sistema propuesto por el legislador como uno que fuerza las categorías dogmáticas; Ver también a DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», *Diario La Ley*, núm. 7670, 2011, p. 8 donde propone un sistema alternativo de sanciones intermedias entre el Derecho Penal y el Derecho administrativo.

Como ya adelantábamos, la discrepancia entre la Fiscalía y el Tribunal Supremo (a lo que hay que añadir la división interna) la encontramos en la apreciación del modelo de imputación y, como consecuencia de ello, la valoración de la función que ocupa los modelos de organización y gestión tendrá incidencia directa en la determinación de la carga de la prueba de la existencia de los mismos.

La FGE viene sosteniendo, tanto en su Circular 1/2011, como en la 1/2016 que el modelo introducido en nuestra legislación es uno de tipo vicarial o de transferencia¹¹⁹. Más allá de los argumentos aducidos a favor de tal consideración, lo que nos interesa destacar es la siguiente cuestión. Aunque ya en la primera Circular relativa a esta problemática, reconocía la Fiscalía que, si bien la responsabilidad de la persona jurídica no era independiente sí que tenía rasgos de autonomía, es en la Circular 1/2016 donde se valoran, con algo más de profundidad, dichos rasgos. Elementos como las atenuantes y las agravantes o el sistema propio de penas, entre otros, son valorados por la Fiscalía como matices que, ahora, *atenúan* el modelo vicarial pero no son suficientes para hablar de un modelo de responsabilidad por el hecho propio.

Más importante que lo que acabamos de exponer es que, desde un primer momento, la Fiscalía ha considerado que *«los modelos de organización y gestión ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento; de su imputación»*. Esta valoración se ha hecho en las dos Circulares que hemos mencionado, sin embargo, en la Circular 1/2016 se aprecia una variación en relación con dichos modelos en sentido de que el *«objeto del proceso penal se extiende ahora también a valorar la idoneidad del modelo adoptado por la corporación»*. La función de los modelos de organización y gestión, aparte de servir para implementar una cultura de legalidad, tendrá por objetivo evitar la pena, por lo tanto, tendrán la consideración de excusa absolutoria¹²⁰. Aparte de otras observaciones que se pudieran hacer, lo que se tiene que

¹¹⁹ Ver Circular de la FGE 1/2016, p. 4 « *el modelo de atribución de responsabilidad a la persona jurídica no ha cambiado sustancialmente y que, como se decía en la Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, “En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicaria l” mediante un sistema de numerus clausus que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito en el Libro II del Código Penal* ».

¹²⁰ Conclusión 15ª Circular FGE 1/2016.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

poner de manifiesto es que la consecuencia práctica inmediata es que la carga probatoria recaerá en la persona jurídica y no en la acusación¹²¹.

Por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la primera sentencia sobre esta materia, como no podía ser de otra manera, hace una defensa contundente de los principios informadores de la Derecho penal, con independencia del modelo de responsabilidad por el que se opte. La STS 514/2015, de 2 de septiembre, en su FJ 3º, dice claramente que *«ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basados en los principios irrenunciables que informan el derecho penal»*. Este pronunciamiento, en los términos reproducidos, dejaba la puerta abierta a los dos posibles modelos de imputación con el único límite del respeto a los principios informadores.

Dicha puerta estuvo abierta por muy poco tiempo ya que, a los pocos meses, el Tribunal Supremo entra de lleno en la materia, al hilo de un recurso de casación contra una condena a tres personas jurídicas y otras tantas físicas apelando a sus funciones nomofilácticas y de unificación doctrinal¹²². Así, aparece la importante, pero también polémica sentencia STS 154/2016, de 29 de febrero, en la cual queda patente la división del Alto Tribunal, al emitirse una sentencia mayoritaria que apuesta claramente por un modelo de autorresponsabilidad y un voto concurrente, firmado por una cantidad significativa de magistrados, que se inclina por un modelo bien distinto.

La sentencia mayoritaria rechaza de forma expresa el planteamiento contenido en la Circular 1/2016 al afirmar que los modelos de gestión integran el *«núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, complementario de la comisión del ilícito por la persona física»* y, por lo tanto, estos no son una causa absolutoria, sino que su acreditación implica la inexistencia de la infracción¹²³. Con tal planteamiento, ya no

¹²¹ Conclusión 20ª Circular FGE 1/2016.

¹²² FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Algunos apuntes ...*op.cit.*, p.978 donde pone de manifiesto que el Tribunal Supremo antes de ejercer la función de definir el derecho parece haber conseguido justo lo contrario, al aparecer el voto concurrente firmado por 7 magistrados.

¹²³ Ver STS 154/2016, de 29 de febrero, FJ 8º *«Según la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, partiendo de un planteamiento diferente acerca de esa tipicidad, la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una "excusa absolutoria", vinculada a la punibilidad, p. 56, afirmación discutible si tenemos en cuenta que una "excusa absolutoria" ha de partir, por su propia esencia, de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad, cuya punición se excluye, mientras que a*

se puede poner en práctica la conclusión a la que había llegado la Fiscalía, es decir, que la existencia de los modelos de gestión y organización eficaces se tiene que probar por las personas jurídicas. Respecto a este punto dice la sentencia mayoritaria que en el caso de exigirle a la persona jurídica que pruebe la existencia de los instrumentos adecuados esto supondría que para la misma no rigen los principios básicos del sistema de enjuiciamiento, todo ello con independencia de que en la práctica será ésta la que busque acreditar tal circunstancia¹²⁴. En este punto es en el que el Alto Tribunal hace una clara exclusión de la posibilidad de introducir en nuestro ordenamiento jurídico un sistema de tipo vicarial o por transferencia¹²⁵.

Por si las opiniones no estaban suficientemente enfrentadas, el voto concurrente propone una alternativa diferente a la de la sentencia mayoritaria pero que tampoco comulga con los planteamientos de la Fiscalía. Aunque el voto concurrente está de acuerdo con la sentencia mayoritaria en que *«el fundamento último de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se encuentre en la ausencia de medidas eficaces de prevención y control del funcionamiento interno de las personas jurídicas»*, no comparte que dicha ausencia sea el núcleo del tipo objetivo. Para los magistrados firmantes del voto, el tipo objetivo viene definido, únicamente, por los presupuestos exigidos en el artículo 31 bis. 1 a) y b) y sólo estos deben ser objeto de prueba por parte de la acusación.

Con lo dicho, no pretende el voto concurrente optar por una responsabilidad de naturaleza objetiva, sino que, tras descartar tal opción, afirma que dicha responsabilidad se *«fundamenta en los principios generales de la “culpa in eligendo” y la “culpa in vigilando” o, incluso, si se quiere profundizar más, de la “culpa in constituendo” y la “culpa in instruendo”»*. Esta propuesta no es original de los magistrados firmantes, sino

nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción.».

¹²⁴ Ver STS 154/2016, de 29 de febrero, FJ 8º *« en la práctica, será la propia persona jurídica la que apoye su defensa en la acreditación de la real existencia de modelos de prevención adecuados, reveladores de la referida "cultura de cumplimiento" que la norma penal persigue, lo que no puede sostenerse es que esa actuación pese, como obligación ineludible, sobre la sometida al procedimiento penal, ya que ello equivaldría a que, en el caso de la persona jurídica no rijan los principios básicos de nuestro sistema de enjuiciamiento penal, tales como el de la exclusión de una responsabilidad objetiva o automática o el de la no responsabilidad por el hecho ajeno, que pondrían en claro peligro planteamientos propios de una hetero responsabilidad o responsabilidad por transferencia de tipo vicarial, a los que expresamente se refiere el mismo Legislador, en el Preámbulo de la Ley 1/2015 para rechazarlos, fijando como uno de los principales objetivos de la reforma la aclaración de este extremo»*.

¹²⁵ Así lo considera, también, VILLEGAS GARCÍA, M. Á., *«Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal)154/2016, de 29 de febrero»*, *Diario La Ley*, núm. 8721, 2016, p. 4.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

que, mucho antes de esta sentencia, había sido contemplada por algún autor¹²⁶. No obstante, lo dicho, FERNÁNDEZ TERUELO ve una problemática en esta opción no solo porque al final los que vigilan, constituyen, etc. son personas físicas, sino porque «*tales categorías carecen de virtualidad para soportar cualquier forma de responsabilidad penal*»¹²⁷.

Las consecuencias del planteamiento del voto concurrente coinciden con las derivadas del planteamiento de la Fiscalía en el sentido de que la adopción de los modelos de organización y gestión, al servir como exención o atenuación, tendrá que ser probada por la persona jurídica. En palabras exactas del voto concurrente «*la aplicación de estas causas de exención o atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe realizarse conforme a las reglas probatorias ordinarias consolidadas en nuestra doctrina jurisprudencial para la apreciación con carácter general de las circunstancias eximentes o atenuantes*».

Sin embargo, a pesar de las interpretaciones de la Fiscalía y del voto concurrente, las siguientes sentencias dictadas en esta materia han reiterado las bases sentadas por la sentencia mayoritaria y, cuando han tenido ocasión¹²⁸, han ido avanzando en el análisis de los rasgos definitorios del modelo de autorresponsabilidad.

La STS 221/2016, de 16 de marzo, sigue ahondando en la construcción o mejor dicho en la concreción del modelo de autorresponsabilidad porque aquí habla directamente de delito corporativo y de las exigencias probatorias necesarias para demostrarse la «*autoría de la persona jurídica*». Es imprescindible resaltar el siguiente

¹²⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)» *Diario La Ley*, núm. 7561, 2011, pp. 4 ss.

¹²⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Algunos apuntes ...*op.cit.*, p. 985 donde contesta una por una las formas de culpa propuestas «*Según la culpa in vigilando, se hace responsable al sujeto por la incorrecta elección de la persona encargada de la realización determinada función, en cuyo ámbito se comete el delito. Es una responsabilidad por la infracción de un deber (civil). En el caso de la culpa in vigilando, ésta se concreta en el incumplimiento de la exigencia del debido control, constituido con el objeto de poder mantener un conocimiento continuado de la labor del sujeto u órgano controlado está llevando a cabo, relativa a las funciones que a éste le han sido encomendadas. Sin embargo, estas fórmulas, a las que ahora se añaden la culpa in constituyendo y la culpa in instruendo, no son más que manifestaciones clásicas de responsabilidad, sólo admisibles como formas de responsabilidad objetiva y cuasi-objetiva*».

¹²⁸ Las primeras sentencias, por lo general, se caracterizan por resolver cuestiones de orden procesal que si bien son igual de importantes no crean el contexto para que el Tribunal Supremo siga resolviendo muchas de las cuestiones que quedan pendientes en relación con la concreción del modelo de autorresponsabilidad. Ver STS 744/2016, de 6 de octubre que resolvió nada más y nada menos que sobre el artículo 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; STS 31/2017, de 26 de enero que aborda un aspecto tan importante como el conflicto de intereses que se pueda producir entre la persona que representa a la persona jurídica y ésta.

pronunciamiento del Alto Tribunal: *«Basta con reparar en algo tan elemental como que esa responsabilidad se está exigiendo en un proceso penal, las sanciones impuestas son de naturaleza penal y la acreditación del presupuesto del que derivan aquéllas no puede sustraerse al entendimiento constitucional del derecho a la presunción de inocencia. Sería contrario a nuestra concepción sobre ese principio estructural del proceso penal admitir la existencia de dos categorías de sujetos de la imputación. Una referida a las personas físicas, en la que el reto probatorio del Fiscal alcanzaría la máxima exigencia, y otra ligada a las personas colectivas, cuya singular naturaleza actuaría como excusa para rebajar el estándar constitucional que protege a toda persona, física o jurídica, frente a la que se hace valer el ius puniendi del Estado».*

El pronunciamiento que acabamos de reproducir tiene gran importancia, a los efectos que ahora estamos analizando, debido a que, en coherencia con el modelo por el que se ha optado, el Tribunal Supremo deja muy claro que las medidas del artículo 33.7 del Código Penal, como mínimo, son de naturaleza penal. Es decir, si se atiende el criterio de la jurisprudencia ya no caben las formulaciones doctrinales que apuntaban que igual se trata de unas medidas administrativas pero impuestas por tribunales penales.

Además de lo anterior, observamos que se refuerza, una vez más, la idea de que los principios informadores del Derecho penal son aplicables a la persona jurídica en la misma medida que en el caso de las personas físicas. De esta manera queda desterrada, al menos en el terreno de la jurisprudencia, la tesis del Derecho penal a dos velocidades que defiende o constata SILVA SÁNCHEZ¹²⁹. De hecho, esta posición doctrinal ya se enfrentaba a alguna crítica como la de ROBLES PLANAS¹³⁰.

¹²⁹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos...op.cit.*, p. 289.

¹³⁰ ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica...op.cit.», p. 14 *«Naturalmente, cabe una tercera posibilidad. Se trataría de entender que existe un Derecho penal de las penas para las personas físicas en el que regiría sin fisuras el principio de culpabilidad y otro Derecho penal, también de las penas, para las personas jurídicas en el que no regirían los mismos principios. Desde este punto de vista, cabría hablar con SILVA SÁNCHEZ de una manifestación del fenómeno de las dos velocidades del Derecho penal al que aludió en su Expansión del Derecho penal. Sin embargo, esta opción, analíticamente impecable, no me parece deseable desde el punto de vista de la legitimación: hablar de un Derecho formal y materialmente de la pena que (para un sector) prescinde de los principios que lo legitiman, supone necesariamente un abandono (selectivo) de tales principios en el conjunto del sistema. Ello, más allá de que de nuevo haría resurgir la sombra de inconstitucionalidad, supondría abrir las puertas a futuros abandonos de los principios y a una involución monumental en nuestra cultura jurídico-penal».*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Otra de las cuestiones sobre las que se ha podido pronunciar el Alto Tribunal es sobre la independencia entre la responsabilidad penal de las personas jurídica y la responsabilidad individual de la persona física. Se ha resaltado este extremo en la STS 516/2016, de 13 de junio donde dice claramente que *«En el diseño de esta imputación a título de autor del delito a la persona jurídica, el legislador ha optado por un sistema de autorresponsabilidad, siendo independiente la responsabilidad penal de la persona física y de la jurídica, respondiendo cada una de ellas de su propia responsabilidad»*.

A pesar de los planteamientos, bien distintos, que se barajan, sí que hay un punto común sobre el que parece que no hay discusión: el que las medidas aplicables a las personas jurídicas son penas en sentido estricto.

Respecto de este tema, la posición del Tribunal Supremo (aquí coinciden, tanto los magistrados de la sentencia mayoritaria como los del voto concurrente, aunque estos últimos desde un planteamiento distinto) ha quedado más que clara. Aunque no se ha detenido específicamente sobre las penas de las personas jurídicas, sí que ha dejado fijados unos elementos que necesariamente nos llevan a concluir que considera que las medidas aplicables a las personas jurídicas son penas en sentido estricto. El primer elemento lo constituyen los principios que se aplicarán a la persona jurídica, sin flexibilización alguna. El segundo elemento que apuntala la conclusión, antes manifestada, es que el Alto Tribunal considera que las medidas son de naturaleza penal. Si a esta naturaleza penal le añadimos conceptos como “delito corporativo” o “autoría de la persona jurídica”, sólo podemos considerar que para el Tribunal Supremo se trata de penas en sentido estricto. Más allá de lo que acabamos de decir, el argumento definitivo es que este mantiene que estamos ante un modelo de autorresponsabilidad, luego la consecuencia jurídico-penal de tal responsabilidad se calificará como pena en sentido estricto.

Lo curioso es que, con un planteamiento distinto, la Fiscalía llega a la misma conclusión: lo que se le impone a la persona jurídica es pena y ello, a pesar de estar ante un modelo vicarial. Sobre esta cuestión se ha ocupado ya en la Circular 1/2011 donde, tras recordar parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, llega a la conclusión de que no hay ningún impedimento en aplicar penas a la persona jurídica¹³¹. Sin

¹³¹ Ver. Circular 1/2011, p. 35 *«La Sentencia del Tribunal Constitucional número 59/2008, de 14 de mayo razona en su fundamento jurídico 11 b) que la Constitución Española otorga a la culpabilidad rango de principio estructural básico del Derecho penal como derivación de la dignidad de la persona y el libre*

embargo, algunos autores, como RODRÍGUEZ RAMOS, han puesto de manifiesto que la conclusión a la que llega la Fiscalía se fundamenta en una jurisprudencia sesgada del Tribunal Constitucional lo que pone en entredicho dichos argumentos¹³².

Aquí hemos descrito el criterio de los dos órganos y, también, las consecuencias que se derivan del acogimiento de una u otra opción. Al lado de las observaciones que hemos hecho y, como colofón de las mismas, es oportuno mencionar la reflexión que hace FERNÁNDEZ TERUELO respecto de este tema. Apunta el autor que inclinarse hacia un modelo u otro parece motivado por las mayores o menores posibilidades de condenar a la persona jurídica y ello, a pesar de que «*el sistema parece orientado más bien hacia la conformidad, dado que ofrece unas elevadas posibilidades de negociación*»¹³³.

C. La ineficaz mirada hacia el Derecho Administrativo

1. Los principios del Derecho Penal matizados en Derecho Administrativo

Apuntadas las posiciones doctrinales sobre los modelos de imputación, vistos los primeros resultados de la actuación de los operadores jurídicos, resta detenerse en la otra vertiente del *ius puniendi* del Estado, es decir, el Derecho administrativo sancionador. La razón está clara: es necesario ver cómo se ha resuelto la cuestión de la persona jurídica en una parte del ordenamiento donde hay más tradición de imponer medidas a este tipo de entes y donde, al menos en la práctica, no hay tanto reparo en

desarrollo de la personalidad. Según esto, la pena sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal por lo que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo, además de no haber la imposición de sanciones por el mero resultado. [...] Así pues, alejado el precepto de los presupuestos de una responsabilidad puramente objetiva, y reconocido en toda su amplitud, como no puede ser de otra manera, el derecho de defensa de la persona jurídica en el proceso penal, nada impide que las personas jurídicas, en aras a garantizar el respeto y la consecución de ciertos fines públicos, puedan ser declaradas responsables de los delitos cometidos por determinadas personas físicas especialmente vinculadas a ellas, merced a un mecanismo normativo de transferencia de la responsabilidad que solo opera en caso de concurrir las diversas y específicas circunstancias a las que se refiere el precepto legal.»

¹³² RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿Cómo puede delinquir ...op.cit., p. 5 « Estas omisiones, constatables leyendo el FJ 11 b) de la citada STC 59/2008 de 14 de mayo (LA LEY 31895/2008), y que confirman todo lo manifestado en el precedente epígrafe sobre los diversos aspectos de la culpabilidad en sentido amplio, son las siguientes: 1.ª A continuación de la frase «como derivación de la dignidad de la persona» continúa la sentencia: «y que ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que sólo cabe imponer la pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal». 2.ª Después de aludir a la ilegitimidad del Derecho penal de autor «que determinara las penas en atención a la personalidad del reo» continúa diciendo «y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos». 3.ª Y cuando se alude a que «no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado» sigue la sentencia diciendo: «y sin atender a la conducta diligente del sujeto sancionado, a si concurría "dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia", al elemento subjetivo de la culpa». 4.ª Concluyendo la sentencia citada, en el último párrafo del FJ 11 b) en la relevancia del «especial desvalor de su propia y personal conducta».»

¹³³ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Algunos apuntes ...op.cit., p. 985.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

aplicar un régimen sancionador que ni siquiera se diferencia demasiado al previsto para las personas físicas.

Con las indagaciones que vamos a hacer a continuación queremos comprobar si enunciados de tipo «*admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal*»¹³⁴ son realmente ciertos y ver en qué medida pueden servir para avanzar en la resolución de la problemática que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Un posible trasvase de soluciones de un orden a otro sólo se podría hacer si las dos ramas del Derecho, que ahora estamos comparando, estuvieran sometidas a los mismos principios. Dicho esto, hay que recordar que el tema de los principios informadores del Derecho penal y del Derecho administrativo sancionador ya se ha tratado con profundidad, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia, y la conclusión ha sido que sí que comparte principios comunes.

Ahora bien, ya en, la de todos conocida, Sentencia del Tribunal Constitucional 18/1981, de 8 de junio, resolución en la que se aborda esta problemática, nos encontramos con el hecho de que se van marcando ciertas diferencias cuando se establece que «*los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad) (...) hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales*». A partir de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional¹³⁵ avanza en la consolidación de tres ideas: concepto unitario del *ius puniendi*, lo que sirve de fundamento para afirmar que el orden penal y el orden administrativo sancionador comparte los principios informadores; los dos órdenes protegen bienes jurídicos; el traslado de dichos principios se hace con matices.

¹³⁴ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal ...op.cit.*, pp. 16 ss.

¹³⁵ Ver, SSTC 44/1983, de 24 de mayo, FJ 3; 28/1989, de 6 de febrero, FJ 6; 3/1999, de 25 de enero, FJ 4; 117/2002, de 20 de mayo, FJ 5; 205/2003, de 1 de diciembre, FJ 3; 35/2006, de 13 de febrero, FJ 3; 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2; 70/2008, de 23 de junio, FJ 4, y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 3; 161/2016 FJ 3.

No tenemos nada que objetar sobre las dos primeras ideas. Sin embargo, a los efectos aquí analizados, no podemos pasar por alto el tema de la matización de dichos principios. El Tribunal Constitucional hace una primera matización en la propia STC 18/1981 cuando en relación con las garantías procesales dice lo siguiente: *«Las consideraciones expuestas en relación al ordenamiento punitivo, y la interpretación finalista de la Norma Fundamental, nos lleva a la idea de que los principios esenciales reflejados en el art. 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional»*. Con independencia de la opinión que se tenga sobre los principios derivados del artículo 24 y la justificación de su flexibilización, lo cierto es que no se justifica la matización o flexibilización del principio de legalidad del art 25 de la Constitución.

Hubiera sido preferible que se justificara, de una manera general y, desde un principio, la necesidad de esta flexibilización, pero como no fue el caso, el Tribunal Constitucional ha ido haciendo estas matizaciones (y las ha ido justificando) a medida que han ido surgiendo los asuntos.

Sin ánimo de hacer un estudio pormenorizado de la jurisprudencia constitucional, ya que se alejaría del objeto de este trabajo, sí que consideramos necesario plasmar, a modo de ejemplo, alguna sentencia que confirma que también el principio de legalidad ha sido muy matizado en orden administrativo.

Los términos más repetidos por parte del Tribunal Constitucional, en relación con la reserva de ley, son *«el contexto de las infracciones y sanciones administrativas el alcance de la reserva de Ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto»*¹³⁶.

¹³⁶ Ver STC 26/2005, de 14 de febrero FJ. 3 cuyo contenido recoge toda la doctrina constitucional en la materia *« La jurisprudencia de este Tribunal ha declarado en múltiples ocasiones que forma parte del contenido del derecho fundamental a la legalidad sancionadora reconocido en el art. 25.1 CE una garantía calificada como "de carácter formal", que se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de las conductas ilícitas y reguladoras de las sanciones correspondientes, "por cuanto, como este Tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de Ley en materia sancionadora (SSTC 61/1990, de 29 de marzo, FJ*

Una matización, muy llamativa, que afecta de lleno al principio de personalidad de la sanción se hace en la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, donde en su fundamento jurídico 4 dice: *«no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal –en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad– que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en el que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales. De ahí la necesidad de tener en cuenta en esta ocasión, como en otras semejantes, que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y a otro sector del Ordenamiento jurídico»*.

En mi opinión, el levantamiento de dicha interdicción es un punto que aleja mucho el orden administrativo sancionador del orden penal. Y ello a pesar de que se quiera poner de manifiesto las garantías que rodea la responsabilidad solidaria¹³⁷.

Aunque se podrían traer a colación muchas más sentencias y muchas más matizaciones, creo que es suficiente con remitirnos a autores como DÍAZ FRAILE quien, tras un estudio profundo de la situación actual del Derecho administrativo sancionador,

7; 60/2000, de 2 de marzo, FJ 3; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3). A este respecto es preciso reiterar que en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas el alcance de la reserva de Ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, y ello tanto 'por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas' como 'por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias, bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad' (STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2). En todo caso, el art. 25.1 CE exige la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal habida cuenta del carácter excepcional que presentan los poderes sancionatorios en manos de la Administración (SSTC 3/1988, de 21 de enero, FJ 9, y 305/1993, de 25 de octubre, FJ 3). De ahí que la reserva de Ley en este ámbito tendría una eficacia relativa o limitada (STC 177/1992, de 2 de noviembre, FJ 2), que no excluye la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, pero sí que tales remisiones hicieran posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4)" (entre las últimas, SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, FJ 2; y 25/2004, de 26 de febrero, FJ 4).

¹³⁷ RECODER VALLINA, T., «Principio de personalidad de las sanciones administrativas: responsabilidad solidaria y subsidiaria. Responsabilidad de las personas jurídicas y de los menores de edad», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 19, 2008, p. 150 «... podemos decir que el régimen de responsabilidad solidaria, si bien controvertido en el ámbito doctrinal, ha sido admitido por el legislador y la jurisprudencia. Ahora bien, se trata de un régimen singular, que ha de ser previsto de forma expresa y por una norma con rango de ley».

llega a la conclusión de que el Tribunal Constitucional *«ha renunciado a los principios en nombre de un pragmatismo erróneo»*¹³⁸.

Ante estas reflexiones, en mi opinión y a pesar del concepto unitario del *ius puniendi*, es difícil mantener que los dos sectores del Ordenamiento jurídico están tan acercados como parecen. Las matizaciones de los principios derivados del artículo 25 de la Constitución los desvirtúan tanto que no se sabe hasta qué punto estamos ante los mismos principios. Esto no solo podría constituir un escollo para importar soluciones del orden administrativo al penal, sino que sería poco recomendable, ya que las hipotéticas soluciones se habrán formado en un entorno bastante menos garantista.

2. La situación de las personas jurídicas en el Derecho Administrativo

La idea de que *«admitida la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas en el Derecho Administrativo sancionador, no existen verdaderos impedimentos dogmáticos para negar su responsabilidad penal»* se sustenta no sólo sobre la premisa de que el Derecho administrativo sancionador y Derecho penal operan con los mismos principios sino también sobre la idea de que hay una identidad sustancial entre las sanciones administrativas y las penas. Esto último supondría un punto de intersección incluso más fuerte y visible que el referido a los principios informadores.

Sobre este extremo se ha pronunciado el Tribunal Constitucional desde ya hace tiempo. En la STC 142/1997, de 15 de septiembre, dictada en recurso de amparo por vulneración del derecho a un juez imparcial se establece que *«Esta imparcialidad objetiva, cuyo corolario más trascendental se halla en la necesaria separación entre las funciones instructora y enjuiciadora (doctrina ya firmemente recogida por el Tribunal, e incorporada a la legislación procesal), es hija de la construcción procesal bifásica característica de la jurisdicción penal de cuño continental donde se encadenan el sumario o investigación bajo garantía o dirección judicial y el juicio oral en sentido propio, aun cuando no sea extraño pero si infrecuente en los demás sectores jurisdiccionales (otrora en la civil, por ejemplo, para los asuntos sobre propiedad intelectual). La identidad de naturaleza de la infracción administrativa y del delito, de*

¹³⁸ DÍAZ FRAILE, F., *Derecho administrativo sancionador. Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 449 y ss.

pena y sanción, exigen la extensión de esta incompatibilidad al procedimiento administrativo sancionador».

Entre los penalistas hay autores, como BAJO FERNÁNDEZ, que acogen con mucho entusiasmo la identidad entre el delito y la infracción y entre la pena y la sanción, por considerar que la única diferencia que se puede aducir es una de carácter formal¹³⁹. A la doctrina que se muestra contraria a esta tesis, sirva de ejemplo SILVA SÁNCHEZ¹⁴⁰, contesta BAJO FERNÁNDEZ que ésta se limita «a describir características distintas entre ambos injustos o preferencias en el tratamiento de las infracciones –fundamentalmente en los delitos de peligro abstracto y lesivos de funciones estatales- pero no una diferenciación sustancial»¹⁴¹.

Por otro lado, GÓMEZ TOMILLO, como defensor de la tesis unitaria, nos da unos argumentos que llevarían a la conclusión de que efectivamente estaríamos ante una identidad sustancial entre penas y sanciones. Apunta que ambos sectores tienen como finalidad la protección de bienes jurídicos. También considera que la identidad cualitativa explica satisfactoriamente el fenómeno de las sanciones que, a veces, pasan a ser delito y viceversa. En la lista de los argumentos utiliza también el punto de vista espacial poniendo de manifiesto cómo entre los distintos Estados miembros las mismas conductas tan pronto se castigan a través del Derecho penal como a través de Derecho Administrativo. La propia definición de la sanción, que hace referencia a la acción típica, antijurídica y culpable es una muestra más de esa identidad sustancial. Estos

¹³⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español», BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p. 37 «La pretensión doctrinal de encontrar una diferencia sustancial entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, es decir, entre delito y la infracción administrativa, ha de considerarse totalmente fracasada. Sólo hay, pues, una distinción formal, ya que el único dato que permite distinguir una pena criminal de una sanción administrativa es el órgano del Estado que las aplica».

¹⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid 2001, p. 125 «La perspectiva que se centra sólo en el injusto y su conformación para distinguir el ámbito de lo penal y administrativo es, a mi juicio errónea... Pero también resulta incompleta la moderna teoría de la diferenciación (meramente) cuantitativa... En efecto, lo decisivo de la referida diferenciación no es (sólo) la configuración del injusto, sino los criterios desde los que se contempla, los criterios de imputación de ese injusto y las garantías de diverso signo (formales y materiales) que rodean la imposición de sanciones al mismo. A este respecto, es evidente que el sometimiento a un juez es una diferencia cualitativa, como lo es la imposibilidad de que la Administración imponga sanciones privativas de libertad.».

¹⁴¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal», *InDret*, núm. 3, 2008, p. 2.

serían algunos de los argumentos que GÓMEZ TOMILLO utiliza para sustentar su posición¹⁴².

Es necesario hacer la observación de que, en la mayoría de los casos, los que consideran que hay una identidad sustancial entre las dos consecuencias jurídicas apuestan, a la vez, por un modelo de autorresponsabilidad penal de la persona jurídica. Este fenómeno encuentra su explicación en el hecho de que si en el Derecho Administrativo se le sanciona a la persona jurídica (lo que implica acción, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) y la sanción es sustancialmente igual a la pena, luego es mucho más fácil proponer conceptos de acción y culpabilidad de la persona jurídica en el terreno del Derecho penal. Lo dicho no es el único argumento empleado por los defensores del modelo de autorresponsabilidad, pero sí es uno de los primeros a los que recurren. La intención de enlazar las penas con las sanciones tiene sentido siempre y cuando quede demostrada que en el Derecho administrativo se acepta la capacidad de acción y culpabilidad de la persona jurídica.

Sin embargo, en este punto se pueden hacer, al menos, dos objeciones. La primera de ella versa sobre el hecho de que el Tribunal Constitucional no ha dado una formulación del todo convincente sobre la capacidad de acción y culpabilidad de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo. La segunda de ella tiene que ver con la observación de que no queda tan claro si la doctrina administrativista ha acogido pacíficamente la idea de que la persona jurídica goce de tales capacidades.

Para explicar la primera de las objeciones, nuestro punto de partida tiene que ser, una vez más, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha abordado la cuestión de la posibilidad de imponer sanciones a la persona jurídica. La Sentencia del Tribunal Constitucional 246/1991¹⁴³, de 19 de diciembre constituye el referente jurisprudencial más importante en este ámbito.

¹⁴² GÓMEZ TOMILLO, M., «La distinción entre la infracción administrativa y el delito», en GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2º ed. 2010, pp. 87 y ss.

¹⁴³ Ver STC 246/1991, de 19 de diciembre Fj.2 «*En concreto, sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991). Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990). Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el*

Dicha sentencia encierra las siguientes ideas. Establece, en primer lugar, que el principio de culpabilidad es aplicable también a las sanciones administrativas y que no es admisible un régimen de responsabilidad objetiva en el Derecho administrativo sancionador. Antes de abordar la construcción del concepto de culpabilidad de la persona jurídica, pone de manifiesto que las previsiones constitucionales si bien exigen la presencia del principio de culpabilidad no obligan a construirlo de determinada manera. Esto es lo que da pie al Tribunal Constitucional a decir que la aplicación de este principio se tiene que aplicar de manera diferente a las personas jurídicas.

Ya centrada la resolución en la estricta concreción de cuál podría ser la culpabilidad de las personas jurídicas, dice el Tribunal Constitucional que el que no esté presente en las mismas el elemento volitivo esto no quiere decir que no tienen capacidad para infringir normas. En este punto, el Tribunal hace un salto directo de la capacidad de infringir normas a la reprochabilidad directa por dicha infracción. Esta construcción de culpabilidad de la persona jurídica es cuanto menos superficial por no decir que no esclarece nada en realidad. Con razón dice BAJO FERNÁNDEZ que *«por más circunloquios que la sentencias realiza, no sale del círculo vicioso de que la persona jurídica tiene capacidad de culpabilidad porque tiene capacidad de infracción realizando una identificación simple de la culpabilidad con la infracción»*¹⁴⁴.

Por lo tanto, vemos que no se ha conseguido explicar, claramente, en qué consiste la capacidad de acción y de culpabilidad de la persona jurídica en el ámbito del Derecho administrativo. A pesar de la parca explicación y casi nula definición de dichos conceptos, el Tribunal Constitucional se ha quedado con la misma formulación incluso

principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma».

¹⁴⁴ BAJO FERNÁNDEZ, M./ BACIGALUPO SAGGESE, S., «Las medidas administrativas y penales de prevención de blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 12, 2008, p. 27.

años después¹⁴⁵ sin que intente profundizar un poco más o al menos intente salir de esa identificación de la culpabilidad con la infracción.

La segunda objeción que hacíamos es que no queda tan claro que los conceptos de acción y culpabilidad de la persona jurídica han tenido una acogida pacífica en la doctrina administrativista.

Por un lado, nos podemos encontrar con opiniones como la de REBOLLO PUIG que, en base a la formulación jurisprudencial y legal¹⁴⁶, afirma la posibilidad de una responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas. Señala este autor como rasgos de dicha responsabilidad los siguientes: se trata de una responsabilidad por acción propia de la persona jurídica; no necesita consagración legal específica, sino que se admite para todas las infracciones; es directa y exclusiva; afecta a todo tipo de personas jurídicas¹⁴⁷.

Concomitante con la opinión expuesta, nos encontramos con tesis contrarias que ponen de manifiesto que la persona jurídica carece de capacidad infractora, de culpabilidad y de sanción. Precisamente de estas tesis se sirve GRACIA MARTIN para rebatir el argumento, antes expuesto, utilizado por los que proclaman la posibilidad de una autorresponsabilidad penal de la persona jurídica¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Véase por ejemplo STC 129/2003, de 30 de junio « Hemos de advertir a este respecto que, como se advierte en la STC 246/1991, de 19 de diciembre, la admisión en nuestro Derecho administrativo sancionador de la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles así capacidad infractora, conlleva que la responsabilidad se configure sobre la capacidad de infracción y la responsabilidad, "que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz ... y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma" (STC 246/1991, FJ 2).».

¹⁴⁶ Ver art 28.1 la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, «1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.».

¹⁴⁷ REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad Sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», *IUS ET VERITAS*, núm. 53, 2016, pp. 221 y ss.

¹⁴⁸ GRACIA MARTIN, L., «Crítica...op.cit., pp. 50 y ss. « no es cierto en absoluto que el Derecho sancionador administrativo reconozca capacidad infractora, de culpabilidad y de sanción a la persona jurídica, porque como demuestra un estudio riguroso de la doctrina iusadministrativa, en esta, independientemente de la imprecisión y de la volubilidad e inconstancia terminológicas que lamentablemente existen en sus exposiciones, lo cierto es que es absolutamente mayoritaria la tesis de que la persona jurídica carece real mente de aquellas capacidades, y en consecuencia que su responsabilidad por la comisión de infracciones no es en realidad una de tipo sancionatorio, sino una de naturaleza civil y administrativa no sancionatoria [...]La tesis más clara e inequívoca en tal sentido, que suscribo en lo esencial, es sin duda la de a la de Alejandro Nieto [...]hay otros muchos autores que, ya sea de modo expreso o implícito, también niegan o cuestionan que la persona jurídica sea sujeto de la infracción y/o que las consecuencias jurídicas que se le aplican sean auténticas sanciones en sentido

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Por lo tanto, podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la problemática de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica tampoco está resuelta y, muestra de ello es la división de la doctrina administrativista y las parcas explicaciones del Tribunal Constitucional.

Aunque estuviéramos de acuerdo con los que afirman que sí está claramente aceptada la capacidad de acción y culpabilidad en el Derecho administrativo sancionador, consideramos que las soluciones adoptadas, difícilmente, serían trasladables al Derecho penal ya que, en nuestra opinión puesta de manifiesto en líneas precedentes, ni queda claro que estamos ante los mismos principios ni serían recomendables tales soluciones por haberse elaborado en un entorno menos garantista.

estricto. Este es el caso en la doctrina española tanto de muchos administrativistas como de penalistas que se ha ocupado del Derecho sancionador administrativo, como por ejemplo entre otros, de Zornoza, Del Rey, Fuster, Alenza, Calvo Charro, García Gómez, Huergo Lora».

CAPÍTULO III: LAS REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE DERECHOS SUSCEPTIBLES DE IMPOSICIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS

A. Características de las penas privativas de derechos

En su momento se ha reflexionado sobre el hecho de que hasta el año 2015 no ha habido, en la práctica, una aplicación asidua del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. También se han explicado las razones que originaron dicha falta de aplicación, por lo que me remito al lugar donde se han tratado. Debido a todas estas circunstancias, tampoco las reglas de determinación de las penas han tenido la oportunidad de ser utilizadas y estudiadas, al menos en la práctica.

La doctrina, por su parte, sí se ha acercado a los múltiples inconvenientes e incoherencias que plantea el artículo 66 bis del Código Penal, lugar donde se encuentra parte de las normas de determinación de las penas susceptibles de imposición a las personas jurídicas. Salvo el artículo 66 bis *ab initio* que se aplica a la multa, las demás previsiones van referidas únicamente a las penas privativas de derechos. Precisamente esta separación de las reglas de determinación, en relación con las cuales habrá ocasión de comprobar que son muy distintas y plantean problemas diversos, motiva un estudio diferenciado, por lo que, en las líneas que siguen, me centraré en el mencionado artículo 66 bis CP.

Antes de entrar en el fondo de la cuestión, considero importante hacer un mínimo comentario sobre las características de las penas privativas de derechos.

Una primera observación que se puede hacer en relación con las características de las penas interdictivas es que éstas limitan unos derechos distintos de los que se puedan ver afectados con la imposición de una pena pecuniaria. Si esta última afecta al patrimonio la penas interdictivas inciden sobre derechos como la libertad de empresa¹⁴⁹.

¹⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la Democracia* núm. 73, 2012, p.48, donde hace un análisis de cada uno de los derechos constitucionales de las que ve privada la persona jurídica cuando se le impone alguna de las penas del art.33.7 CP.

Algunas de las penas privativas de derechos pueden tener carácter permanente o temporal. La pena de disolución, por su propia naturaleza tiene carácter permanente, mientras que la pena prevista en el artículo 33.7 e), la prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito, puede ser impuesta o bien con carácter temporal o bien con carácter permanente.

Aunque sobre las características de las penas previstas para las personas jurídicas y, en especial, sobre las penas interdictivas se podrían hacer muchas más observaciones, quiero poner el foco en dos singularidades que la doctrina afirma que se predicán de la multa y de las penas privativas de derechos.

Por un lado, siempre se apunta que la pena de multa ocupa un lugar preeminente en el sistema de sanciones diseñado para las personas jurídicas. Por otro lado, en relación con las penas interdictivas, se señala que «*por regla general*»¹⁵⁰ son de carácter potestativo.

Que la pena de multa es la preferida por el legislador a la hora de castigar a la persona jurídica es algo fácil de observar con solo mirar la parte especial del Código Penal donde la mayoría de los delitos susceptibles de poder generar responsabilidad penal a la persona jurídica tienen previsto con carácter obligatorio este tipo de sanciones (sea esta por cuotas o proporcional). Esta situación no se repite en el caso de las penas interdictivas que, a pesar de que todos los delitos hacen referencia a las mismas¹⁵¹, se prevén, por lo general, con carácter facultativo.

Aunque estemos ante este trato diferencial, en mi opinión, no se pueden considerar las penas privativas de derechos como unas penas accesorias tal como se ha

¹⁵⁰ FARALDO CABANA, P. «Las penas», en Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas, JUAN PECES, A. (Dir.) Y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.) Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 118; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas del delito» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas.*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2º edición 2016, p.274.

¹⁵¹ Hasta el año 2019 el artículo 386 del CP, era el único caso en el que no se hacía usos de la tan repetida fórmula que prevé la posibilidad de la imposición de alguna de las penas privativas de derechos. Sin embargo, con la reforma de la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional, se añade la tradicional expresión «*Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.*».

apuntado por parte de algún autor¹⁵². Junto a las voces que se muestran contrarias a dicho calificación¹⁵³, encontramos alguna reflexión encaminada a proporcionar una explicación del porqué de este trato diferencial. Así, FARALDO CABANA apunta que el legislador ha realizado el juicio de necesidad de la pena para el caso de la multa, pero que ha dejado en manos del juez dicho juicio para el caso de las demás penas¹⁵⁴. A primera vista no habría inconveniente alguno para estar de acuerdo con dicha reflexión, sin embargo, acto seguido, habría que preguntarse por qué el legislador ha hecho este reparto de funciones. En mi opinión, la justificación se podría encontrar no tanto en el juicio de necesidad como en el juicio de proporcionalidad.

En relación con la multa se disponía de un sistema suficientemente experimentado y también fácil de graduar como para que la labor de determinar en cada tipo delictivo la pena pecuniaria a imponer a las personas jurídicas no exigiera un esfuerzo desmesurado al legislador. Dicho de otra manera, la aplicación del sistema de multa al caso de las personas jurídicas no requirió el diseño de algo novedoso, máxime cuando la graduación de la multa a imponer se hizo, en muchos casos, en función de la pena de prisión de la persona física¹⁵⁵.

Sin embargo, en relación con las penas interdictivas se hubiera necesitado un estudio profundo que contemplara el tipo de delito que se podría cometer en el seno de la entidad, la gravedad de las conductas y muchas otras variables para, posteriormente, elegir qué pena privativa de derechos sería adecuada y también qué marco temporal sería proporcional. A la vista está que el legislador ha dejado esta labor en manos del juez, pero, en mi opinión, no porque tuviera una preocupación de que la pena impuesta se adecuara de la mejor manera posible al caso concreto, sino porque prever, con la

¹⁵² Ver, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal...*op. cit.*, p. 49 donde defiende el hecho de que se trata de unas penas accesorias a pesar de que en la ley no la define de esta manera y a pesar de que la duración de estas penas accesorias no sigue la misma duración que la pena de multa que se supone, según la opinión del autor, que se trata de la pena principal; ROCA AGAPITO, L. «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en ONTIVEROS ALONSO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara a futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p.390.

¹⁵³ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 304 y ss.; FARALDO CABANA, P. «Las penas» ...*op. cit.*, p. 118 donde deja muy claro que para las personas jurídica no existen penas accesorias.

¹⁵⁴ FARALDO CABANA, P. «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física», en *La Ley Penal*, núm. 115, 2015, p. 2 «cabe señalar que, de esta forma, con carácter general el juicio de necesidad de la pena de multa ha sido realizado por el legislador, mientras que el del resto de las penas, por delegación de aquel, debe ser llevado a cabo por el juez o Tribunal al analizar cada caso, pues son generalmente de aplicación potestativa.».

¹⁵⁵ A modo de ejemplo ver arts. 251 bis, 258 ter, 328 etc.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

observancia del principio de proporcionalidad, una o varias penas interdictivas para cada figura delictiva supone una tarea titánica que se ha eludido.

Lo expuesto hasta ahora se puede resumir en que la pena de multa ocupa un lugar preferente en el sistema de sanciones de las personas jurídicas, estando prevista para todos los delitos que afectan a estos entes y teniendo carácter obligatorio. Por su parte, las penas interdictivas parece que se caracterizan por su carácter potestativo, sin perjuicio de encontrar alguna excepción.

Hay dos excepciones donde encontramos penas interdictivas obligatorias: las penas previstas en el artículo 310 bis y las del artículo 424 CP. En relación con estos supuestos, una vez se hayan analizado las reglas de determinación de las penas, se hará un estudio para ver si las reglas del artículo 66 bis funcionan también para el caso de las penas interdictivas obligatorias.

Por último, será necesario contemplar la relación que pueda haber entre las penas que la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando prevé para el caso de las personas jurídicas y las reglas de determinación del artículo 66 bis CP.

B. La aplicación del artículo 66 a las penas previstas para las personas jurídicas

El artículo 66 bis empieza a plantear interrogantes desde su primer párrafo que establece que *en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66*. Como se puede observar el artículo 66 bis *ab initio* establece una remisión expresa al artículo 66 del CP, precepto que regula los efectos de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Para ser más exacto debería decir que el artículo 66 CP también define la forma de actuar del juez en el caso de que no se den circunstancias modificativas, dado que la regla 6ª del apartado uno dispone que cuando no concurren ni atenuantes ni agravantes, el juez o los tribunales *aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estime adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*.

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

El análisis de este precepto y, en concreto, el estudio de la parte inicial que prevé la remisión al artículo 66 CP suele comenzar con la crítica que se hace al legislador, al remitirse a unas reglas de determinación de las penas, donde se contemplan los efectos que puedan tener una o varias agravantes para la persona jurídica, cuando para éstas no han sido previstas, al menos expresamente, tales circunstancias modificativas de la responsabilidad.

A partir de este punto, se suscita un amplio y rico debate sobre las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que aborda problemas tan diversos como la posibilidad de acudir al catálogo general de las agravantes¹⁵⁶ o la aplicación de atenuantes como las dilaciones indebidas y de análoga significación¹⁵⁷.

Aunque las posiciones doctrinales son muy variadas y el debate está lejos de resolverse, opino que dicha discusión no tiene por qué condicionar el análisis de las reglas de determinación de las penas. Dicho de otra manera, a la hora de analizar la previsión del artículo 66 bis, que nos remite al artículo inmediatamente anterior, no es necesario resolver previamente la problemática de las agravantes y las atenuantes. Es más, ni siquiera hace falta entrar en el análisis de los efectos de la concurrencia de dichas circunstancias modificativas y ello, porque el problema que plantea esta previsión no está tan relacionado con la existencia o no de agravantes, sino que va referida más bien a si esta previsión se aplica a todas las penas susceptibles de ser impuestas a la persona jurídica o no.

Como ya se ha adelantado, uno de los primeros problemas que nos encontramos es que el artículo 66 bis se remite, de forma expresa, a las reglas, 3ª, 4ª y 7ª del artículo 66 que regula los efectos de la apreciación de una o varias agravantes o la compensación racional entre éstas y las circunstancias atenuantes. He hecho referencia únicamente a las reglas relacionadas con las agravantes porque éstas constituyen el núcleo del problema, al no haberse previsto este tipo de circunstancias modificativas de

¹⁵⁶ A favor, entre otros, DE LA MATA, N.J./BILBAO LORENTE, M./ALGORTA BORDA, M., «La atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo. *La Ley Penal* núm. 87, nov. 2011, p.13.

¹⁵⁷ BACIGALUPO SAGGESE, S. «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley*, núm. 7541, 2011; SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos penales de la Empresa*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 243-291. Sobre las atenuantes aplicables al caso de las personas jurídicas ver, ampliamente, GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

la responsabilidad penal para el caso de las personas jurídicas. En relación con las agravantes no se ha establecido un catálogo como el del artículo 31 quáter CP, que recoge las atenuantes que se puedan aplicar a las personas jurídicas. Más allá del debate que pueda tener lugar con relación a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, en el cual ya he advertido que no procede entrar, hay que decir, al igual que lo hace BAUCELLS LLADÓS, que estamos ante una mala técnica legislativa¹⁵⁸.

Otro inconveniente que surge en relación la previsión ahora analizada es que no queda del todo claro si el artículo 66 se debe aplicar a todas las penas o solo a la pena de multa. El artículo 66 bis del CP envía al juzgador y al intérprete a unas reglas que, de poder aplicarse (en el caso de las atenuantes sí es posible), implica hacer unas operaciones de cálculo de grados y mitades. El elemento fundamental para la realización de dichas operaciones es la presencia de un marco penal, sin embargo, esta propiedad no se predica de todas las penas susceptibles de imponer a las personas jurídicas.

Muchos autores apuntan que la remisión al artículo 66 CP va referida, en realidad, solo a la pena de multa¹⁵⁹ y ello, a pesar de que en la redacción del párrafo primero del artículo 66 bis CP se utiliza el término «*penas*», es decir, se utiliza el plural. El argumento más empleado para sostener dicha afirmación es, precisamente, la falta de previsión de un marco penal para las penas privativas de derechos, pudiéndose señalar como mucho un máximo para las mismas¹⁶⁰. Por lo tanto, teniendo en cuenta la configuración de las penas interdictivas, resulta muy difícil hablar de grados o de mitades¹⁶¹. Siguiendo la lógica de este argumento, también se puntualiza que el envío a

¹⁵⁸ BAUCELLS LLADÓS, J. «Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, p.199: «*Ahora bien, hay que reconocer la mala técnica legislativa utilizada puesto que al remitirse a las reglas del artículo 66 donde se alude a agravantes y atenuantes, el legislador olvida que respecto a las personas jurídicas, el artículo 31 bis sólo ha previsto atenuantes.*».

¹⁵⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 3 bis y 129 del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 143.

¹⁶⁰ Ver, entre otros, BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Aplicación y determinación de la pena» en GRACIA MARTIN, L., (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delio* 5ª Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, p.143; FEJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas del delito» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p.274.

¹⁶¹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «Las penas a personas jurídicas», *Diario La Ley*, núm. 7920, 2012, p. 8.

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

las reglas del artículo 66 CP sólo puede hacer referencia a la pena de días-multa¹⁶², es decir, ni siquiera entrarían los dos sistemas de pena de multa en esta previsión. Ante este estado de la cuestión, autores como MAPELLI CAFFARENA, consideran que las reglas del artículo 66 CP, en el caso de las personas jurídicas, no sirven tanto para elaborar grados, sino más bien cumplen una función orientadora¹⁶³.

Sin obviar la solidez de los argumentos doctrinales anteriormente expuestos, cierto es que la presencia del término «*penas*», vocablo utilizado en plural, a mi entender, lleva necesariamente a la interpretación de que la remisión al artículo 66 CP hace referencia tanto a la pena de multa como a las penas privativas de derechos.

La expresión «*así como las siguientes*», locución que une el apartado que ahora se analiza con las demás reglas del artículo 66 bis CP, que son normas destinadas únicamente a la determinación de las penas interdictivas, en mi opinión, complica todavía más la interpretación de esta previsión. Dicha locución daría a entender que la remisión al artículo 66 se aplica a la pena de multa y a las demás penas añadiéndose a estas últimas unas reglas adicionales que son la 1ª y la 2ª del propio artículo 66 bis CP. No obstante, BAUCELLS LLADÓS considera que no hay que atender sólo a esta expresión, sino que es necesario considerar el contenido inicial de la 1ª regla donde, al hacerse referencia sólo a las penas privativas de derechos, queda excluida la pena de multa, con lo que parece que el enunciado «*así como las siguientes*» pierde sentido al producirse este reparto de las reglas¹⁶⁴.

Aquí, nuevamente, quiero poner de manifiesto que una interpretación literal del artículo 66 bis *ab initio* y de la primera regla del mismo precepto lleva a la conclusión de que a las penas interdictivas se les aplica tanto la remisión como las demás reglas.

Aunque entendemos y nos alineamos con los esfuerzos de la doctrina en intentar dar algo de coherencia a la previsión inicial del artículo 66 bis, no podemos pasar por

¹⁶² ROCA AGAPITO, L. «Sanciones aplicables a las personas jurídicas», en ONTIVEROS ALONSO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara a futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 406-407.

¹⁶³ MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas...op.cit.*, pp. 306-307.

¹⁶⁴ BAUCELLS LLADÓS, J. «Las penas...op.cit.», pp. 198-199: «. Es cierto que el precepto utiliza la expresión “*así como a las siguientes*” justo después de establecer que las reglas para aplicar todas las penas impuestas a las personas jurídicas son las 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66. Ahora bien, también lo es que en las reglas establecidas a continuación se alude expresamente en todas ellas a las “*penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33*”, es decir, se excluye expresamente la pena de multa prevista en su apartado a).».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

alto el hecho de que las soluciones propuestas no siempre encajan con lo que parecen indicar los términos estrictos de la ley. En todo caso, han quedado claros los dos grandes problemas del art 66 bis *ab initio*: la remisión a unas reglas que determinan los efectos de la concurrencia de agravantes, cuando para el caso de las personas jurídicas no se han previsto y las dudas que se suscitan en relación a la idea de si la remisión al artículo 66 se refiere sólo a la pena de multa o también a las penas interdictivas.

C. Criterios generales para la imposición y extensión de las penas interdictivas

1. Dificultades derivadas de la operatividad de los criterios

1.1. Reflexiones sobre sus características

En relación con los criterios generales de imposición y extensión, algún autor ha visto en los mismos una novedad con respecto a la técnica legislativa seguida hasta el momento para el caso de las personas físicas. DÍEZ RIPOLLÉS pone de relieve el interesante fenómeno de dejar en manos del juez «*la disponibilidad de criterios legales incardinables en el juicio de merecimiento y necesidad de imposición de una pena*»¹⁶⁵. Sin embargo, en mi opinión, tal como he puesto de manifiesto líneas arriba no se trata tanto de un acto de generosidad del legislador, sino más bien de una tarea inconclusa que, a priori, le correspondía a él. El legislador debería haber acudido al principio de proporcionalidad para determinar el *quantum* de la pena para cada uno de los delitos.

Otra característica de los criterios es la taxatividad. No obstante, este es otro punto en el que DÍEZ RIPOLLÉS tiene un parecer distinto. El citado autor, aun poniendo de manifiesto que se tienen que observar todos los criterios, considera que estos no son exhaustivos y que se puede acudir, además, a otros¹⁶⁶. Sin embargo, al no poner ningún ejemplo de qué es lo que podría constituir un criterio adicional, es imposible comprobar el extremo de si pudieran servir o no como criterio adicional de imposición de las penas interdictivas. Por otro lado, la sola apreciación de los tres criterios de imposición de la

¹⁶⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la Democracia* núm. 73, 2012 p. 54; En el mismo sentido, véase también FARALDO CABANA, P. «La obligatoria modulación de las multas penales...*op. cit.*, p.2.

¹⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial... *op. cit.*, núm. 73, 2012 p. 54: «*En el momento de interpretar los tres criterios introducidos, hay que resaltar que el juzgador ha de tomar en consideración necesariamente todos ellos, lo que no quiere decir que hayan de tener el mismo peso en cada caso, pues estamos ante un juicio de ponderación. Por otra parte, su mención expresa no impide que se atiendan a otros criterios pertinentes para la imposición de la pena, pues no se trata de una enumeración exhaustiva.*».

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

regla 1ª del artículo 66 bis es una tarea ardua de por sí, como para que el juez o tribunal acuda a más criterios de los que le obliga la ley a tener en cuenta.

Respecto de la necesidad de que las reglas de imposición se tengan que apreciar conjuntamente no se plantean duda ninguna. Lo que sí será necesario, a la hora de interpretarlos, es comprobar qué relación hay entre los distintos criterios y cuál es el peso de cada uno.

Por último, falta apuntar el hecho de que las pautas previstas en la regla 1ª del artículo 66 bis tienen una doble función: la de orientar al jugador en el momento de imponer alguna o algunas de las penas interdictivas, pero también en el momento de determinar la extensión de estas.

1.2. La relación con los fines de estas penas

El análisis de los criterios de imposición implica necesariamente hacer referencia a los posibles fines de las penas interdictivas previstas para el caso de las personas jurídicas.

Gran parte de la doctrina pone de manifiesto el hecho de que en las penas privativas de derechos aplicables a las personas jurídicas se puede apreciar, sobre todo, una finalidad preventivo-especial¹⁶⁷. En este punto, creo que es necesario recoger la clasificación que hace BAUCCELLS LLADÓS de las penas privativas de derechos. Así, según el mencionado autor, las penas d) y f) del artículo 33.7 constituirían unas «*interdicciones específicas*» que tendrán por finalidad la prevención especial positiva, es decir, su aplicación sería procedente para motivar a la persona jurídica a autorregularse. Por su parte, el resto de las penas privativas de derechos entrarían en la categoría de «*interdicciones genéricas*», que tienen una finalidad preventivo especial negativa¹⁶⁸. Este mismo autor pone de manifiesto la necesidad de la existencia de unos criterios de imposición coherentes con esta finalidad de las penas privativas de derechos.

¹⁶⁷ Ver, entre otros, FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas del delito» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016 p.281; FARALDO CABANA, P. «Las penas» ...*op. cit.*, p. 136; DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial... *op. cit.*, núm. 73, 2012 p. 54.

¹⁶⁸ BAUCCELLS LLADÓS, J. «Las penas...*op.cit.*, pp. 207-208.

Aunque habrá ocasión de analizar detenidamente la concreción de estos criterios generales, lo que sí se puede señalar es que, al menos parte de ellos, parecen responder a esta finalidad. La necesidad de prevenir la actividad delictiva o el puesto de la persona física que incumplió el deber de control, son criterios que se enmarcan fácilmente en la finalidad preventivo-especial.

La orientación hacia el futuro de las penas privativas de derechos y, diría yo, de los criterios de imposición de dichas penas, lleva a algún autor a preguntarse sobre el momento al que deben analizarse estos. Algunos se muestran a favor de considerar que estos criterios se deben apreciar en relación con el momento de imposición de las penas, y no tomando como referencia el período de la comisión de los delitos¹⁶⁹. Consecuente con tal planteamiento se afirma que para el caso de que una persona jurídica, en el momento de la imposición de la pena, ya ha adoptado los programas de prevención de delitos o la persona física que incumplió el deber de control deja de estar presente en el organigrama de la persona jurídica condenada, parece que ya no hay necesidad de imponer una pena interdictiva. FEIJOO SÁNCHEZ, acorde con esta posición, argumenta que esto es propio en un sistema de prevención especial¹⁷⁰.

Lo anteriormente descrito, defendido por autores que se muestran a favor de un modelo de autorresponsabilidad, curiosamente, nos recuerda a la tesis de SILVA SÁNCHEZ, que propone el juicio de presente y de futuro del estado de la persona jurídica para comprobar si procede la imposición de una medida de seguridad, que es la calificación que este autor da a las penas aplicables a las personas jurídicas¹⁷¹.

En cualquier caso, la dificultad que supone determinar el momento al que deben analizarse estos criterios hace que hoy por hoy no sea posible dar una solución definitiva al problema planteado.

¹⁶⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Penas a personas jurídicas» en BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Las Rozas, 2011, p. 123 «La clara orientación hacia el futuro propia de las penas interdictivas obliga a analizar los referidos criterios en el momento de imposición de las mismas -y no observando la concurrencia de los mismos en el momento de cometerse los hechos.»

¹⁷⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas del delito» *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas...op. cit.*, p. 284 «Al igual que se ha reconocido jurisprudencialmente con las sanciones para menores, también orientadas a la prevención especial, sólo son relevantes los datos o factores «personales» que tengan que ver con la situación de la persona jurídica en el momento de determinar la sanción o de dictar sentencia (sin perder de vista su evolución previa, especialmente si ésta es positiva).»

¹⁷¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M. *Fundamentos...*pp.281-291.

1.3. Alcance de los criterios: posibilidad de acumular penas

En primer lugar, quiero recordar que los criterios contenidos en la 1ª regla del artículo 66 bis CP tienen una doble función. Por un lado, servirán, principalmente, para la imposición de alguna de las penas interdictivas o privativas de derechos. Por otro lado, también servirán para determinar la extensión de la pena hasta 2 años, ya que, como se verá más adelante, no se prevén otros criterios más que estos. Cuestión distinta es el límite de la duración máxima de la pena privativa de libertad de la persona física.

Más allá de este tramo de hasta dos años, entiendo que estos criterios generales constituyen unas directrices que se tienen que contemplar aun cuando se cumplan los requisitos específicos para imponer una pena de duración superior a dos años. Pongamos por ejemplo que estamos ante una persona jurídica reincidente, y que, además se han superado las demás limitaciones (duración de la pena privativa de libertad de la persona física y también incumplimiento grave de los deberes de control) que nos permiten superar la referida duración. En este caso, aunque el juzgador puede llegar hasta una duración máxima de 5 años, creo que éste debe tener presentes los criterios generales, para imponer una duración que sea suficiente para que se cumpla con el objetivo de prevenir la actividad delictiva. Es decir, si con imponer una pena de duración de 3 años se cumple con este objetivo y, además, se ponderan los efectos sociales y económicos, el juez no puede o, mejor dicho, no debería llegar hasta la duración máxima de 5 años.

Una de las cuestiones que el legislador no ha tratado de manera suficientemente clara, o, mejor dicho, no ha tratado, es la imposición acumulativa de las penas privativas de derechos. Respecto de esta cuestión MAPELLI CAFFARENA, lamentando la falta de claridad, ofrece varios argumentos para defender la posibilidad de aplicar de manera acumulativa las penas privativas de derechos. Aduce como primer argumento el uso del plural «*penas*» en la tan repetida fórmula que encontramos en la parte especial del Código Penal. Por otro lado, como argumento más sustantivo, el autor se apoya en las razones preventivas de estas consecuencias, lo que da lugar a la posibilidad de la combinación de las penas privativas de derechos si con ello resulta más eficaz¹⁷². Cuando se hace referencia a la combinación de varias penas se sobrentiende que tiene

¹⁷² MAPELLI CAFFARENA, B. *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 306.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

que tratarse de penas que sean compatibles entre sí. Por lo tanto, podemos sintetizar que, a mayor necesidad de prevenir la actividad delictiva, más penas a la vez se pueden imponer, todo ello sin perder de vista la observancia del criterio de proporcionalidad.

A pesar de lo dicho, queda una gran cuestión sin resolver que es la duración de estas penas. Una cosa es que se puedan imponer varias penas de las previstas en el artículo 33.7 del CP, por considerar la aplicación conjunta de las mismas como una actuación más eficaz contra la continuidad delictiva, y otra cosa es la duración de cada una de ellas. Aquí el juzgador deberá tener muy presente el principio de proporcionalidad y, en el caso de que considere más adecuado imponer varias penas, creo que el criterio deberá ser que, a más penas impuestas simultáneamente, menor duración de cada una de ellas, para que se dé cumplimiento al principio de proporcionalidad. No obstante, lo que he propuesto aquí son meras hipótesis y habrá que ver en los casos concretos cómo se valora esta cuestión.

1.4. La necesaria motivación

Aunque se trata de una cuestión evidente, creo que es necesario recalcar el hecho de que la apreciación de la concurrencia de los criterios generales para la imposición y extensión de las penas interdictivas requieren de una motivación por parte del juez. Las reflexiones que voy a hacer aquí encuentran su justificación en el hecho de que dos de las sentencias que han dado lugar a los recursos ante el Tribunal Supremo y que, a su vez, han dado como resultado la STS 154/2016 y la STS 221/2016 han impuesto una pena interdictiva, pero sin hacer mención alguna a cómo se ha apreciado la concurrencia de estos requisitos. El resto de las Sentencias del Tribunal Supremo, que marcan los primeros pasos en la interpretación de la responsabilidad de las personas jurídicas, se dictan sobre casos donde estos entes fueron absueltos y, por lo tanto, no se pudo entrar a valorar la cuestión que nos ocupa ahora. No obstante, lo dicho, sí que voy a hacer referencia a una sentencia del Tribunal Supremo donde, curiosamente, no sigue las pautas establecidas en sus propias resoluciones.

Empezando con la Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 2014, que es la resolución contra la cual se interpone el recurso de casación, que da como resultado la importante STS 154/2016, hay que recordar a cada una de las entidades condenadas y también las penas que se les había impuesto. Así, a

las entidades Traspinelos S.L. y a Geomadrid se les impone la pena de disolución mientras que a la sociedad Investissiment Trans Sapin África (en adelante ITSA) se le impone la prohibición de realizar actividades comerciales en España con una duración de 5 años¹⁷³. Dejando de lado otras cuestiones que se podrían estudiar en relación con la sociedad extranjera y las penas que se le pudiera o no imponer, aspectos en las que no voy a entrar, hay que poner de manifiesto que la única fundamentación que se hace para imponer las penas antes mencionadas es que la persona jurídica en cuestión «*ha sido un instrumento utilizado para el ilícito*». Se puede observar fácilmente que no se hace ni la más mínima mención a los criterios generales para la imposición y extensión de las penas privativas de derechos.

Por su parte el Tribunal Supremo, tras estimar parcialmente el recurso de Traspinele S.L., que tenía unos cien trabajadores, dicta la segunda sentencia, donde se excluye la pena de disolución. El Alto Tribunal sí que entra a analizar las cuestiones relacionadas con las reglas de determinación de las penas, cosa que no había hecho la Audiencia Nacional. En el fundamento jurídico décimo de la STS 154/2016 dice claramente que la Audiencia Nacional debería haber motivado adecuadamente la ponderación entre la actividad legal y el delito cometido, así como una respuesta proporcional entre la actuación culpable de la persona jurídica y la afectación de los intereses de terceros ajenos a dicha responsabilidad¹⁷⁴. No obstante, como veremos más adelante, el Alto Tribunal no sigue las anteriores directrices dirigidas a la Audiencia Nacional.

En este caso, la STS 221/2016, que resuelve el recurso de casación interpuesto contra la mencionada sentencia de la Audiencia Provincial, no entra a valorar el motivo de casación formulado contra la falta de motivación de la imposición de la pena, al apreciar, en primer lugar, la falta de imputación de la persona jurídica, pero sí recuerda

¹⁷³ Ver FJ 6º de la SAN, Sección 1ª de 17 de noviembre de 2014.

¹⁷⁴ Para ser fieles a las ideas expresadas por el TS consideramos de especial importancia reproducir aquí las palabras exactas del Alto Tribunal, FJ 10º STS 154/2016 « *De lo que cabe concluir que el hecho de que la estructura y cometido lícito de la persona jurídica fueren utilizados por la persona física integrante de la misma para cometer la infracción de la que es autora no significa obligadamente, así como tampoco la carencia absoluta de medidas de prevención del delito, que la misma deba de disolverse en los términos del art. 33.7 b) CP , sino que se requerirá, cuando menos, motivar adecuadamente el criterio de ponderación entre la relevancia diferente de su actividad legal y el delito cometido en su seno, en busca de una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar culpable como a los intereses de terceros afectados y ajenos a cualquier clase de responsabilidad.*

Motivación de la que carece el criterio de la Audiencia en orden a la procedencia de esta sanción, a la vista del contenido del Fundamento Jurídico Sexto (“De la individualización de las penas”), párrafo quince, folio 84 de la recurrida, en el que no se hace alusión alguna a este aspecto.»

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

que a las personas jurídicas y a las personas físicas se les tiene que respetar las mismas garantías.

Tras lo establecido por parte del Tribunal Supremo en la ya mencionada STS 154/2016, la Audiencia Nacional se encuentra nuevamente juzgada a Traspinelo S.L., entre otras empresas, pero por una causa distinta. En la SAN 29/2016 de 2016 de 15 de junio, la Audiencia Nacional se hace eco de las directrices que el Alto Tribunal había establecido al hilo del caso anterior¹⁷⁵ y, a pesar de que por parte de la Fiscalía General se solicita multa y también disolución, no se impone esta última pena. Las razones para no imponer la disolución no son otras que las que ya el Tribunal Supremo, al hilo del caso juzgado en la STS 154/2016, había esgrimido¹⁷⁶.

Por otro lado, en este caso la Audiencia Nacional, no solo hace una referencia genérica al artículo 66 bis CP, afirmando que Traspinelo S.L. es una sociedad instrumentalizada sino que, además, tras la actividad probatoria, llega al convencimiento de que *«No se acredita que la actividad legal de Traspinelo fuera menos relevante que su actividad ilegal, por lo que no procederá imponer, ahora tampoco, la pena de disolución de la persona jurídica que interesaba el Ministerio Fiscal definitivamente.»*. Por lo tanto, en relación con Traspinelo y, en especial, en relación con la pena de disolución, la Audiencia Nacional ha examinado con mayor detalle los criterios previstos en el artículo 66 bis CP.

Se ha podido apreciar que, en relación con la pena de disolución, la Audiencia ha examinado con detenimiento el requisito que pudiera dar lugar a la imposición de dicha pena. Sin embargo, en la sentencia objeto de análisis se imponen unas penas interdictivas y, sorprendentemente, no se hace motivación ninguna en relación con la

¹⁷⁵ Ver F.J. vigésimo quinto de la SAN Sección 4ª de 15 de julio de 2016 dónde recordando en primer lugar las pautas establecidas en las STS 154/2016 lo traslada al caso concreto : *« Nos dice el Tribunal Supremo que en estos casos se requiere motivar el criterio de ponderación, calibrando las diferencias existentes entre su actividad legal y el delito cometido en su seno, a fin de obtener una respuesta proporcionada tanto a la gravedad de su actuar delictivo como a los intereses de terceros afectados, que son ajenos a cualquier clase de responsabilidad.»*.

¹⁷⁶ Ver FJ vigésimo quinto de la SAN Sección 4ª de 15 de julio de 2016 *« Sin embargo hemos de tener bien presente que como se decía en la Sentencia 154/2016 del Tribunal Supremo que estamos siguiendo, "Traspinelo suministraba empleo a más de cien trabajadores, que habían de sufrir los graves perjuicios derivados de semejante castigo" y además, ciertamente, esta sociedad era una empresa fructífera, con multitud de empleados, dedicada a la contratación de obras públicas por todo el país, adquirida formalmente por Miguel Lorenzo y transmitida por vía testamentaria a su sobrino Celso Luciano , persona ésta que la utilizó para blanquear las ilícitas ganancias provenientes del tráfico de sustancias estupefacientes»*.

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

apreciación de los criterios del artículo 66 bis 1ª regla. Concretamente en la SAN 29/2016 de 2016 de 15 de junio se impone a varias de las empresas condenadas la pena interdictiva de suspensión de actividades y de clausura de locales y establecimientos por un periodo que oscila entre 5 años para el caso de Transpinelo y Transportes Moreno Ioan, 3 años en el caso de la empresa ISTA y un año para Pataleta Excavaciones y Derribos.

En este punto la Audiencia no hace referencia ni siquiera al artículo 66 bis sino simplemente menciona el artículo 33.7 CP. Se imponen no una sino dos penas interdictivas de las previstas en el catálogo del artículo 33.7 y, además, en algunos casos, tienen incluso una duración que exige la apreciación de unos criterios específicos. Por lo tanto, la sentencia que se acaba de examinar si bien impecable a la hora de motivar por qué no procede la disolución, omite completamente el examen de los criterios de imposición de las penas interdictivas, así como los criterios específicos que permiten superar la duración de dos años de este tipo de penas.

Tras imponerse el correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo, éste en su sentencia 583/2017 de 19 de julio, no se muestra conforme ni con la cuantía de la multa ni con la duración de estas penas y, aprecia un déficit en la motivación¹⁷⁷ de la individualización de las penas impuestas.

Al estimar parcialmente los recursos de las empresas afectadas, el Alto Tribunal procede a dictar la segunda sentencia donde suprime la pena de suspensión de actividades y reduce la clausura de establecimiento a una duración de dos años, fundamentándolo todo ello en el siguiente argumento *«En relación a las **personas jurídicas** debe ajustarse la penalidad a los criterios del art. 66 bis CP , lo que conduce a reducir la pena de clausura de locales y establecimientos a la extensión de dos años, pues en el hecho probado no existe base para justificar a tenor del art. 66 bis CP mayor duración»*.

¹⁷⁷ Ver FJ octavo de la STS 583/2017 de 19 de julio *«Los motivos en consecuencia son acogibles en exclusiva respecto del particular referente al monto de las multas que deberá reducirse al tanto. El defecto motivacional nos conduce a una modificación de la solución jurídico-penal, lo que es admitido por esta Sala ante déficits motivadores en la individualización penológica (arts. 50.5 y 72 CP). De la mano de este motivo corregiremos también en la segunda sentencia algunos errores en la duración de algunas penas interdictivas impuestas a las **personas jurídicas** (art. 66 bis CP).»*.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Si la Audiencia Nacional no ha explicado por qué precedió a la imposición de la suspensión de actividades, el Alto Tribunal, a su vez no motiva por qué no procede. Si la Audiencia Nacional no hace ninguna mención ni a los criterios generales de imposición, ni a los específicos para imponer las penas interdictivas con una duración mayor de dos años, el Tribunal Supremo, aun quedándose en el límite de dos años, tampoco fundamenta cómo y en base a qué ha apreciado la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, las consecuencias económicas o el puesto de la persona física que ha incumplido los deberes de control.

Por lo tanto, tal como había advertido al inicio, el Tribunal Supremo en un primer momento, al menos, menciona uno de los criterios del artículo 66 bis, sin embargo, en esta última sentencia aun tratándose de una pena interdictiva no hace mención alguna a los criterios utilizados. Hubiera sido preferible, al menos en el caso concreto analizado, explicar por qué no había base suficiente para imponer la clausura de los locales por un período mayor de dos años.

Si estos han sido los primeros pasos del Tribunal Supremo, los casos que se pueden encontrar en la jurisprudencia menor no son más esperanzadores. En las pocas condenas¹⁷⁸ de personas jurídicas en las que se impone una pena interdictiva, la falta de motivación de la apreciación de los criterios de imposición es una constante.

Un primer caso es el de la Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Cáceres de 8 de mayo de 2015, que condena a la persona jurídica ANJUMA a una pena de multa de 15000€ y al cierre del local por un plazo de 6 meses, todo ello como consecuencia de haberse cometido en su seno un delito de estafa. La pena del cierre de local sólo se fundamenta en la mención genérica del delito, del artículo 66 bis y del art 33.7 d)¹⁷⁹. Observamos que en la sentencia no se hace, realmente, ninguna motivación respecto de la concurrencia de los criterios generales de imposición de las penas privativas de derechos de las personas jurídicas.

¹⁷⁸ Ver BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 52, 2018, pp. 207-232, que lleva a cabo, entre otras cuestiones, un análisis exhaustivo de las múltiples causas por las que muchas de las personas jurídicas imputadas no llegan a ser condenadas finalmente.

¹⁷⁹ Ver FJ 7ª SAP de Cáceres de 8 de mayo de 2015 «*También se impone en virtud de lo establecido en el último párrafo del citado art 251 bis, 66 bis y 33.7 d), todos del CP, la pena de cierre y cláusula del local en el que se llevó a cabo la operación al considerarlo pertinente en relación con los hechos cometidos durante un plazo de seis meses*».

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

El mismo déficit de motivación lo encontramos también en el caso de la SAP de la Sección 4ª de Pontevedra 38/2017 de 30 de junio, en la que se condena a una persona jurídica vía 310 bis¹⁸⁰ a una pena de multa de 200.000€ y a la inhabilitación para obtener subvenciones o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un periodo de dos años. En este caso, como en muchos otros, no se hace mención ninguna al artículo 66 bis.

Más llamativo es el caso de la SAP de la Sección 2ª de Pontevedra 322/2017 de 19 de diciembre, que impone la interesante pena de «*disolución de su personalidad jurídica*»¹⁸¹, mencionando el artículo 66 bis 1º. En este supuesto no se motiva, pero se hace referencia al precepto que contiene los criterios de imposición. Pasando por alto el déficit motivacional del que adolecen los criterios generales hay que subrayar algo más grave aún, que es la imposición de la disolución sin hacer referencia ninguna a los criterios específicos como la multirreincidencia o la utilización instrumental de la persona jurídica.

Con este acercamiento a las primeras condenas penales de las personas jurídicas, en las que junto a la multa se impone alguna pena interdictiva, creo que podemos vaticinar que falta mucho por recorrer hasta que, por parte de la jurisprudencia, se aborde de una manera exhaustiva el análisis y alcance de los criterios de imposición de las penas privativas de derechos susceptibles de imponer a este tipo de entes. Sin perjuicio de reconocer que no es una tarea fácil, opino que la imposición de alguna de las penas interdictivas requiere de una motivación en lo referente a la apreciación de los criterios de imposición. Además, hay que recordar que el propio Tribunal Supremo ha establecido como pauta una equiparación entre la persona física y jurídica en lo referente al respeto de los principios del Derecho penal y procesal, idea que comprende también la motivación de la imposición de determinada pena. Por todo ello, cobra especial relevancia el conocimiento y el análisis del contenido de estos requisitos.

¹⁸⁰ En la versión anterior a la reforma del año 2012, por lo que en aquel momento no se previa de manera obligatoria ninguna pena interdictiva, por lo tanto, la pena impuesta en esta sentencia era una potestativa y como tal requería de una motivación en relación con la apreciación de los criterios de imposición.

¹⁸¹ Ver la reproducción exacta del fallo de la SAP Sección 2ª 322/2017 de 19 de diciembre «*Procede imponer a la entidad "Rodríguez Fernández Olegario, SL" la multa de 309.444 €, y procediendo acordar la disolución de su personalidad jurídica, conforme a lo establecido en los arts. 33 b) y 66 bis-1º ambos del Código Penal.*».

2. Análisis del contenido de los criterios

2.1. Prevención de la actividad delictiva o de sus efectos

El primer criterio que se debe apreciar, para que se pueda proceder a la aplicación de una o unas de las penas interdictivas, es el de la necesidad de prevención de la actividad delictiva y de sus efectos. Este criterio, como ya se ha apuntado en otro lugar, está ligado a la necesidad de la pena y a los efectos sociales que se persigue con la misma¹⁸². Una vez más queda patente la función preventivo-especial de este tipo de sanciones¹⁸³.

Profundizando un poco más, hemos de decir que el juez tendrá que hacer un juicio de peligrosidad subjetiva y ver si existe un riesgo de que la persona jurídica condenada vuelva a realizar una actividad delictiva de características similares a la que le generó responsabilidad penal¹⁸⁴. La apreciación de este riesgo influirá de manera decisiva no solo en la determinación¹⁸⁵, sino también en la propia posibilidad de imposición de la pena.

Aunque, a primera vista, el requisito que ahora analizo no necesita más explicación que la expuesta líneas arriba, cierto es que surgen una serie de interrogantes de muy difícil respuesta. Por este motivo, en las líneas que siguen me limitaré a plantearlas.

En relación con el juicio de peligrosidad objetiva surge el interrogante de qué pasa en el caso de que no se aprecie dicha peligrosidad. Autores como FARALDO CABANA apuntan el hecho de que, dado este caso, no cabría bajo ningún concepto imponer alguna de estas penas interdictivas¹⁸⁶. Ante este criterio, que no tiene que ver ni

¹⁸² DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial... *op. cit.*, núm. 73, 2012 p. 54.

¹⁸³ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad...op. cit.*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 144.

¹⁸⁴ FARALDO CABANA, P. «Las penas», ...*op. cit.*, Madrid, 2015, p. 137.

¹⁸⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Penas a personas jurídicas» ... *op. cit.*, p. 123.

¹⁸⁶ FARALDO CABANA, P. «Las penas», ...*op. cit.*, Madrid, 2015, p. 137 «Si la entidad presentaba peligrosidad subjetiva en el momento de la comisión del delito, pero posteriormente ha adoptado medidas idóneas para eliminarla o reducirla, el juicio de peligrosidad decae y no procede aplicar estas penas».

con la culpabilidad ni con el injusto sino con una peligrosidad subjetiva, cuya ausencia puede determinar, incluso, la imposibilidad de la aplicación de una de estas penas ¿podemos, realmente, decir que estamos ante una pena? El peso que se da a la peligrosidad, según dicha interpretación, nos lleva, inevitablemente a pensar que lo que juez está facultado a imponer no son penas sino medidas de seguridad. Aunque no hay que perder de vista que también hay otras figuras, como, por ejemplo, el decomiso que también tienen en cuenta la peligrosidad del «*instrumento*» utilizado para delinquir. En resumen, lo que quiero poner de manifiesto es que una importancia desmesurada de la peligrosidad de las personas jurídicas podría obstaculizar la calificación de las medidas susceptibles de imponer a las mismas como penas.

Antes de hacer más valoraciones, es necesario preguntarnos cómo se aprecia esta peligrosidad o, mejor dicho, cómo se valora si hay necesidad o no de imponer una pena interdictiva para prevenir la actividad delictiva. Todo parece indicar, y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina, que la implementación de medidas eficaces de prevención de delitos hace desaparecer esa necesidad de imponer alguna de las penas interdictivas. Esta afirmación lleva a la consecuencia práctica de que el juez tiene que hacer un juicio de idoneidad de dichas medidas, al igual que tuvo que hacerlo en el momento de considerar si había o no responsabilidad penal de la persona jurídica, para el caso de que la entidad en cuestión tuviera adoptada alguna medida.

En mi opinión, el objetivo de la imposición de una pena interdictiva, según el criterio ahora analizado, es que la actividad concreta por la que se ha condenado a la persona jurídica no se repita. Utilizo el verbo «repetir» en lugar de «continuar» porque entiendo que, en la mayoría de los casos, una persona jurídica bajo una investigación judicial o bajo la celebración de un juicio oral habrá cesado en la actividad delictiva que le ha generado responsabilidad penal, aunque no necesariamente sea siempre así.

Por lo tanto, el juez no tiene que valorar la implementación de toda una cultura de cumplimiento de la legalidad, sino si sobre el punto que ha generado dicha responsabilidad penal se han adoptado medidas concretas. Sirva de ejemplo un caso en el que una vez acreditado que la persona jurídica responde por el delito de cohecho cometido por alguna de las personas físicas del apartado a) o b) del artículo 31 bis CP el juez tiene que proceder a la imposición de una pena interdictiva. En este supuesto, qué sentido tendría, a los efectos de prevenir la actividad delictiva, que el tribunal empezara

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

a examinar medias de prevención tan alejadas del delito cometido como pudieran ser las relacionadas con protección de datos, con propiedad intelectual etc. A mi entender, el juzgador deberá centrarse en el examen de las medias generales y específicas que hubieran podido reducir «*significativamente*» el riesgo de la comisión del cohecho.

Por lo tanto, en el caso de que la persona jurídica tuviera adoptadas unas medidas de prevención antes de la realización de un delito en su seno, pero éstas no fueran eficaces o idóneas para reducir el riesgo de la comisión de delitos, por ejemplo, por ser fácilmente eludibles o inaplicadas directamente, el juez a la hora de apreciar este criterio, simplemente tiene que ver qué modificaciones del *compliance* se han llevado a cabo en relación con esa concreta actividad; no tiene que hacer una valoración global del plan de prevención de delitos.

En el caso contrario, si la persona jurídica no tenía adoptado un plan de prevención de delitos, a la hora de imponer alguna de las penas interdictivas, el juez, no tiene que comprobar si se ha implementado un *compliance program* que cubra todos los riesgos que puedan generar responsabilidad penal a este tipo de entes, sino, simplemente, tiene que ver qué medidas se han adoptado con posterioridad al delito en ese concreto ámbito y ver si son suficientes para evitar la reiteración de dicha actividad delictiva. Cuestión distinta es que en un *compliance* haya medidas, que se podrían llamar generales, que van dirigidas a prevenir cualquier delito o, al menos, determinada clase de delitos. Un ejemplo de este tipo de medida general podría ser la implantación de un canal de denuncias.

En relación con lo anterior, hay que hacer la reflexión de que para la comprobación de la implementación de estas medidas no es suficiente la presentación de documentación que justifique la adopción de determinados mecanismos de prevención, ya que esto no garantiza necesariamente que la actuación de la empresa, tras la celebración del juicio, sea diferente a la que permitió que en su seno se realizasen delitos. Creo que es necesario que el juez compruebe de primera mano en qué se ha traducido la adopción de dichas medidas, es decir, debe ver, cómo ha cambiado el funcionamiento de la empresa en relación con los aspectos que han favorecido la realización del delito que le ha generado responsabilidad penal. Si no hay ningún cambio está claro que la necesidad de imponer una pena interdictiva persiste.

Hasta ahora he analizado este primer criterio de imposición de las penas interdictivas centrándome, en exclusiva, en la actividad delictiva. Sin embargo, el tenor literal de este requisito establece que para la imposición de estas penas se debe tener en cuenta «*su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos*». Antes de cualquier otra consideración es necesario resaltar el hecho de que la utilización de la conjunción disyuntiva «o» indica la posibilidad de que la imposición de las penas interdictivas se puede fundamentar únicamente en la necesidad de prevenir la continuidad de los efectos de la actividad delictiva sin obligación de hacer referencia alguna a esta última.

Los dos parámetros, es decir, actividad delictiva o sus efectos, que pueden ser utilizados de manera alternativa como base para la imposición de las penas interdictivas, dan una impresión inicial de que estamos ante un criterio amplio que se puede apreciar con bastante facilidad. Sin embargo, la pregunta clave en este punto es si cabe la posibilidad de que este criterio de imposición se aprecie teniendo en cuenta, en exclusiva, la necesidad de prevenir los efectos de la actividad delictiva o, por el contrario, se trata de una expresión superflua que en realidad no tiene ninguna operatividad.

Para dar respuesta a lo que he planteado anteriormente se debe proceder a identificar cuáles pudieran ser esos efectos de la actividad delictiva. Tras la comisión de un delito nos podemos encontrar con: las ganancias derivadas del delito, los efectos e instrumentos utilizados para la comisión del delito y, por último, los daños y perjuicios.

No obstante, en relación con los efectos de la actividad delictiva hay que hacer las siguientes observaciones. En primer lugar, tenemos varias instituciones que tratan estos efectos. Así, existe la figura del decomiso¹⁸⁷, regulada en los artículos 127 y ss. del CP, que se ocupa precisamente de evitar el enriquecimiento injusto a través de la pérdida de las ganancias derivadas de la comisión del delito. Por otro lado, también se utiliza esta figura para privar al condenado «de los bienes, medios o instrumentos con el que se hayan preparado o ejecutado» el delito. Por lo que respecta a los daños y perjuicios, nuestro Código Penal ofrece una amplia regulación de la responsabilidad

¹⁸⁷ Ver FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *Diario La Ley*, núm. 7657, 2011.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

civil *ex delicto*. Estas consecuencias jurídicas puestas en relación con el parámetro ahora analizado ya siembran dudas sobre si es posible que los efectos de la actividad delictiva puedan justificar por sí mismos la imposición de una pena interdictiva. Los efectos de la actividad delictiva desaparecen precisamente gracias a la utilización de las instituciones antes mencionadas.

A lo expuesto hasta ahora, hay que añadir el hecho de que las medidas previstas en el artículo 33.7 del CP no parecen que vayan encaminadas a prevenir los efectos de la actividad delictiva, sino que van orientadas a evitar una reiteración de dicha actividad. El catálogo del artículo 33.7 CP, no parece tener un contenido que, por ejemplo, haga referencia a cuestiones como la restitución a la situación anterior.

Otro argumento que aleja aún más la posibilidad de que la imposición de una pena interdictiva pueda justificarse exclusivamente en los efectos de la actividad delictiva es el extremo de que este criterio obliga a un juicio de peligrosidad y, consecuentemente, es un juicio de futuro, de probabilidad, de pronóstico. Si estamos ante un juicio de peligrosidad no tiene sentido ninguno hacer referencia exclusivamente a los efectos sin tomar en consideración la propia actividad delictiva que es el origen de dichos efectos. Piénsese lo llamativo que pudiera llegar a ser un caso en el que el juez aprecia este criterio de imposición teniendo en cuenta solamente la posibilidad de que el río cercano a la empresa condenada pudiera contaminarse, sin hacer mención alguna al delito medioambiental que se pudiera cometer en el seno de la persona jurídica en cuestión y que es, precisamente, el origen de dichos efectos. Por lo tanto, el *iter* del argumentario, aunque pudiera pasar por la contemplación de los efectos, siempre acaba en el punto de referencia constituido por la necesidad de prevenir la actividad delictiva.

Una última observación que se puede hacer es que el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en concreto, los planes de prevención de delitos ponen el foco en un punto bastante anterior al que constituyen los efectos. El modelo tiene por objetivo evitar la comisión de las propias infracciones no solo de los efectos.

Con todo lo expresado hasta el momento considero que es suficiente para considerar que no es posible fundamentar la imposición de una pena interdictiva contemplando únicamente los efectos de la actividad delictiva. Por lo tanto, esta separación que ha hecho el legislador al utilizar la locución «*o de sus efectos*» ni tiene

operatividad ninguna, por las razones antes expuestas, ni goza de mucha lógica dado que un juicio de peligrosidad no puede contemplar los efectos sin hacer referencia a la actividad delictiva que los origina.

2.2. Consecuencias económicas y sociales

Poniendo por caso que se ha haya podido apreciar el criterio de la necesidad de la pena, el siguiente paso es superar el límite que constituye el criterio que obliga a tener en cuenta las consecuencias económicas y sociales, con especial atención a los efectos de los trabajadores. DÍEZ RIPOLLÉS considera que este es un criterio de necesidad de la pena, al igual que el anterior, pero que plantea una pregunta diferente, que es la de si compensa conseguir los beneficios derivados de imponer una de estas penas a las personas jurídicas, teniendo en cuenta los costes que se derivan de la aplicación de ésta¹⁸⁸.

Ahora bien, la pregunta que surge es en qué consecuencias económicas y sociales, más allá de los efectos para los trabajadores, se tiene que fijar el juzgador para determinar si la pena (o penas) interdictiva/s a imponer, aun siendo necesaria/s, no es conveniente aplicarla/s por tener unos costes mayores que los beneficios que se pudieran obtener. La respuesta que se suele dar a esta pregunta es que los costes que se han de considerar son aquellos que superen de forma notoria la normal afectación de terceros que es propia de cualquier pena¹⁸⁹. Dicho de otra manera, lo que se intenta evitar es que el juez imponga penas con efectos colaterales «desastrosos»¹⁹⁰.

Se observa fácilmente que la ponderación de los efectos de la imposición de una pena interdictiva no es una tarea sencilla, máxime cuando se trata de una redacción tan abierta como «consecuencias» sin ningún elemento cuantitativo o cualitativo que pueda ayudar al juez o al intérprete a concretar los efectos a valorar en el momento de examinar la concurrencia de este criterio de imposición. Por otro lado, si para la persona jurídica se ha desplegado todo el elenco de derechos y garantías de las que se había

¹⁸⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial... *op. cit.*, núm. 73, 2012 p. 54 «*En este caso se pregunta si amerita lograr los efectos susceptibles de producirse con la pena a costa de producir efectos necesarios o probablemente ligados al primero ...*».

¹⁸⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas» en *Memento Experto (Reforma Penal 2010)*, ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Dir.), Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 11-57.

¹⁹⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. «Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Derecho penal económico y de la empresa*, DE LA MATA N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; NIETO MARTÍN, A., Dykinson, 2018, p.155.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

reconocido y establecido para el caso de la persona física, lo lógico es que se acepte con normalidad también los efectos negativos derivados de la condición de sujeto de Derecho penal. Para el caso de la persona física, la legislación penal no se preocupa demasiado de los efectos que la imposición de una pena despliega sobre los terceros que se puedan ver afectados.

Desde una interpretación demasiado amplia de este criterio, algún autor, como GÓMEZ-JARA DÍEZ, ha señalado que «a mayor relevancia social de la empresa, menor tenderá a ser la pena interdictiva»¹⁹¹. Sin embargo, FARALDO CABANA pone de manifiesto que esta afirmación implicaría dar un cheque en blanco a las grandes empresas, por lo que se muestra en total desacuerdo. A continuación, puntualiza que no se debe confundir la relevancia social con las consecuencias económicas y sociales, no siendo éstas últimas ligadas a dicha condición¹⁹². Podemos poner en relación con lo anterior alguna propuesta que va más allá y ve factible o conveniente que a la hora de determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas se tenga en cuenta el daño reputacional que ha sufrido¹⁹³.

En las diferentes ideas y propuestas recogidas hasta el momento subyace, en realidad, la contraposición entre dos maneras de interpretar este criterio, que, a priori, parece que tienen en común el considerar que se debe tratar de consecuencias graves. Una de las posibles interpretaciones podría ser en sentido amplio que, si bien no tendría en cuenta todas las consecuencias y efectos en los terceros, sí que ponderaría un gran elenco de repercusiones que podría llevar a propuestas como la de GÓMEZ-JARA DIEZ que supondría, en definitiva, hablar de penas privativas de derechos susceptibles de imponer a las personas jurídicas sólo en el plano teórico.

Otra de las posibilidades es interpretar el criterio de manera mucho más restrictiva, en el sentido de contemplar sólo las repercusiones más graves que rebasan

¹⁹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal» *Diario la Ley*, núm.7534, 2010, p.11 y también en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Penas a personas jurídicas» ... *op. cit.*, marzo 2011, pp.123-124.

¹⁹² FARALDO CABANA, P. «Las penas», ...*op. cit.*, Madrid, 2015, p. 137.

¹⁹³ Ver MONTANER FERNÁNDEZ, R. «Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 1, 2018, pp. 181-200, donde en un interesantísimo trabajo, analiza la posibilidad de que se contemple la utilización de concepto de *poena naturalis*, en el caso de las personas jurídicas. Aunque llega a la conclusión de que los supuestos en los que se podría contemplar tal posibilidad son muy pocos, lo que sí que propone es que en los supuestos más graves los daños reputacionales se toman en consideración siempre que la persona jurídica ha reaccionado adoptado medidas de prevención de delitos, haciendo todo ello, innecesaria la aplicación de la pena.

los límites de las normales consecuencias. Descrito el criterio en estos términos, acto seguido hay que indagar para determinar cuáles son las repercusiones normales que no deben entenderse incluidas en las consecuencias económicas y sociales a las que se refiere el criterio de imposición ahora analizado. Para ello será necesario, en primer lugar, determinar los terceros afectados y luego ver si los efectos sobre los mismos entran o no en la esfera de las consecuencias económicas y sociales que el Código Penal quiere evitar.

Desde un punto de vista sistemático, considero que se pueden analizar las consecuencias económicas y sociales de manera conjunta, ya que a pesar de constituir conceptos distintos tienen una estrecha relación. Por lo que respecta la problemática de los trabajadores merece un trato separado porque se trata de un supuesto específico.

El criterio relativo a las consecuencias económicas y sociales es realmente un concepto amplísimo, desprovisto de cualquier directriz que ayude a delimitarlo tanto desde el punto de vista de los ámbitos a proteger como desde el punto de vista de los terceros. No obstante, esta redacción tan general, sí que es indicativa, al menos a mi parecer, de que el objetivo del legislador es que la afectación concreta de una persona jurídica no se proyecte o no suponga un grave perjuicio para los intereses generales de la sociedad en su conjunto. Está claro que cualquier despido, cualquier retroceso en la actividad económica o en la actividad del sector conformado por fundaciones y demás entidades con fines sociales, cualquier pérdida patrimonial, cualquier merma en los servicios prestados a la sociedad es un «mal» o un paso atrás, pero para que no se convierta en un cheque en blanco para los condenados habrá que acotar tanto los perjuicios que no se pueden considerar admisibles como la gravedad de aquellos que sí se consideran admisibles.

En cuanto a los terceros, se puede hacer una clasificación en función de si derivan de unas relaciones externas o internas de la persona jurídica. Desde un punto de vista de las relaciones *ad intra*, nos encontramos como terceros a: los trabajadores, miembros de un partido o de un sindicato¹⁹⁴, y accionistas. Desde un punto de vista de las relaciones *ad extra*, son terceros: los clientes, usuarios y consumidores (todos ellos

¹⁹⁴ Aunque hacemos referencia a los mismos, en realidad el análisis que hacemos aquí va referido más bien a las empresas y a las fundaciones. Los sindicatos y los partidos políticos requieren un estudio separado por las distintas e importantes afectaciones de derechos sensibles que puede suponer la aplicación de una pena a este tipo de entes.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

constituyen un único grupo de terceros, aunque pudieran tener alguna nota distintiva), los acreedores y, en mi opinión, los colaboradores. Respecto de esta última categoría que he añadido es necesario apuntar que, si se quiere ser exhaustivo en la identificación de los terceros, es imprescindible hablar de colaboradores, dado que muchas veces el recorte o suspensión de una actividad de determinada empresa supondrá un efecto negativo para las empresas o personas físicas que colaboran con la misma. Incluso se pueden dar casos donde una pequeña empresa, desde el punto de vista del número de trabajadores y medios materiales, presta gran cantidad de servicios gracias, precisamente, a los colaboradores.

Ante esta clasificación de los terceros y sin entrar, de momento, en otras valoraciones que, según mi parecer, el juzgador deberá tener en cuenta, es necesario excluir de antemano algunos de ellos.

En primer lugar, los accionistas, ante las consecuencias derivadas de la imposición de una pena a su empresa, estarían ante el riesgo normal al que se enfrenta aquel que invierte en renta variable y de la misma manera que no tienen obligación de repartir sus beneficios cuando los tienen, tampoco el Estado debe proteger sus intereses a través de este criterio de imposición. Además, se daría la siguiente paradoja: cuando se han cometido delitos en el seno de la empresa los accionistas han visto de manera directa o indirecta aumentados sus beneficios y cuando es el momento de que la persona jurídica condenada asuma las consecuencias penales resulta que protegemos a los que se han beneficiado de dichos delitos cometidos.

Salvando las distancias y el contexto en el que nos desenvolvemos, se puede afirmar que aquí nos encontramos con el mismo criterio que se utiliza para el caso de la responsabilidad civil subsidiaria: quien disfruta los beneficios cuando los hay tiene que soportar también los perjuicios («*qui sentire commodum, debet sentire incomodum*»). Por lo tanto, en base al fundamento de esta teoría llamada de riesgo, interés o beneficio¹⁹⁵ podemos sostener que los accionistas no deberían entrar en la categoría de

¹⁹⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Instituciones de derecho penal económico y penal de la empresa* 1º ed. Lex Nova, Madrid, 2013, pp. 198-199: «Esta teoría de la creación del riesgo tiene un carácter objetivo aún más marcado que las de la culpa in eligendo o in vigilando pues, según la misma, la empresa ab initio asume los perjuicios derivados de la materialización de los riesgos que generan las actividades realizadas por el gestor o empleado con ocasión del servicios o función que se le encomienda.».

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

los terceros a tener en cuenta en el momento de valorar el criterio de imposición de las penas interdictivas relativo a las consecuencias económicas y sociales.

Por otro lado, se debe añadir que la legislación mercantil, sede por excelencia de la protección de los accionistas, ofrece suficientes instrumentos que permiten la defensa de sus intereses ante este tipo de situaciones. Sirva de ejemplo el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital y la multitud de acciones que tienen contra los diferentes órganos y cargos de la sociedad.

Otra categoría que tiene que quedar fuera de la clasificación de los terceros es la de los acreedores. Las razones son, en gran parte las mismas que en el caso anterior, el tráfico mercantil tiene dos grandes rasgos que son la autonomía de la voluntad y la buena fe, pero, se podría decir, como moneda de cambio, obliga a dichas partes a asumir los riesgos que derivan de las relaciones establecidas libremente. Además, igual que pasaba en el caso anterior la propia legislación mercantil tiene previstos mecanismos de protección de los intereses de los acreedores, en concreto, Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Junto a todo lo razonado hasta ahora, hay que recordar que el propio Código Penal en el catálogo de penas del artículo 33.7 letra g) prevé la pena de intervención judicial no solo para salvaguardar los derechos de los trabajadores, sino también con el objetivo de ofrecer protección a los acreedores, por lo que la apreciación de este criterio no se puede convertir en obstáculo para la imposición de una pena que, a priori, podría beneficiar a los propios acreedores.

Hasta ahora he hecho referencia a los terceros, sin mencionar ningún otro elemento, es decir, hasta el momento he intentado determinar los sujetos en relación con los que hay que poner las consecuencias económicas y sociales. Dado este paso, resta analizar aquellos aspectos que sufren variaciones con la imposición de una pena interdictiva a determinada persona jurídica. No solo hay que determinar cuáles son dichas variaciones sino también cuál es la magnitud de dicho cambio, para así comprobar, en la medida de lo posible, si se trata de una consecuencia normal o se trata de una repercusión que entra en el ámbito del criterio de imposición ahora analizado.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Las variaciones que mencionaba anteriormente pueden estar relacionadas estrictamente con la propia persona jurídica a la que se le quiere imponer una pena interdictiva o pueden ir referidas a cuestiones más amplias, que trasciendan las circunstancias de sujeto concreto.

Con la imposición de una pena interdictiva el primer aspecto que sufrirá un cambio va a ser la propia actividad de la persona jurídica. Dicha actividad se tendrá que contemplar desde un punto de vista cuantitativo y desde otro cualitativo. Aquí será el juez el que tendrá que valorar si, por ejemplo, la clausura de un local o la suspensión de actividades supone para los terceros afectados un perjuicio tan intenso que haga inclinar la balanza a favor de no imponer la pena. Consecuencia de la variación en la actividad, va a ser la situación económica de la propia persona jurídica. También sufrirán variación el mercado, la propia actividad de los colaboradores, la prestación de determinados servicios o el suministro de determinados productos, etc.

Los últimos pasos de este esquema general de actuación, que aquí propongo, son comprobar la intensidad de los cambios que se puedan producir con la imposición de la pena, para que, acto seguido, se ponga todo ello en relación con los terceros. El elemento clave es la magnitud del cambio. Voy a poner un ejemplo exagerado para una mejor ilustración de lo que quiero transmitir, sin perjuicio de que la magnitud del cambio producido con la pena solo se puede comprobar en el caso concreto y real. Ante el caso de una empresa que presta un servicio de relevante interés social, por ejemplo, una eléctrica o un banco, si con la imposición de una pena interdictiva a dichas personas jurídicas, determinada población queda sin dichos servicios, en este caso creo que debería operar el criterio ahora analizado y, por lo tanto, que se desista de la imposición. Siguiendo el mismo ejemplo, no se podría apreciar, en mi opinión, este criterio si la variación en el mercado es mínima.

Para acabar el análisis de este segundo criterio de imposición de las penas interdictivas, resta hablar de los trabajadores que se puedan ver afectados por la pena. Una primera cuestión que hay que dilucidar es si el criterio hace referencia solo a los trabajadores vinculados a la persona jurídica condenada o, por el contrario, se deben contemplar otros trabajadores que se pudieran ver afectados como los que forman parte de subcontratas o similares.

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

En mi opinión, la respuesta más adecuada es esta última, es decir hay que contemplar los efectos para los trabajadores que no están directamente vinculados a la persona jurídica condenada pero que sí pudieran verse afectados por la imposición de determinada pena. Para sostener lo afirmado me voy a apoyar en el siguiente argumento.

No hay que olvidar que el criterio que ahora se está analizando aspira a una protección de unos intereses generales proyectados sobre toda la sociedad. El que se haga referencia a un colectivo específico, al que se le confiere una protección especial, no quiere decir que ya no estemos hablando de unos intereses generales. Dicho esto, en este caso la referencia a los trabajadores abarca un colectivo más amplio que el estrictamente conformado por el personal de la condenada. Por lo tanto, el juez tendrá que valorar en qué medida la pena que quiere imponer afecta a los trabajadores vinculados a la persona declarada responsable penalmente, a las subcontratas o a los colaboradores en general. Resuelta esta cuestión hay que volver a las reflexiones sobre cuándo se puede apreciar este criterio.

La primera pregunta que surge es si, ante cualquier posibilidad de que haya un despido o, en el caso más afortunado, una reducción de jornada, el juez tiene que desistir de imponer una pena. Si la respuesta es sí, entonces nunca se podrá superar este filtro e incluso la propia persona jurídica podría utilizar la amenaza de despido como herramienta de «chantaje» e intentar eludir la imposición de una pena interdictiva. Lo dicho hasta ahora es una reducción al absurdo para evidenciar que la pérdida de determinados empleos no siempre tiene que implicar la apreciación del criterio b) de la regla 1ª del art 66 bis).

Para que la imposición de una pena supere este filtro, el juez tiene que analizar de una manera objetiva la posibilidad de supervivencia de la persona jurídica, lo que implicaría mantener la mayoría de los empleos. Por ejemplo, si quiere imponer una pena de prohibición de contratar con la Administración y esta es la actividad principal de la empresa condenada, previsiblemente la aplicación de la misma supondría una gran destrucción de empleo, ya que de facto estaríamos ante una disolución. Claro que la empresa en cuestión puede orientarse hacia el mercado privado y prestar allí sus servicios, pero este reciclaje lleva un tiempo que necesariamente implicaría la destrucción de empleo.

En cambio, la clausura de un determinado establecimiento, por ser necesario para evitar la reiteración delictiva, aunque conlleve el despido de varios empleados sí que sería posible ya que entraría dentro de las consecuencias normales de la aplicación de cualquier pena.

A modo de conclusión, se puede decir que éste debe ser un criterio interpretado en un sentido restrictivo, de tal manera que no se desvirtúe o que se vacíe de sentido el catálogo de penas interdictivas. En todo caso este es un criterio subordinado al de la necesidad de la pena para prevenir la actividad delictiva o sus efectos. Yo lo llamaría o mejor dicho lo considero como un factor de corrección limitado, pero no es el núcleo duro de los criterios de imposición de las penas interdictivas.

2.3. El puesto de la persona física u órgano que incumplió el deber de control

2.3.1. Discordancias con el artículo 31 bis CP.

El criterio que toma en consideración el puesto de la persona física u órgano que incumplió el deber de control ha sido muy criticado por la doctrina, ya que se considera que hubiera sido más conveniente que el requisito de imposición se centrara en la persona física que cometió el delito, no en la que no controló, de manera que cuanto más elevada jerárquicamente fuera la posición de la persona física se podría apreciar con más facilidad la peligrosidad y, por lo tanto, la necesidad de imponer la pena¹⁹⁶.

Antes de entrar a analizar cada uno de los problemas que plantea esta previsión hay que apuntar lo siguiente. A pesar de que el artículo 66 bis ha sido uno de los múltiples preceptos afectados por la reforma del Código Penal del año 2015, no se han actualizado sus previsiones en coherencia con el artículo 31 bis, sino que, además, en la actual redacción se crea más confusión aun si cabe. Dejando de lado el hecho de que se prevé la posibilidad de que se imponga una pena interdictiva de hasta dos años cuando haya incumplimiento menos grave, aspecto que analizaré en otro lugar, se observa fácilmente que hay un desajuste, como mínimo terminológico o conceptual, entre el actualizado 31 bis y el tan repetido a lo largo de estas líneas artículo 66 bis.

¹⁹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas» ... *op. cit.*, pp. 11-57.

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

Dichos desajustes son los siguientes. En el criterio de imposición ahora analizado, el foco de atención se centra en el «puesto» que ocupa el que incumplió el deber de control dentro de la estructura de la persona jurídica. Aquí se da una primera discordancia entre los elementos utilizados para configurar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y los elementos utilizados para el diseño de las reglas de determinación de las penas susceptibles de imponer a éstas. Mientras el artículo 31 bis establece unos criterios materiales, o al menos unos criterios que se pueden interpretar en sentido material, para identificar a las personas que tienen el deber de control, poniendo el acento en las facultades que ostentan dichas personas físicas, el artículo 66 bis, al exigir la identificación del puesto, obliga a una interpretación exclusivamente formal.

Concretando algo más la crítica o los argumentos para afirmar que hay una discordancia entre el artículo 31 bis a) y la letra c) de la regla 1ª del artículo 66 bis cuyo contenido determina que se tendrá en cuenta «*el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control*», hay que decir que en el primero de los preceptos sí es posible una interpretación en sentido material, es decir comprobar quien realmente tiene, no el rol formal, sino la función real de representación o de organización y control dentro de la persona jurídica. Cuando por su parte, el criterio de imposición de las penas interdictivas se refiere a «*puesto*», este solo puede ser identificado en base a elementos formales. ¿Cómo se determina cuál es la posición jerárquica de un determinado puesto dentro una estructura de una empresa? Yo creo que solo se puede obtener respuesta a la pregunta planteada si se toman en consideración elementos formales: organigrama, nombramientos en determinados *puestos*, acuerdos de creación de departamentos y subdivisiones, de comisiones, de direcciones, etc. Por lo tanto, para determinar el puesto de una determinada persona física hay que tomar en consideración, necesariamente, elementos formales. Tal como he dicho, esta es una clara discordancia entre el artículo 31 bis y la previsión del 66 bis.

Respecto del incumplimiento del deber de control, una interpretación coherente con el artículo 31 bis pasaría por entender que se trata de uno grave pero no de cualquier tipo de inobservancia. En todo caso, hubiera sido preferible que se actualizara la legislación en este sentido. Lo mismo debería haber ocurrido con el concepto del debido control que, tras la reforma del año 2015, se ha ampliado y concretado algo más con

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

respecto a la regulación que había en el año 2010. En concreto, recordemos que ahora la letra b) del artículo 31 bis utiliza la expresión «*deberes de supervisión, vigilancia y control*».

2.3.2. Alcance limitado del criterio

Las discordancias apuntadas anteriormente no son las únicas y, a lo mejor, ni las más importantes, sino que hay un aspecto más llamativo aun: el que este requisito de imposición esté limitado o se pueda aplicar únicamente en relación con al supuesto b) del artículo 31 bis, es decir, cuando estemos ante personas físicas que han cometido el hecho delictivo por haberse incumplido gravemente por las personas del apartado a) del art 31 bis los deberes de supervisión y control¹⁹⁷.

Aunque la anterior es una opinión muy asentada entre la doctrina, FARALDO CABANA, con el fin de hacer extensivo este criterio al caso de las personas de la letra a) del artículo 31 bis CP, propone que se entienda que cuando el delito ha sido cometido por una persona física integrante de dicho grupo hay una falta de control de los socios sobre los administradores. Esta hipótesis o propuesta obliga a concretar los deberes de control de estos socios. La propia autora reconoce lo genérico de las obligaciones de control que la legislación mercantil atribuye a los accionistas¹⁹⁸. En cuanto a cuestiones como el derecho de impugnar acuerdos o la posibilidad de que se practique una auditoria, las mismas se hacen a través de las convocatorias de la junta general, que supone un «*procedimiento muy poco ágil a efectos de la evitación de los delitos*», por esto considera FARALDO CABANA que el legislador ha establecido los *programas de prevención* al ser un mecanismo mucho más eficaz¹⁹⁹.

Sin perder de vista el hecho de que lo conveniente sería que el criterio de imposición fuera referido a los dos grupos de personas físicas del artículo 31 bis, creo que la anterior opción interpretativa no cabe si se tiene en cuenta la redacción del

¹⁹⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Fabio Suárez Montes*, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (Dir.), *Constitutio Criminalis Carolina*, Oviedo, 2013, pp.195-217.

¹⁹⁸ En el mismo sentido FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el artículo 31 bis 1. b) del Código Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2019, pp. 1-25.

¹⁹⁹ FARALDO CABANA, P. «Las penas», en *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, JUAN PECES, A. (Dir.) Y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.) *Memento Francis Lefebvre*, Madrid, 2015, p. 138.

mencionado artículo 31 bis. El precepto que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas no exige directamente que los socios ejerzan un control sobre los administradores. Por otro lado, hacer referencia sólo a conceptos como accionistas y administradores, implica limitar el amplio concepto de persona jurídica a la que hace referencia el Código penal ya que se estaría contemplando solo parte de los entes que entrarían en dicho concepto, es decir, solo las empresas.

Más allá de las distintas hipótesis y propuestas que se puedan plantear, creo que es cuestión bastante clara que este criterio de imposición solo va referido al supuesto en el que son los subordinados los que han cometido el delito.

2.3.3. Concreción de los deberes de control

Es importante resaltar el que las indagaciones que se van a hacer aquí en relación con la dificultad de concretar los deberes de control tienen por objetivo únicamente poner de manifiesto el largo camino que queda por recorrer hasta que se tengan suficientemente claros los deberes de supervisión, vigilancia y control. Por otro lado, es de señalar que ésta es una cuestión, cuyo análisis profundo se debe hacer al hilo del estudio de las vías de imputación de las personas jurídicas, aspecto que podría suponer alejarse demasiado del objeto de este trabajo, con lo cual las reflexiones serán más bien pocas.

Aunque lo afirmado sea discutible, la exposición de motivos de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo²⁰⁰, norma que como ya se sabe lleva a cabo la amplísima reforma del Código Penal del año 2015, sostiene que se ha delimitado adecuadamente el contenido del debido control. Desde luego no se puede negar la ampliación de la regulación referida a los modelos de organización y gestión, sin embargo, no se debe confundir, cómo en ocasiones se hace, el control con aquello que es objeto de control. Dicho de otra manera, en la regulación del artículo 31 bis, hoy por hoy, hay un avance en la forma de como tienen las personas jurídicas que actuar, pero no está nada claro cuáles son los deberes de supervisión, vigilancia y control.

²⁰⁰ Cfr. Exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo «*La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal.*».

A pesar de lo que acabo de exponer, la Fiscalía General del Estado ve precisamente en la regulación de estos modelos, la solución a todos los problemas que suponía la falta de concreción de los deberes de control²⁰¹. Sin embargo, al acercarse a estos deberes de control, la Fiscalía pone como ejemplos conceptos establecidos por la Ley de Sociedades de Capital que creo que son igual de indeterminados que dichos deberes de control²⁰².

Por lo tanto, lo que no se puede hacer es confundir lo que son los programas de cumplimiento con el contenido o la concreción de los deberes de control. Como afirmaba LASCURAÍN SÁNCHEZ, incluso antes de la reforma del año 2015, «*los programas de cumplimiento son, pues, un instrumento necesario para ejercitar el debido control*»²⁰³. Una cosa es cómo se ejercita el debido control (inspeccionando, denunciando, implementando medidas) y, otra cosa distinta es qué hay que controlar.

Una de las propuestas más claras respecto del contenido de los deberes de control es la ofrecida por FERNÁNDEZ TERUELO²⁰⁴. Sin ánimo de ser exhaustivo, por las razones que ya apunté en su momento, las siguientes líneas las voy a dedicar a exponer brevemente su tesis.

El citado autor parte de la idea de que el contenido de las obligaciones de control tiene que ser normativo, dejando fuera las obligaciones contractuales que no procedan o no sean de ejecución de una previsión legal, aspecto este último que implica dejar fuera también los programas de prevención²⁰⁵, en el sentido de que no son la fuente

²⁰¹ Ver. Circular 1/2016 del FGE, p. 21 «*La dificultad de identificar los concretos deberes de control que personalmente son exigibles a las personas físicas constituía otro reproche al modelo. En efecto, la propia naturaleza de la actividad empresarial, regida por principios de especialidad, de división del trabajo y de complementariedad en la persecución de objetivos comunes, puede obstaculizar notablemente la necesaria individualización. Tanto más si la estructura societaria se ha establecido precisamente para eludir la responsabilidad individual frente a determinados delitos. Los novedosos modelos de organización y gestión vendrían a corregir esta limitación, mediante la rigurosa identificación de las obligaciones de vigilancia y control que atañen a cada individuo.*».

²⁰² Ver. Circular 1/2016 del FGE, p. 23, donde se hace referencia al concepto de «ordenado empresario»; «la determinación de la política de control y gestión de riesgos, incluidos los fiscales, y la supervisión de los sistemas internos de información y control», etc. todos ellos conceptos introducidos en la Ley de Sociedades de Capital por la reforma operada por la Ley 31/2014.

²⁰³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. «Compliance, debido control y unos refrescos» en *El Derecho penal económico en la era compliance*, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 113.

²⁰⁴ Ver ampliamente en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el artículo 31 bis 1. b) del Código Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2019, pp.1-25.

²⁰⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia...*op. cit.*, pp.15-16.

generadora de dichas obligaciones de control. Las razones que ofrece FERNÁNDEZ TERUELO, para sustentar tal idea es que, en primer lugar, sería discutible que algo que no fuera obligatorio en la legislación mercantil o administrativa sí pudiera dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica. Por otro lado, el autor hace la siguiente observación «*no parece racional que una previsión que tiene carácter voluntario, y cuyo objeto es que las empresas puedan ver reducido su riesgo de ser condenadas mediante la adopción de determinadas medidas de control, pueda tener el efecto inverso, incorporando nuevas obligaciones, que incrementen el riesgo de condena penal.*»²⁰⁶

Establecido este contenido normativo de los deberes de control, FERNÁNDEZ TERUELO, prosiguiendo con su propuesta pone de manifiesto que hay algunos tipos delictivos muy relacionados con actividades societarias que gozan de una amplia regulación. Aunque, tal como él indica, este fenómeno no se da en todos los casos²⁰⁷, todo ello sin perjuicio de las múltiples obligaciones genéricas de control prevista por la propia normativa mercantil.

Tras todas estas observaciones, el artífice de esta propuesta hace una distinción entre las obligaciones genéricas y las obligaciones específicas, para después identificarlas en la propia legislación extrapenal. Resuelto el tema del contenido de las obligaciones de control, restaría ver cuándo se entiende que se ha producido un incumplimiento grave. Aunque previamente a la determinación del carácter grave, FERNÁNDEZ TERUELO, partiendo de la clasificación de las obligaciones de control, considera que los requisitos para que se aprecie el incumplimiento, a los efectos del artículo 31 bis, deben ser distintos²⁰⁸. Respecto de la gravedad del incumplimiento considera el citado autor que para que se active el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se tiene que partir, al menos, de lo que la propia legislación administrativa califica como grave. No obstante, el propio autor pone de manifiesto el riesgo de que se incurra en una violación de principio *non bis in ídem*, al castigarse dos veces por el mismo incumplimiento.

²⁰⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia...*op. cit.*, p. 16.

²⁰⁷ Ver catálogo de delitos y su respaldo normativo extrapenal en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia...*op. cit.*, p.17

²⁰⁸ Ver. FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia...*op. cit.*, pp.17-18.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Con este mínimo acercamiento, a través de la exposición de los esfuerzos interpretativos realizados por la doctrina para concretar las obligaciones de control, queda claro que no hay ningún aspecto que conforme el criterio de imposición de las penas interdictivas de la letra c), regla 1ª, art 66, que no esté rodeado por ambigüedades e indeterminaciones, amén de las discordancias con el artículo 31 bis puestas de manifiesto.

D. Los límites y requisitos de la extensión de las penas privativas de derechos

1. Determinación de los límites máximos de las penas interdictivas

1.1. La duración de la pena privativa de libertad de la persona física

Para el caso de que se haya conseguido superar las condiciones que determinan los criterios generales de imposición, el siguiente paso, una vez elegida la pena o las penas privativas de derechos, es ver cuál es la duración máxima de la pena que se puede imponer.

En primer lugar, el artículo 33.7 del Código Penal, establece unos límites máximos absolutos para el caso de que las penas interdictivas se impongan por duración determinada²⁰⁹. Junto con estos límites se debe tener en cuenta la previsión de la 2ª regla del artículo 66 bis del Código penal que establece que *«cuando las penas previstas en la letra c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una **duración limitada**, ésta no podrá exceder la **duración máxima de la pena privativa de libertad** prevista para caso de que el delito fuera cometido por **persona física**»*.

²⁰⁹ Cfr. Art. 33.7 del CP «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**.*».

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

Esta previsión, en general, ha sido muy criticada por la doctrina²¹⁰, aunque algún autor ha visto en esta relación entre las penas de los dos tipos de personas, un intento del legislador de respetar el principio de igualdad entre la persona física y la jurídica, de tal manera, que a esta última no se le impongan penas más graves que a la primera²¹¹. Respecto de esta posición hay que hacer la observación de que no se trata de penas homogéneas por lo que la comparación tiene que ir referida a su duración no a su gravedad. Por ejemplo, ¿cómo se compara la gravedad de las penas e) y f) del artículo 33.7 CP? Sin embargo, como señala FARALDO CABANA si este fuera el caso, se deberían comparar penas iguales, no penas privativas de libertad y privativas de derechos que no tienen la misma carga aflictiva²¹².

Una de las problemáticas que se plantea es si la pena de la persona física que se tiene que tomar como límite es la pena en abstracto o, por el contrario, se tiene que tomar como referencia la pena resultante después de aplicar las reglas generales para la determinación de la pena de la persona física²¹³. En relación con este aspecto es opinión bastante extendida que la limitación basada en la duración de la pena privativa de libertad de la persona física hace referencia a la pena en abstracto²¹⁴. Además, puede, hipotéticamente, darse el caso de que la persona física no haya sido individualizada o no esté presente en el juicio por haber fallecido. En casos como este no se podría llegar nunca a saber la pena concreta que se debería imponer a la persona física. Por lo tanto, tomar en consideración la pena en abstracto es, a nuestro parecer, la opción más adecuada.

Otro aspecto difícil de dilucidar, si tenemos en cuenta la redacción literal de esta previsión, es si la limitación en función de la pena máxima de la persona física rige también en el caso de los supuestos de reincidencia o instrumentalización de la persona jurídica. FEIJOO SÁNCHEZ pone de manifiesto que si ésta fuera la interpretación

²¹⁰ BAUCCELLS LLADÓS, J. «Las penas previstas para las personas jurídicas...», pp. 209-210 «Este criterio de fijación del límite máximo es aleatorio y nada tiene que ver ni con el defecto de organización, ni con la culpabilidad de la empresa, ni con las necesidades preventivas. La opción ha sido criticada por no tener fundamento que exista una relación punitiva proporcionada entre una y otra.».

²¹¹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Penas a personas jurídicas» ... *op. cit.*, marzo 2011, p. 124.

²¹² FARALDO CABANA, P. «Las penas», ...*op. cit.*, Madrid, 2015, p. 151.

²¹³ Esta opción la propone FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas del delito» *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas...op. cit.*, p. 285.

²¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial... *op. cit.*, núm. 73, 2012 p. 54; ROCA AGAPITO, L. «Sanciones aplicables a las personas jurídicas», ...*op. cit.*, p.410; MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «Las penas a personas jurídicas», *Diario La Ley*, núm. 7920,2012; FARALDO CABANA, P. «Las penas», ...*op. cit.*, Madrid, 2015, p. 151.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

podríamos estar, por ejemplo, ante una paradoja en la cual el juez puede imponer la pena de disolución, pero no acordar una suspensión o prohibición de actividades superior a dos años. Puesta de manifiesto dicha paradoja, concluye el autor que esta limitación sólo rige en los supuestos en los que no se puede superar legalmente el límite de dos años²¹⁵.

Aunque no puedo estar más de acuerdo con el autor antes citado en cuanto a la paradoja que se puede dar, cierto es que la redacción literal hace referencia a penas de duración limitada (es decir, temporales), pero no hace referencia a una duración concreta. Por lo tanto, aunque la interpretación hecha es razonable, la literalidad de la ley deja poco margen para hacer dicha interpretación. Todo parece indicar que este límite rige, incluso cuando estamos ante un supuesto de multirreincidencia o instrumentalización. Esto implica que en muchos casos en los que la persona jurídica es reincidente o incluso instrumentalizada, por tratarse de un delito que prevé una pena inferior a 5 años para la persona física, no se podrá aplicar, por ejemplo, la inhabilitación para obtener subvenciones por tiempo superior a 5 años. El que haga esta interpretación, por considerarla la más acorde con el texto de la ley, no quiere decir que esté de acuerdo con la misma o que no resulte más que criticable.

Por último, en relación con este aspecto quiero poner de manifiesto otra paradoja que se puede dar en el caso de que para la persona física no se haya previsto pena de privación de libertad, como ocurre en el artículo 286, apartado 3 y 4 y en el artículo 304 bis.1 del Código Penal. En este caso en el que por la persona física se ha realizado una conducta bastante leve que no se castiga con pena privativa de libertad hay una posibilidad teórica de imponer a la persona jurídica (reincidente, por ejemplo) una pena interdictiva superior a dos años.

Como se puede observar, la limitación que acabamos de analizar plantea muchos interrogantes que no encuentran fácil solución y que, en función de la interpretación que se haga, se pueden salvar los diferentes escollos.

Al lado de todo lo que se ha dicho sobre esta previsión, añadiría que este límite, determinado por la pena de privación de libertad de la persona física, desvirtúa por completo los límites máximos previstos en el artículo 33.7 del CP.

²¹⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas del delito» *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas...op. cit.*, p. 285.

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

En base a un análisis de las penas previstas para la persona física por los tipos penales que pueden ser susceptibles de generar responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede afirmar lo siguiente.

Los límites de 15 años previstos en las letras e) y f) del artículo 33.7 no operan nunca y ello porque, para los delitos por los que se puede hacer responsable a la persona jurídica; la mayor pena que podemos encontrar para la persona física es de 12 años de prisión²¹⁶. Por lo que respecta a las demás penas, en una proporción de más de 50%, el límite máximo está determinado por la pena prevista para la persona física. Este es, en mi opinión, un dato suficiente para afirmar que la limitación de la pena interdictiva aplicable a la persona jurídica, en función de la pena privativa de libertad de la persona física, desvirtúa o deja sin casi ninguna operatividad los límites del artículo 33.7 del CP.

Por lo tanto, la limitación establecida en el artículo 66 bis, es el verdadero límite absoluto de las penas privativas de derechos susceptibles de imponer a las personas jurídicas. Además, esta previsión da lugar a muchas incoherencias y paradojas, tal como se ha puesto de manifiesto. En definitiva, es un elemento más que contribuye negativamente a la operatividad de los criterios de determinación de las penas interdictivas.

1.2. El incumplimiento menos grave

Entre otras modificaciones que ha sufrido el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, nos encontramos con una introducida con la reforma del año 2015 y que afecta de lleno a las reglas de determinación de las penas. Con la mencionada reforma se introduce la siguiente regla penológica: *«Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años»*. Como es fácilmente constatable esta regla entra en directa colisión con la propia redacción del artículo 31 bis, que exige para que nazca la responsabilidad penal de la persona jurídica que las personas del apartado a) incumplan *gravemente* los deberes de supervisión, vigilancia y control. Por lo tanto, se utiliza como determinación del límite de la duración de la pena impuesta a la persona

²¹⁶ Cfr. Arts. 343; 386.5 del CP.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

jurídica una circunstancia que supone la no declaración de la responsabilidad penal de dicho ente.

Sin embargo, FARALDO CABANA ofrece otra interpretación al respecto, al considerar que esta expresión hace referencia a empleados de nivel jerárquico intermedio, es decir personas que también se encuentran sometidas a la vigilancia y control de las personas físicas que tienen capacidad de representación, organización y control. Por lo tanto, considera que hay dos límites que se deben observar en este caso: o bien máximo dos años o bien los que se establecen en función de la duración de la pena privativa de libertad de la persona física si este límite es inferior a dos años²¹⁷.

Por mi parte, me inclino más hacia la interpretación que hace la Fiscalía General del Estado, que expone en su Circular 1/2016²¹⁸ que *«la gravedad del incumplimiento es precisamente el presupuesto para que nazca la responsabilidad de la persona jurídica en el referido criterio de imputación de la letra b), parece claro que el principio de tipicidad penal impide observar esta regla penológica introducida por la LO 1/2015»*. La previsión legislativa que ahora analizamos contiene una contradicción flagrante y que es que si hay incumplimiento menos grave no se puede hablar de la responsabilidad penal de las personas jurídicas contemplada en los términos del artículo 31 bis punto b).

2. Criterios específicos de determinación y aplicación de las penas interdictiva

2.1. Aproximación a los requisitos de la 2ª regla del artículo 66 bis

Dejando de lado los planteamientos hechos en relación con los límites de las penas interdictivas, es momento de centrarse en los requisitos que la regla 2ª del artículo 66 bis²¹⁹ exige para que se pueda superar determinada duración de la extensión de este tipo de penas.

²¹⁷ FARALDO CABANA, P. «Las penas», en Responsabilidad Penal ... *op. cit.*, p. 152.

²¹⁸ Ver Circular 1/2016 de la FGE, p. 22.

²¹⁹ Cfr. Artículo 66 bis 2ª regla, Código Penal *«2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.*

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

El primer tramo de duración de las penas privativas de derechos es que el que va hasta dos años. En este punto sería innecesariamente reiterativo volver sobre el problema de la previsión que establece que, ante un incumplimiento menos grave, no se puede superar esta duración. No obstante, lo que sí hay que recordar es que en este punto la regla que ahora analizo no prevé ningún requisito especial pero que, tal como advertía en su momento, van a entrar en juego los mismos criterios que se utilizan para la imposición de estas penas. Por lo tanto, es en este punto en el que la necesidad de prevenir la actividad delictiva, las consecuencias económicas y sociales y el puesto de la persona física u órgano que incumplió el deber de control se utilizan con la función de determinar la extensión de la pena interdictiva hasta dos años.

El otro intervalo de duración es el que abarca una extensión de entre dos y cinco años. Este tramo también afecta a todas las penas. La referencia a los cinco años no viene expresada en el artículo 66 bis, pero es la que hay que tener en cuenta por la aplicación de los límites del artículo 33.7 del CP, dónde al menos para el caso de la e) y f) se establece como límite máximo el mencionado número de años. Hecha esta última aclaración, falta recordar que, para que se superen los dos años de duración, es necesario que o bien la persona jurídica sea reincidente o bien esta haya sido utilizada instrumentalmente. Aunque este último concepto se tratará con detenimiento más adelante, ahora hay que poner de manifiesto que la legislación ofrece una especie de definición, estableciendo que se entiende que se da esta situación cuando «*la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad legal*», según el tenor literal del artículo 66 bis, 2ª regla párrafo segundo del Código Penal.

Los últimos dos requisitos que establece la 2ª regla del artículo 66 bis CP son la concurrencia del supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del apartado 1 del artículo 66

a) *Que la persona jurídica sea reincidente.*

b) *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.*

Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años.

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

a) *Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66.*

b) *Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.»*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

CP, es decir, la multirreincidencia y, alternativamente, la instrumentalización de la persona jurídica. Estas circunstancias se exigen para dos casos distintos: cuando se trate de la imposición de penas interdictivas de carácter permanente, es decir, la letra b) y e) del artículo 33.7 o cuando se quiera exceder de la duración de 5 años de las penas e) y f).

Esta sucinta descripción de los criterios específicos que se tienen que apreciar para superar los distintos tramos de duración de las penas interdictivas se tiene que poner en relación con lo ya explicado en su momento, sobre los criterios de imposición. Por lo tanto, cuando se quiera imponer una pena interdictiva, el primer paso es la apreciación de los criterios de la 1ª regla, con todas sus dificultades. Hecha la elección de una pena, en función de la extensión con la que se quiera imponer, hay que examinar si se da alguna de las circunstancias a la que hace referencia la 2ª regla del artículo 66 bis. He hecho referencia al supuesto en el que el juez quiera imponer una sola pena, pero no hay que olvidar la posibilidad de que imponga varias.

Por otro lado, opino, al igual que lo hacía en relación con los criterios de imposición, que la apreciación de estas circunstancias no solo tiene que ir simplemente referida en la sentencia, sino que requiere de motivación. Para evitar un reexamen innecesario de la jurisprudencia me remito al análisis hecho en relación con las distintas resoluciones del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, manifestando aquí que la carencia de motivación es una constante también en relación con los criterios específicos de determinación de las penas interdictivas.

Por último, considero que es imprescindible hacer la siguiente observación. Aun corriendo el riesgo de hacer una reflexión sobre algo muy obvio, creo que es necesario hacer el apunte de que se puede observar que el mismo criterio se utiliza para imponer consecuencias distintas. En primer lugar, la instrumentalización de la persona jurídica se puede utilizar como requisito alternativo, tanto cuando se trate de superar los dos años, como cuando se trate de superar los cinco años o cuando se dé el caso de la imposición de una pena con carácter permanente. Por su parte, la multirreincidencia se puede utilizar ante los dos últimos tramos de duración.

Ante este estado de las cosas, es necesario que los mencionados criterios se gradúen dado que se utilizan para extensiones o duraciones muy distintas. No se puede

tratar del mismo grado de instrumentalización para imponer una pena interdictiva por duración superior a dos años que superior a cinco. Para que se pueda realizar esta graduación es necesario concretar el criterio y es aquí, donde, como pondré de manifiesto más adelante, se dan las mayores dificultades.

2.2. La reincidencia: un debate sin cerrar

2.2.1. Precisiones iniciales

Como es sabido el contenido del artículo 66 bis CP, salvando la pequeña modificación del año 2015, referida al incumplimiento menos grave, mantiene su redacción intacta desde el año de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir, desde el año 2010. La doctrina desde aquel momento, como ya he puesto de manifiesto, se ha centrado siempre en estudiar el modelo de responsabilidad que se había introducido y también los múltiples conflictos dogmáticos. Sin embargo, algunas cuestiones más concretas de la legislación positiva han quedado un poco desatendidas. Una de dichas cuestiones la constituye la aplicación de la reincidencia al caso de las personas jurídicas. Esta figura no ha gozado de atención ninguna ni al hilo del debate sobre las atenuantes y agravante ni al hilo del estudio de las penas susceptible de imposición a las personas jurídicas.

Una primera cuestión que hay que poner de manifiesto es que no parece haberse planteado la pregunta de si el concepto de reincidencia aplicable a las personas jurídicas es el concepto legal que se aplica a las personas físicas o, por el contrario, aun llevando un *nomen iuris* erróneo pudiera tratarse, en realidad, a un concepto más próximo a la reiteración delictiva. Esta pregunta se tiene que plantear si se quiere hacer un examen exhaustivo de los criterios de determinación de las penas privativas de derechos previstas para el caso de las personas jurídicas. Otra razón por la que hay que formular dicho interrogante, es que en la 2ª regla del artículo 66 bis CP, al formular el criterio específico de determinación de la pena sólo se menciona que la persona jurídica sea reincidente, pero sin que se ofrezca ninguna concreción más. Por último, creo que es razonable que uno se plantee esta pregunta cuando para el caso de la persona jurídica no se han previsto agravantes y, sin embargo, se utiliza como criterio la reincidencia que sí lo es.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

A pesar de las reservas que he formulado, cierto es que el término «reincidencia» utilizado por el artículo 66 bis no puede tener otro contenido que el que se establece en el artículo 22. 8ª CP. Me refiero a contenido y no a los efectos, porque estos últimos, para el caso de las personas jurídicas, son los del propio artículo 66 bis, es decir, la posibilidad de que la pena interdictiva se aplique con una duración superior a dos años. Sin embargo, tienen que quedar apuntados los motivos que llevan a entender que el artículo 66 bis hace referencia al concepto de reincidencia que el que establece el citado 22.8ª. Creo que el argumento más poderoso que respalda esta interpretación es la remisión expresa a la regla 5ª del artículo 66 CP. Claro que dicha regla 5ª del artículo 66 describe la multirreincidencia y añade algún aspecto diferente a valorar, pero también recoge la propia definición legal de reincidencia que encontramos en el artículo 22.8ª.

Si para el caso de la imposición de la pena establecida en la letra e) o f) del art. 33.7 del CP se utiliza el mismo concepto de multirreincidencia que el utilizado para las personas físicas, no tendría sentido no utilizar el mismo concepto de reincidencia.

2.2.2. Los requisitos de la reincidencia

Si se va a aplicar el concepto de reincidencia, definido en los términos del artículo 22. 8ª, al caso de las personas jurídicas hay que hacer un mínimo acercamiento a los requisitos que se tienen que dar para apreciar tal circunstancia, con el objetivo de comprobar si dicha figura encaja con el nuevo sujeto del Derecho penal. Recordemos que según el CP *«hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código siempre que sea de la misma naturaleza»*.

Como el objetivo de este estudio no es el de resolver los problemas que desde antaño se plantean en relación con la reincidencia, sino ver si es posible trasladar esta figura al caso de las personas jurídicas, me voy a detener sólo en aquellos requisitos que planteen dificultades cuando se trata de este tipo de entes.

La primera dificultad que aparece es una que nunca se ha dado en relación con la persona física o, al menos, no en los mismos términos que se va a plantear en el caso de

las personas jurídicas y es la interpretación del término «delinquir»²²⁰. Este primer requisito lleva, nuevamente, al debate sobre la acción de la persona jurídica: sin embargo, como se ha tratado dicho tema aquí me quiero limitar a decir lo siguiente. No cabe ninguna duda que «delinquir» en el caso de las personas jurídicas se tiene que entender en los términos del artículo 31 bis CP. Por lo tanto, desde el punto de vista de las personas jurídicas delinquir se tiene que entender como la comisión de un delito en su seno por parte de alguna de las personas físicas comprendidas en las letras a) y b) del mencionado artículo 31 bis.

La observación anterior obliga hacer una concreción más y es que a los efectos de apreciar la reincidencia de la persona jurídica sólo interesa la comisión de un delito por parte de una persona física con independencia de cuál es la circunstancia subjetiva que pueda concurrir en la mismas. Dicho de otra manera, para la apreciación de la reincidencia de la persona jurídica es indiferente si la persona física ha delinquirido anteriormente. Todo lo afirmado es lógica consecuencia del artículo 31 ter CP que, a priori, diferencia claramente las circunstancias modificativas de la persona física que ha cometido el delito y las circunstancias de la persona jurídica que es responsable por la realización en su seno del hecho delictivo.

Con lo expuesto hasta el momento se puede observar que hay una primera diferencia entre lo que sería la reincidencia de la persona física y la jurídica.

En relación con la culpabilidad, tema también detenidamente analizado desde el punto de vista doctrinal, seguirán subsistiendo los mismos problemas que los que se pusieron en su momento de manifiesto. Aquí no voy a entrar nuevamente en los intensos debates generados en torno a la culpabilidad de la persona jurídica pero sí que quiero apuntar que sería deseable que la legislación positiva ajustara algo más el concepto a las peculiaridades de la culpabilidad de la persona jurídica.

Por lo que respecta la condena ejecutoria, aunque en un primer momento la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no había ido acompañada por una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al poco tiempo se aprobó la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal que

²²⁰ MIR PUIG, S. *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10, 14º, 10, 15º, 61, 6º y 516, 3º*, Bosch, Casa Editorial S.A., 1974, obra en la que dedica un capítulo entero a analizar el contenido del término delinquir.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

solventó en gran parte esta problemática. El mismo año se aprobó el Real Decreto 1611/2011 por el que se modifica el Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, que modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero para que se pueda proceder a la inscripción de las condenas penales de las personas jurídicas.

Por lo tanto, se han previsto todos los instrumentos normativos para que se puedan tener registradas las condenas de las personas jurídicas. No obstante, habrá grandes diferencias entre la situación de la persona jurídica y la persona física debido a las previsiones del propio Código Penal. El plazo de cancelación de antecedentes va a ser distinto en cada uno de los casos, todo ello motivado por el hecho de que las penas de las personas jurídicas, de acuerdo con el artículo 33.7 siempre tendrán la consideración de graves. A los efectos ahora estudiados y de acuerdo con el artículo 136 CP las personas jurídicas solo podrán cancelar sus antecedentes a los diez años. Aquí se puede hacer la observación de que para el caso de las personas jurídicas las probabilidades de que se aprecie la reincidencia aumentan precisamente por ser mucho más amplio el periodo que tiene que transcurrir hasta que pueda cancelar sus antecedentes penales.

Por lo que se refiere al elemento que conforma el criterio formal de la reincidencia, es decir, el delito que sea del mismo título, y el criterio material, que se trate de la misma naturaleza, los problemas no son distintos a los que se han planteado y se siguen planteando en relación con las personas físicas.

2.2.3. La falta de consenso doctrinal sobre el fundamento de la reincidencia de las personas físicas

El fundamento de la reincidencia ha sido un aspecto muy estudiado y debatido, sin embargo, nunca se ha llegado a un amplio consenso doctrinal en esta materia lo que implica que se pueden encontrar multitud de tesis al respecto. Por no constituir el objeto de este trabajo el análisis exhaustivo de la reincidencia, solamente me voy a detener en algunas tesis que han intentado ofrecer un fundamento.

Una primera propuesta de fundamentar la reincidencia es la realizada por MIR PUIG, que considera que el motivo de la agravación de la pena se encuentra en una mayor gravedad del injusto. Considera que el «rebelde» desprecio hacia los bienes

jurídicos lesionados o puesto en peligro se añade al injusto en cuestión²²¹. En definitiva, considera el citado autor que la reincidencia es una causa de agravación del injusto²²².

No voy a hacer, ni en relación con la tesis antes mencionada, ni en relación con las otras a las que haré referencia, consideraciones críticas sino simplemente me voy a limitar a ver si se podría adecuar al caso de la persona jurídica. La propuesta de MIR PUIG parte de unas valoraciones predicables única y exclusivamente de la persona física.

Otras propuestas, como la del profesor CEREZO MIR, determinan que la reincidencia implica una mayor culpabilidad²²³. Además, considera que, en ocasiones, hasta se puede ver una actitud de rebeldía frente al ordenamiento jurídico y eso a pesar de haber estado sometido el reo a un tratamiento de resocialización.

La mayor peligrosidad del sujeto es una opción más que se ha defendido como fundamento de la reincidencia. ROIG TORRES es una de las autoras que apunta dicha peligrosidad como posible fundamento de la reincidencia y descarta por completo el de mayor gravedad del injusto o de la culpabilidad del reo²²⁴. Si se tiene en cuenta la orientación de los criterios de imposición de las penas susceptibles de imponer a las personas jurídicas y también el análisis que han hecho algunos autores sobre los fines de estas parece que la peligrosidad, como fundamento de la reincidencia, es el que menores dificultades crearía cuando esta circunstancia se pone en relación con las personas jurídicas.

La idea de la peligrosidad ocupa el centro incluso en aquellas tesis que se muestran favorables a suprimir la reincidencia. Por ejemplo, MONGE FERNÁNDEZ

²²¹ MIR PUIG, S. *La reincidencia en el...op. cit.*, p. 533 «*El injusto del hecho reincidente es más grave sólo porque al contenido del específico injusto de que se trate se añade el rebelde desprecio de los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, expresado a través del desprecio, por obra del nuevo hecho, del significado de la condena anterior, en cuanto concreta y persona experiencia -como sujeto pasivo-del reproche jurídico-penal*».

²²² Vid. MARTIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B. *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada, 1999, p. 198 que se pronuncia en el mismo sentido, el que la agravación de la pena se debe justificar en una mayor gravedad del hecho.

²²³ CEREZO MIR, J. *Derecho Penal Parte general-Lecciones 2ª edición*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2ª ed., 2000, p.150.

²²⁴ ROIG TORRES, M. «La reforma del Código Penal en materia de reiteración delictiva» en *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia* ORTS BERENGUER (Dir.), ALONSO RIMO A. (Coord.), ROIG TORRES (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, p. 365 «*Al igual que apuntábamos respecto a la agravante de reincidencia, la reiteración de delitos de la misma naturaleza denota una mayor peligrosidad del autor y, por ende, un aumento de las probabilidades de comisión de hechos delictivos en el futuro, de suerte que se permite imponer una pena más grave con miras a la prevención de esos hipotéticos actos*».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

considera, en relación con la reincidencia de las personas físicas, que habría que suprimirla y sustituirla por una *«medida de seguridad incoizadora»*²²⁵.

2.2.4. Las sombras de duda sobre su constitucionalidad

Con un debate doctrinal tan intenso y con propuestas tan alejadas unas de otras, la aplicación práctica de reincidencia iba a ser, inevitablemente, igual de controvertida. Por esto mismo tanto el Tribunal Supremo, en un primer momento, como el Tribunal Constitucional, tuvieron oportunidad de pronunciarse sobre esta polémica figura de nuestro Derecho Penal.

El pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta materia se materializó en la muy conocida STS de 6 de abril de 1990, resolución en la cual se intentó restringir la aplicación de esta agravante, indicando que se debía evitar su apreciación automática. Básicamente lo que interpretaba el TS en aquel momento era que la agravante se podía contemplar sólo cuando no se superaba la gravedad de la culpabilidad por el hecho²²⁶.

No obstante, fue la relevante Sentencia del Tribunal Constitucional 150/1991, de 4 de julio, la que puso fin a las dudas sobre la constitucionalidad de la reincidencia, al menos en el plano práctico. Al haber sido esta esta resolución analizada en numerosas ocasiones y citada y por no desviarme demasiado del objetivo de este trabajo, simplemente voy a hacer una referencia sucinta a alguno de los problemas que se le han planteado al Tribunal Constitucional y la solución que ha dado a cada uno de ellos.

En el fundamento jurídico 4º el Tribunal Constitucional se pronuncia en relación con tres cuestiones. En primer lugar, recuerda que, si bien es cierto que el principio de culpabilidad es el principio básico del Derecho penal, este no ha sido definido de

²²⁵ MONGE FERNÁNDEZ, A. *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 138: «Por todo lo expuesto, la agravante de reincidencia constituye a mi juicio, un grave quebranto de los principios inspiradores del Derecho penal de la culpabilidad, resultando además poco adecuado como instrumento de la Política Criminal, si tenemos en cuenta que la reincidencia supone un estrepitoso fracaso de los efectos preventivos de la pena. [...] Por consiguiente, lo más adecuado a tal fin no consiste en aumentar la cantidad de pena, dado el fracaso de la sanción retributiva, sino antes bien recurrir a una consecuencia jurídica de naturaleza distinta, a mi juicio, una medida de seguridad incoizadora».

²²⁶ Ver FJ 1º de la STS de 6 de abril de 1990 «Los Tribunales solo deberán agravar la pena por razón de reincidencia hasta un límite que no supere la gravedad de la culpabilidad y sin atender al art. 61.2 CP cuando la pena determinada por la reincidencia supere dicho límite».

determinada manera en la Carta Magna. En relación con los fines de la pena se pone de manifiesto que la prevención especial no es la única finalidad de la pena, sino que, como es sabido, hay otras, pero el texto constitucional no se inclina a dar preferencia a alguna de ellas. Por último, no se aprecia una violación del principio de proporcionalidad de la pena dado que *«no cabe extraer, en todo caso y necesariamente, de la apreciación de la circunstancia agravante de reincidencia, ya que ésta ha de ser tenida en cuenta por los Tribunales únicamente dentro de unos límites fijados por cada tipo penal concreto y su respectiva sanción: es decir, para determinar el grado de imposición de la pena y, dentro de los límites de cada grado, la extensión de la pena»*.

El fundamento jurídico noveno de la mencionada sentencia se dedica a resolver el interrogante de si, con la reincidencia se estaría ante una vulneración del principio *non bis in ídem*. En relación con este asunto, el Tribunal Constitucional considera que con esta agravante no se castigan hechos ya sancionados anteriormente, sino que estos simplemente se tienen en cuenta a los efectos de determinar la extensión de la pena a imponer.

A parte de estos aspectos analizados y argumentados en los términos antes expuestos, en la sentencia se da respuesta a otras cuestiones. Así, no se considera que con reincidencia se imponga una pena degradante; no hay violación de principio de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad; tampoco se viola la presunción de la inocencia y la tutela judicial efectiva. En todo caso, la resolución ahora analizada no consiguió apaciguar los debates doctrinales o se podría decir que no convenció demasiado a la doctrina penal.

Se esté más o menos de acuerdo con los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional, lo cierto es que su visto bueno ha servido para que en el Código Penal siga estando presente dicha circunstancia.

2.2.5. Particularidades del régimen de la reincidencia de las personas jurídicas: con especial referencia a la reincidencia internacional

Junto a lo que ya he puesto de manifiesto en relación con el fundamento de la reincidencia y su ajuste al caso de las personas jurídicas es necesario hacer referencia a otras particularidades del régimen de reincidencia aplicable a este tipo de sujetos.

En primer lugar, es evidente que la reincidencia a la que se refiere el artículo 66 bis CP se aplica de manera distinta que en el caso de las personas físicas. En el caso de las personas físicas es obligatoria su apreciación como agravante, mientras que, en el caso de las personas jurídicas, ésta puede ser apreciada o no dado que el precepto que regula las reglas de determinación ofrece un criterio alternativo que es el de la instrumentalización del ente. Por otro lado, los efectos en la determinación de la pena a imponer también son distintos. Cuando se trata de la persona física, de concurrir la circunstancia agravante de la reincidencia, de acuerdo con el artículo 66. 3ª CP, se tendrá que aplicar la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito. En cambio, en el caso de las penas interdictivas, que ya de por sí son en la mayoría de los casos, de aplicación potestativa, la concurrencia de la reincidencia ni se tiene que apreciar ni tiene que aplicarse obligatoriamente alguna de las penas del art 33.7 con una duración superior a dos años.

Esta forma tan distinta del régimen de aplicación de la reincidencia de las personas jurídicas es debida, en mi opinión, a la prevalencia de los criterios de imposición de las penas privativas de derechos sobre cualquier otra valoración. Se puede dar la hipótesis de que concurren todos los elementos de la reincidencia, pero, en atención a los criterios de imposición que, recordemos, funcionan también como criterios de extensión, no se imponga una pena interdictiva superior a dos años. Esta hipótesis se puede dar o bien por lo que acabo de mencionar, en razón de los criterios de la regla 1ª del 66 bis o bien porque se emplee el criterio de la instrumentalización de la persona jurídica. En definitiva, lo que hay que destacar es el carácter discrecional con el que el juez puede apreciar esta circunstancia. El mismo carácter discrecional aparece a la hora de tomarla en cuenta para aumentar la duración de la pena interdictiva.

Otra particularidad del régimen aplicable a las personas jurídicas deriva de la propia naturaleza que ostenta este tipo de sujetos, es decir, el que no sea una persona humana. Esta particularidad hay que ponerla en relación con la reincidencia internacional. Sin olvidar lo expuesto en relación con el carácter discrecional del juez en el momento de apreciar esta circunstancia o de otorgarle efectos, creo que es necesario hacer referencia a la posibilidad que éste tiene de tomar en consideración las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea.

La posibilidad de apreciar esta reincidencia internacional, limitada por poder tener en consideración de manera general solo condenas de Estados Miembros, se introdujo en nuestro Código Penal con la reforma del año 2015. Aunque a primera vista parece que es un instrumento muy útil o incluso pensado para las personas jurídicas transnacionales, cierto es que queda por comprobar su efectividad. Cabe preguntarse qué probabilidades hay de que se aprecie la reincidencia internacional (europea) en el caso de las personas jurídicas. En mi opinión, esta posibilidad se queda casi en lo teórico por dos grandes razones. La primera de ellas es el dispar régimen de reconocimiento de la personalidad jurídica que existen entre los distintos Estados Miembros²²⁷. La segunda razón, incluso con más peso que la anterior, es la distinta configuración o, a veces, la falta de reconocimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas en los demás países de nuestro entorno.

2.3. La multirreincidencia

Muchos de los problemas, por no decir todos, que la doctrina ha puesto de manifiesto en relación con la reincidencia se trasladan a la versión cualificada de la mencionada circunstancia agravante. Por su parte, las reflexiones y planteamientos que han surgido cuando se ha puesto la figura de la reincidencia en relación con el caso de las personas jurídicas sirven para el caso de la multirreincidencia. Por lo tanto, seguimos estando ante un régimen bien distinto cuando se trata de personas físicas y cuando estamos ante personas jurídicas.

Centrando el tema exclusivamente en la operatividad de este criterio, hay que recordar que la multirreincidencia sirve para imponer una pena interdictiva superior a cinco años y también para la imposición de las de carácter permanente. Esta multifuncionalidad implica necesariamente una graduación de este criterio para que se puedan aplicar.

La multirreincidencia se tiene que entender en los términos de la regla 5ª del apartado 1 del artículo 66 del CP, es decir que esta circunstancia se aprecia cuando se ha condenado por, al menos, tres delitos comprendidos en el mismo título del código y que sean de la misma naturaleza. Esta condición, en su expresión básica no puede servir

²²⁷ Vid. GARCÍA MOSQUERA M. «La personalidad jurídica de empresas transnacionales como requisito de la responsabilidad penal del art 31 bis CP. Consideraciones en el contexto de la Unión Europea», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII (2013), pp. 321-368, dónde hace un amplio estudio sobre el reconocimiento de la personalidad jurídica de entes transnacionales.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

tanto para una pena superior a cinco años como una de carácter permanente como es la disolución. En mi opinión, para que se pueda imponer, en base a este criterio, por ejemplo, la prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito con carácter permanente, la multirreincidencia debería ser mucho más agravada que en el caso de imponer esta misma pena con una duración superior a cinco años. Esto es, para la imposición de la pena de la letra e) del artículo 33.7 con carácter permanente, en base a este criterio, se debería dar la circunstancia de que se hayan cometido más de tres delitos. Ahora bien, ¿dónde ponemos el límite mínimo? ¿Cuántos delitos se deberían cometer para apreciar que es suficiente para decidir que la multirreincidencia se pueda utilizar como criterio para la imposición de una pena interdictiva de carácter permanente? Encontrar una respuesta a este interrogante solo se puede hacer teniendo en cuenta los criterios generales, aunque no se va a asegurar una respuesta clara, debido a la excesiva amplitud de dichos criterios.

Incluso toda la explicación que he dado en relación con la multirreincidencia y su carácter multifuncional se podría rebatir si se hace desde una interpretación exclusivamente literal del artículo 66 bis, llevando a la conclusión de que no se debería hacer tal graduación de los criterios. Si esta fuera la interpretación aceptada, es cuanto menos criticable que el legislador utilice el mismo criterio para la aplicación de consecuencias diferentes desde el punto de vista de la duración.

Este mismo problema se plantea también en relación con la instrumentalización de la persona jurídica, pero la labor interpretativa va a ser mucho más difícil al no contar con elementos objetivos que se pueden encontrar en el caso de la multirreincidencia, es decir, un determinado número de condenas.

2.4. La difícil concreción del concepto de instrumentalización de la persona jurídica

Como advertía líneas arriba este concepto necesita una graduación ya que se emplea para la determinación de distintas franjas de duración de las penas interdictivas e incluso para la imposición de este tipo de penas con carácter permanente, como en el caso de la disolución y la prohibición de realizar actividades (con carácter permanente). Para que se pueda hacer tal graduación es necesario concretar este criterio. No obstante, antes de proceder a ello hay que dejar claro que los intentos de concretar este criterio que voy a proponer no aspiran a convertirse en soluciones que se puedan llevar a la

práctica, sino que tienen por objetivo constituir unas reducciones al absurdo para que se destaque la gran dificultad, por no decir imposibilidad, de llevar a cabo esta labor.

En primer lugar, hay que reflexionar sobre qué significa instrumentalización o utilizar instrumentalmente a una persona jurídica. En términos absolutos este concepto implica que la persona jurídica es un mero instrumento o medio para que la persona física pueda delinquir. El caso más claro es el de las llamadas sociedades pantalla o fachada. Sin embargo, no es éste el caso al que hace referencia el artículo 66 bis. El Tribunal Supremo se ha pronunciado claramente sobre este aspecto en la sentencia 154/2016 dónde, como ya se expuesto, tras acoger la posición de la Fiscalía General del Estado respecto de los entes imputables y no imputables²²⁸, afirma que, en un caso como este, lo aplicable no es la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que la persona jurídica es inimputable, por lo que procede la aplicación de la figura del decomiso²²⁹. Por lo tanto, un primer paso para acercarnos al concepto de instrumentalidad es delimitándolo negativamente y decir que no se trata del caso extremo de las sociedades pantalla. Dicho al revés, para que sea procedente aplicar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, en consecuencia, imponer una pena interdictiva, apoyándose en la observancia del artículo 66 bis, en concreto el

²²⁸ Ver Circular 1/2016 de la FGE, p. 28 «Desde el punto de vista de su responsabilidad organizativa surgirían así tres categorías de personas jurídicas: 1. Aquellas que operan con normalidad en el mercado y a las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis. Mejor o peor organizadas, son penalmente imputables.

2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Como se advierte en el citado auto, “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo.” [...] A ellas se refiere la regla 2ª del art. 66 bis como las utilizadas “instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. [...] Finalmente solo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas sociedades cuyo “carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos” (auto de 19 de mayo de 2014, cit.)».

²²⁹ Ver STS 154/2016 FJ Decimotercero « Interpretación del artículo 66 bis del Código Penal que, por otra parte, debiera considerarse en el futuro rechazable pues la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del art. 129 CP, que contemplaba la aplicación de semejante “consecuencia accesoría” a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento.».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

criterio ahora analizado, es necesario que la persona jurídica tenga un mínimo de organización y mínimo de actividad.

Esta primera delimitación hecha por el Tribunal Supremo y la Fiscalía General acota en gran parte la problemática, pero como es evidente, no la resuelve. Por su parte, el legislador, en un intento de dar pautas para apreciar este criterio, considera que se da una situación de instrumentalización de la persona jurídica cuando su actividad legal es menor que la actividad ilegal. Sin embargo, estas pautas, por su ambigüedad y falta de concreción crean más dudas de las que resuelven y que a continuación procedo a exponer.

Para realizar la comparativa entre actividad legal e ilegal hay que hacer un cómputo global de toda la actividad de la persona jurídica. La formulación tan general parece llevar a la conclusión de que el juzgador tiene que computar no solo la actividad ilegal que se ha descubierto y se ha juzgado en el proceso que da lugar a la declaración de responsabilidad penal de la persona jurídica y la consecuente aplicación de la pena, sino que también a aquella actividad ilegal que no se conoce hasta el momento. ¿Está obligado el juez a hacer una especie de auditoria o de investigación prospectiva para hacer la comparativa entre los dos tipos de actividades? De ser esta la interpretación, la solución es, cuanto menos, poco razonable. Algo mucho más adecuado hubiera sido especificar en relación con la actividad ilegal que se tiene que tratar de la conocida en el proceso. Por poner un ejemplo, si se ha cometido una defraudación tributaria ver qué porcentaje supone respecto de la actividad legal. En todo caso hay que recordar que la hipótesis propuesta en estas líneas no tiene aspiración de convertirse en solución, sino que el fin es poner de manifiesto una primera problemática que plantea la pauta dada por el legislador.

Otro de los aspectos problemáticos de la operación que nos conmina el legislador hacer es que no se dice nada respecto del momento al que va referida esta condición de instrumentalización, aunque, seguramente ni se lo ha planteado. Dicho de otra manera, para observar que la actividad legal es menos relevante que la actividad ilegal ¿tomamos en cuenta la actividad que ha desempeñado la persona jurídica a lo largo de toda su existencia, en el momento de la comisión de los hechos delictivos, en el momento de la imposición de la pena? Esta última pregunta está condicionada por la anterior cuestión a la que hice referencia, es decir ¿tomamos en cuenta la actividad

ilegal juzgada en el proceso, la que va referida al momento de la comisión de los hechos delictivos o hay que fijarse a la actividad ilegal que no se ha conocido hasta el momento, que podría comprender una franja tan amplia como la propia existencia del ente en cuestión?

Aun poniéndonos en la hipótesis de que hemos encontrado unas soluciones razonables a las preguntas planteadas anteriormente, restaría ver qué fórmula hay utilizar para comprar la actividad legal con la ilegal. ¿En qué elementos de la persona jurídica nos tenemos que detener para valorarlos y, posteriormente computarlos como actividad legal o ilegal? ¿Hay una fórmula que sea válida para todo tipo de entes y para todos los tipos delictivos?

Para intentar acercarnos, en la medida de lo posible a una propuesta de cómo valorar qué es la actividad legal y la ilegal, para después comparar los dos conceptos tenemos que partir de la siguiente premisa. En muchas ocasiones la actividad legal, a la que podemos observar a través de la contabilidad o incluso a través de los medios materiales y recursos humanos dedicados a ella se ve falseada precisamente por servir de tapadera para la actividad ilegal que se esté llevando a cabo en la sociedad o empresa de que se trate. Por lo tanto, un primer paso para intentar proceder a hacer la comparación es depurar de lo que se nos presenta como actividad legal aquello que en realidad no lo es. Aquí aparece, una vez más, lo que antes ponía de manifiesto: el juez en un determinado proceso tiene conocimiento solo de aquello que ha juzgado, pero esto no implica, necesariamente que se haya descubierto toda la actividad ilegal.

La otra premisa que hay que tener en cuenta a la hora de hacer esta operación constituye la otra cara de lo expuesto anteriormente. Es decir, la actividad ilegal no está recogida de manera transparente y ordenada en la contabilidad de la sociedad o empresa.

Con las observaciones hechas hasta ahora voy a intentar reflexionar sobre alguna posible fórmula de determinar la instrumentalidad de la persona jurídica. Un primer y lógico intento es fijarnos en la cifra de negocio, para el caso de que se trate de una empresa. Por lo tanto, hay que ver la contabilidad y ver los ingresos totales, lo que aparentemente supondría un fiel reflejo de la actividad legal de dicha empresa. Sin embargo, de esta cifra total de ingresos habrá que deducir aquellos beneficios que le

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

haya podido reportar la actividad ilegal descubierta y el resultado de dicha operación será la actividad legal real. Esta magnitud tendrá que ponerse en comparación con los beneficios que le hayan reportado la comisión de delitos en su seno.

Esta fórmula adolece de muchos problemas y no sirve en todos los casos por las siguientes razones: No siempre es fácil saber qué es lo que se puede valorar como beneficio de la actividad ilegal. Por ejemplo, si una gran constructora financia ilegalmente un partido político y también se comete algún delito de cohecho, llegando la cuantía total de lo «invertido» a 2.000.000 €, pero obtiene un contrato de obra pública de 15.000.000 € y procede a realizar dicha obra de manera legal ¿habrá que computar la cuantía del contrato en la actividad ilegal o la legal? Aunque el contrato ha sido amañado, lo que se le paga a la constructora, por parte de la Administración Pública es en función de lo que ejecuta de la obra. Pero iniciada la ejecución de contrato se produce un sobrecoste injustificado y totalmente fraudulento de 3.000.000€ más, parece más claro que esta última cifra se compute en la actividad ilegal junto con la «inversión» inicial de 2.000.000 €. Por lo tanto, damos un paso más y consideramos que en el cómputo de la actividad ilegal no se tome en cuenta sólo el beneficio, sino también los costes ya que es un indicativo más de que la empresa se utiliza instrumentalmente. La inclusión de los costes es una manera de valorar hasta dónde van los esfuerzos para que la persona jurídica sea una plataforma o medio facilitador de la actividad delictiva.

Lo que acabamos de decir se podría criticar por el hecho de que valoraríamos de manera diferente lo que es la actividad legal (donde deducimos los costes para llegar al resultado final) y lo que es actividad ilegal, donde computamos también los costes. Precisamente para que no se dé esta situación, proponemos que se compute no sólo los resultados finales, sino también los costes y los medios dedicados a un tipo u otro de actividad, ya que esta visión de conjunto, en nuestra opinión, podría dar una imagen más fiel de qué parte de la empresa o de la persona jurídica se utiliza para la actividad delictiva y cuál no.

Esta fórmula tampoco resuelve completamente el problema, ya que normalmente no hay una separación clara entre los medios que se dedican a la actividad legal y los que se dedican a la actividad ilegal. Se da la misma situación que en el caso de los beneficios o los resultados, es decir que lo que es legal es medio o tapadera de lo ilegal. Un ejemplo sencillo es una nave de una empresa distribuidora donde se guarda

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

mercancía legal que se va a repartir, pero también fardos de droga. Dicha nave industrial es valorada en 300.000 €. ¿Qué computamos a la actividad legal y qué no? Inventar una fórmula de reparto equitativo creo que iría en contra del principio de legalidad; hay que valorar exactamente lo que es ilegal y lo que no lo es; no se pueden hacer presunciones o estimaciones. En este caso ¿calculamos el valor que tiene la droga y la ponemos en comparación con el valor de la mercancía legal? ¿Vemos qué superficie de la nave se dedica a la actividad ilegal y cuál a la legal, para posteriormente proceder a convertir en términos económicos dicha actividad partiendo del valor de la nave?

Por último, cabe preguntarse si hay que desarrollar una fórmula que contemple cada uno de los tipos delictivos, es decir que la atención quede exclusivamente centrada en lo defraudado, lo estafado etc. y comparar dicha cantidad con la actividad aparentemente legal. Sin embargo, nos encontramos con problemas ya puestos de manifiesto. Si una empresa tiene como cifra de negocio antes de impuestos 10.000.000€ y tiene que tributar un 20% pero solo tributa un 16% entonces habrá defraudado unos 400.000€. ¿Ponemos esta cantidad en relación con la cifra de negocio? ¿Acaso no cabe el riesgo de que esos 10.000.000 € no constituyan únicamente resultado de actividad legal?

Tal como advertía al inicio de la exposición, las hipótesis planteadas se han hecho a modo de reducción al absurdo con el objetivo de poner de manifiesto que las pautas ofrecidas por el legislador para determinar que una persona jurídica es utilizada instrumentalmente son insuficientes para poder concretar el criterio de la instrumentalidad.

Si tenemos en cuenta que este es un criterio alternativo al de la reincidencia o multirreincidencia, creo que cada vez que sea posible, se intentará recurrir a estas antes que a la instrumentalización de la persona jurídica.

E. Las excepciones del sistema de penas facultativas y su ajuste a las normas de determinación

1. Introducción

Todo el análisis realizado hasta este punto ha sido referido a las penas privativas de derechos de imposición potestativa. Sin embargo, hay determinadas penas interdictivas que se prevén con carácter obligatorio. Un análisis completo y exhaustivo de las reglas de determinación de las penas interdictivas obliga a acercarse a estas excepciones, identificándolas, para después proceder a comprobar qué reglas de determinación se les aplica.

2. Las excepciones contenidas en el Código Penal

2.1. La previsión del artículo 424 CP

La primera excepción o el primer supuesto donde se puede encontrar el establecimiento de una pena privativa de derechos de imposición obligatoria es en el artículo 424 del CP²³⁰. Antes de entrar en el análisis de alguno de los problemas que plantea, quiero hacer alguna referencia a las modificaciones que ha sufrido. El precepto ahora analizado se ve modificado con la reforma de la LO 5/2010 momento en el que se le añade dos párrafos. En el tercer párrafo se establecía que cuando la actuación constitutiva de un delito de cohecho estuviere relacionada con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por la Administración Pública se impondría al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización que representare *«la pena de 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 fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de tres a siete años.»* En el mismo año y a través de la misma reforma, en el artículo 427 del CP se establecía expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas para este tipo de delitos, así como las correspondientes penas.

²³⁰ Cfr. Art. 424.3 del CP *«Artículo 424. 3. 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, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de 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 fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.»*

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

Con la reforma del año 2015 el artículo 424 mantiene la misma redacción con la salvedad de que la pena interdictiva se establece por un tiempo de 5 a 10 años. Por lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ésta se mantiene para los delitos de cohecho, pero pasan a regularse en un nuevo artículo, concretamente, en el 427 bis. Por lo tanto, la regulación sigue siendo esencialmente la misma lo que significa que las críticas vertidas en aquel momento sobre esta normativa no han perdido su vigencia.

Como se verá a continuación, las críticas a las que hice referencia antes van dirigidas, precisamente, a la pena establecida en el artículo 424 CP. Para poder seguir manteniendo la interpretación de que dicha consecuencia es un caso claro en el que se establece una pena interdictiva de carácter obligatorio, me veo en la necesidad de, en primer lugar, analizar el argumentario que sustenta el razonamiento contrario a tal posición.

Una de las primeras críticas en relación con la previsión del artículo 424 viene por parte de GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y JUANES PECES, que consideran que el precepto podría ser calificado como inconstitucional por las siguientes razones²³¹. En primer lugar, consideran que hay una vulneración del principio de culpabilidad al establecerse una pena para la persona jurídica, pero sin que, según ellos, se le aplique a la misma los criterios de imputación previstos en el artículo 31 bis CP y tampoco los criterios de determinación del art. 66 bis CP. Otra de las razones que dan los autores para hacer tal calificación es la vulneración del principio de legalidad al considerar que se está ante una normativa incierta. Esta falta de certeza se aprecia en la contradicción interna de la normativa al no establecerse para el caso de la consecuencia del artículo 424 ni requisitos de imputación ni normas de determinación, mientras que en el artículo 427²³², precepto que forma parte del mismo capítulo, sí que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, esta vez sí, con expresa mención a los criterios de imputación y de determinación. En definitiva, los autores citados consideraban en aquel entonces, y al no cambiar sustancialmente la regulación siguen considerando hoy, que el

²³¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, A. «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor», *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010, p. 5.

²³² Los mencionados autores formularon su crítica ya en el año 2010 cuando la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, para estos delitos, se encontraba en el artículo 427. Recordemos que hoy por hoy la misma regulación se encuentra en el artículo 427 bis.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

artículo 424 CP establece una responsabilidad accesoria automática. Además, hay que resaltar que los autores mantienen estas mismas ideas también respecto del artículo 262 CP²³³, precepto que prevé la imposición a la «empresa» de una consecuencia parecida pero no igual a la que se establece en el artículo 424 CP.

MANZANARES SAMANIEGO es otro de los autores que encuentra inconvenientes en relación con la pena prevista en el artículo 424 CP. Una de las primeras observaciones va referida a la estructura que se suele seguir cuando se quiere establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es decir, primero se hace alusión a los presupuestos necesarios para que se pueda declarar dicha responsabilidad y, acto seguido, se establece una pena de multa de imposición obligatoria y también se deja la posibilidad de que se acuda de manera potestativa a las penas interdictivas. Otra de las críticas que hace es la disfuncionalidad que se produce al tener carácter imperativo la inhabilitación del artículo 424, mientras que esa misma inhabilitación tiene carácter facultativo en el artículo 427. En dicho artículo 427, que va referido al mismo capítulo del que forma parte el art 424, no se excluye la letra f) al hacer referencia a las penas interdictivas de imposición potestativa del artículo 33 del CP. Por último, MANZANARES SAMANIEGO pone de manifiesto que la pena prevista en el artículo 424 no coincide del todo con la formulación dada por el artículo 33.7 letra f) aunque sí que tienen el mismo sentido²³⁴.

A pesar de existir críticas como las que acabamos de exponer, no ha faltado quien ha considerado que la consecuencia prevista en el artículo 424 es una pena interdictiva susceptible de imponer a la persona jurídica, pero no como un elemento solitario fuera del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino como

²³³ Cfr. Art. 262 del CP en su redacción vigente que no sufrió modificación alguna desde el año 2003: «Artículo 262. 1. Los que solicitaren dádivas o promesas para no tomar parte en un concurso o subasta pública ; los que intentaren alejar de ella a los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas o cualquier otro artificio ; los que se concertaren entre sí con el fin de alterar el precio del remate, o los que fraudulentamente quebraren o abandonaren la subasta habiendo obtenido la adjudicación, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de 12 a 24 meses, así como inhabilitación especial para licitar en subastas judiciales entre tres y cinco años. Si se **tratare de un concurso o subasta convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá además al agente y a la persona o empresa por él representada la pena de inhabilitación especial que comprenderá, en todo caso, el derecho a contratar con las Administraciones públicas por un período de tres a cinco años.** 2. El juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades».

²³⁴ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. «Algunos defectos puntuales, por activa y por pasiva, de la Ley Orgánica 5/2010», *Diario La Ley*, núm. 7534, 2010, p. 11.

un aspecto perteneciente al mismo. DE LA MATA BARRANCO, sostiene que la pena prevista en el artículo 424 constituye una cláusula específica de inhabilitación y que a la persona jurídica que sea declarada responsable penalmente vía artículo 427 bis se le aplicará dicha inhabilitación específica (la del art 424), quedando excluida la aplicación de la letra f) del artículo 33.7 CP²³⁵.

Vistas las opiniones doctrinales contrarias y favorables a la idea de considerar la consecuencia del artículo 424.3 del CP como una pena interdictiva perteneciente al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídica, resta por presentar mi propio argumentario en relación con la cuestión. Tal como he mantenido líneas arriba considero que la consecuencia del artículo 424.3 del CP es una pena interdictiva de imposición obligatoria. Concretando la idea considero que dicha pena no es una consecuencia que se encuentre fuera del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que es la pena de la letra f) del artículo 33.7 CP impuesta, esta vez, de manera obligatoria.

En relación con las observaciones hechas por los autores GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y JUANES PECES, que afirman que el artículo 424 establece una pena para la persona jurídica sin incluirse los criterios de imputación, hay que decir que en realidad sí que se incluyen dichos criterios y ello por la siguiente razón. Aunque es cierto que el 424 CP no menciona nada acerca de los criterios contenidos en el artículo 31 bis, esto no constituye un problema porque está incluido en el capítulo al que hace referencia el artículo 427 bis, donde sí se hace referencia expresa a los criterios de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Dicho de otra manera, la regulación contenida en el 424.3 CP está bajo el paraguas del artículo 427 bis que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas para este tipo de delitos.

²³⁵ DE LA MATA BARRANCO, N.J. «Tipos penales por los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea», en Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas, JUAN PECES, A. (Dir.) Y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.) Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 228 «Además de estas penas habrá que tener en cuenta la específica inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entidades públicas y para gozar de beneficios fiscales y de la Seguridad Social a que se alude en el artículo 424.3, de obligada aplicación no sólo para «el particular», sino también «para la sociedad a que se represente» (y que será responsable del delito vía artículo 427 bis), y por un período de hasta diez años, frente a lo que prevé el artículo 33.7 f), que quedará aquí postergado. No ocurre lo mismo, por tanto, que en el caso del artículo 286 ter».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Los mismos autores también denunciaban la contradicción interna de esta regulación, lo que la convertía en incierta y MANZANARES SAMANIEGO venía afirmando lo mismo, pero concretando algo más, al poner de manifiesto que en la misma regulación nos encontrábamos con una pena establecida de manera obligatoria (424.3 CP) e idéntica consecuencia se establecía de manera facultativa (en el 427 bis CP). En este punto bien podría servir la opinión ya expuesta por DE LA MATA BARRANCO, que consideraba que en este caso se tendría que aplicar la cláusula específica del art. 424, mientras que la previsión del art. 427 bis quedaría postergada. En mi opinión, el posicionamiento del referido autor es el más adecuado, pero con la siguiente puntualización. Las previsiones de los dos artículos aquí analizados no se contraponen, sino que se complementan y los dos tienen su ámbito de aplicación. La pena del artículo 424 es una cláusula específica que se aplica para los supuestos concretos en los que los delitos de cohecho estén relacionados con procedimientos de contratación, subvenciones o subastas convocados por las Administraciones públicas, mientras que la misma pena, teniendo en cuenta la redacción del artículo 427 bis, se puede imponer de manera facultativa en los demás casos, como por ejemplo, cuando se comete un delito de cohecho en relación con un procedimiento administrativo sancionador.

Para que ninguna de las reservas planteadas en relación con el artículo 424 CP queden sin respuesta, tengo que subrayar el hecho de que a pesar de ser cierto lo que apunta MANZANARES SAMANIEGO, al decir que no coincide del todo la redacción de la letra f) del artículo 33.7 con la redacción del artículo 424, la diferencia es mínima. Si en la redacción de la letra f) del artículo 33.7 CP la expresión utilizada es «inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas para contratar con **el sector público**», en el artículo 424 la misma inhabilitación va referida a «entes, **organismos o entidades que formen parte del sector público**». Por lo tanto, se puede observar que la diferencia no es sustancial.

En base a lo expuesto, podemos afirmar la posibilidad de considerar que en el artículo 424 del Código Penal hay establecida una pena interdictiva de carácter obligatorio.

2.2. Las penas obligatorias del artículo 310 bis

Otra de las excepciones que voy a analizar es la prevista en el artículo 310 bis del CP. En el momento de la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas el precepto ahora analizado seguía el esquema de la mayoría de los delitos que recogían de manera expresa la responsabilidad criminal de este tipo de entes, es decir, se establecía de manera obligatoria la imposición de la pena de multa, mientras que la imposición de las demás penas se dejaba en manos del juez.

Al poco tiempo de la reforma operada por la LO 5/2010, se produce un nuevo cambio en nuestro código a través de la LO 7/2012, de 27 de diciembre por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. La mencionada reforma no incide solo en los sujetos imputables, al extender la responsabilidad penal de las personas jurídicas también al caso de los partidos políticos y los sindicatos, sino que, entre otras cosas, da una nueva redacción al artículo 310 bis CP²³⁶.

El artículo 310 bis, con la reforma del 2012, ve ampliado el catálogo de las penas obligatorias a imponer a las personas jurídicas en el caso de los delitos contra la Hacienda y la Seguridad Social. Junto a la multa que ya en el año 2010 tenía carácter obligatorio, ahora se suma con ese mismo carácter preceptivo 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 un periodo de tres a seis años.

Se podría decir que el contenido de la letra f) del artículo 33.7 del CP sale de la repetida fórmula que deja al arbitrio del juez la imposición de alguna de las penas

²³⁶ Cfr. 310 CP en su redacción vigente: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del tanto al doble 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.

b) 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 cinco años.

c) Multa de seis meses a un año, en los supuestos recogidos en el artículo 310.

Además de las señaladas, se impondrá a la persona jurídica responsable 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. Podrá imponerse la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b), c), d), e) y g) del apartado 7 del artículo 33».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

interdictivas para convertirse en una pena obligatoria. Esto se podría entender así, máxime cuando en este caso no se hace mención de la letra f) que establece la posibilidad de que se imponga, además, algunas de las penas privativas de derechos. Sin embargo, para ser exactos, hay que decir que sólo parte de las previsiones de la letra f) del artículo 33.7 se convierten en pena obligatoria, ya que la prohibición para contratar con las Administraciones Públicas sigue teniendo carácter potestativo.

La situación que acabo de describir en nada afecta a lo que aquí mantengo: que se trata de una nueva excepción del carácter facultativo de las penas privativas de derechos. Y ello es así porque siempre se ha mantenido, con buen criterio por parte de la doctrina, que en la letra f) del artículo 33.7 del CP hay tres penas diferenciadas: la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones; la pérdida de la posibilidad del derecho de gozar de los beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad social y la prohibición para contratar con la Administración Pública. En el caso del artículo 310 bis, las primeras dos penas mencionadas se convierten en obligatorias.

Otras de las virtudes del precepto aquí estudiado es que no plantea los problemas que sí se han podido observar en relación con el artículo 424 CP. En este caso, como ya he mencionado anteriormente el contenido de la letra f) del art 33.7 establecido como pena de imposición obligatoria no se repite en el elenco de las penas interdictivas que se puedan imponer de manera potestativa por parte del juez. De hecho, en este caso se menciona por separado y de manera expresa cada una de las penas interdictivas de imposición facultativa que se pueden imponer a las personas jurídicas, entre las cuales, reitero, no se encuentra la de la letra f).

2.3. Incidencia en la interpretación de la remisión al artículo 66 CP

Presentadas estas dos excepciones cabe preguntarse si en la remisión al artículo 66 se pudiera entender que se hace referencia a estos dos casos.

Planteo esta pregunta porque parece que en estos dos casos no se dan los inconvenientes que siempre se han puesto de manifiesto a la hora de analizar el artículo 66 bis *ab initio*.

En primer lugar, tanto en el caso del artículo 424 como en el caso del artículo 310, observamos que las penas allí previstas sí tienen un marco, por lo tanto, en el caso

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

de que se les aplicara las reglas del artículo 66 CP se podrían hacer los cálculos correspondientes para obtener mitades y grados.

Por otro lado, la expresión «*así como las siguientes*» podría adquirir sentido dado que ahora sí que tendríamos unas penas a las que les fuera aplicable por un lado las reglas del artículo 66 CP y por el otro las del artículo 66 bis.

2.4. La regla 1ª del artículo 66 bis y las penas interdictivas obligatorias

Es necesario recordar, en primer lugar, la doble función que tienen los criterios previstos en la primera regla del artículo 66 bis. La necesidad para prevenir la actividad delictiva, las consecuencias económicas y sociales y la posición jerárquica de la persona física que incumplió el deber de control, son aspectos que se deben valorar tanto cuando se trata de imposición de una pena interdictiva como cuando se trata de concretar la extensión de dicha pena interdictiva.

No obstante, con la clasificación de las penas privativas de derechos en obligatorias y facultativas, el panorama cambia ligeramente. Opino que las penas privativas de derechos de imposición obligatoria no se ven afectadas por los criterios de la regla 1ª del art. 66 bis cuando estos funcionan como criterios de imposición.

Es importante hacer un análisis de la siguiente previsión recogida en el art. 66 bis «*...En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para **decidir sobre la imposición y la extensión** de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta...*», poniéndolo en relación con la clasificación de las penas privativas de derechos que he propuesto.

La primera pregunta que hay que hacer es si esta facultad de decidir sobre la imposición y la extensión opera o tiene sentido cuando estamos ante unas penas de imposición obligatoria. Para responder a dicha pregunta nos basta con ponernos ante el caso del artículo 424 CP donde se prevé la pena de la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones y otros beneficios fiscales por un periodo de 5-10 años²³⁷. Aquí el

²³⁷ Cfr. 424 CP «1. El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

juez decidirá si hay o no responsabilidad penal de la sociedad, pero, una vez decidido este extremo, ya no tiene poder de decisión sobre la imposición o no de la pena, que será preceptiva. Es decir, en el ejemplo del artículo 424 el juez, una vez declarada la responsabilidad penal de la persona jurídica, no tiene poder de decidir si procede o no la imposición de la pena allí prevista; tendrá que aplicarla sí o sí, sin perjuicio de la facultad de determinar su extensión en función de las correspondientes reglas y de las circunstancias del caso. En cambio, en el artículo 427 bis²³⁸ sí que el juez tendrá todo el poder de decisión que las reglas 1ª y 2ª del art. 66 bis le conceden.

Por lo tanto, cuando se trata de una pena interdictiva de imposición obligatoria, los criterios de la regla 1ª del artículo 66 bis que versan sobre la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, las consecuencias económicas y sociales, así como el puesto de la persona física que ha incumplido los deberes de control, no tienen relevancia. Sin embargo, cuando el juzgador procede a concretar la pena, moviéndose en el marco legal establecido, sí que tendrá que acudir a dichos criterios, dado que los mismos están pensados no sólo para la imposición sino también para la extensión.

2.5. La extensión de las penas interdictivas obligatorias

En cuanto a la extensión de las penas privativas de derechos de imposición obligatoria claro que hay que acudir al artículo 66 bis. Dicho precepto no hace distinción ninguna entre penas interdictivas obligatorias y penas potestativas, sino que hace referencia a las letras del artículo 33.7 CP.

Ahora bien, los problemas de interpretación surgen al detenernos en el límite absoluto determinado en función de la pena privativa de libertad de la persona física. En este caso, a diferencia de lo que ocurría con las penas interdictivas potestativas donde en

respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida.

2. Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. 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, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de 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 fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.»

²³⁸ Cfr. 427 bis «[...] Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.»

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

muchos casos no operan los límites del artículo 33.7, cabe el riesgo de que la pena concreta quede por debajo del marco penal previsto en el artículo 424 y 310 bis respectivamente.

Si hacemos un análisis detenido de las penas que se imponen a la persona física que ha cometido los delitos susceptibles de generar responsabilidad penal para las personas jurídicas en los casos anteriormente mencionados observaremos lo siguiente. Tomando como ejemplo el caso de los delitos de cohecho (arts. 419-427 bis CP), para las personas físicas, en función de los distintos tipos delictivos, nos encontramos con los siguientes marcos penales: pena de prisión 3-6 años; pena de prisión 2-4 años; pena de prisión de 6 meses-1 año. La pena que se impone a la persona jurídica en estos casos, a parte de la multa, es la pérdida de posibilidad de obtener subvenciones, ayudas públicas, etc. por un periodo de 5-10 años. Observamos claramente que, en este caso, por aplicación del límite máximo previsto en el 2ª regla del artículo 66 bis, la pena de la persona jurídica siempre quedará debajo de límite mínimo previsto en el tipo penal. Entonces la pregunta que surge es qué sentido tiene el marco penal de la pena interdictiva prevista para la persona jurídica.

Se podría plantear la hipótesis de que, al entenderse estas excepciones afectadas por la remisión al artículo 66, en el caso de que no haya ni atenuantes ni agravantes, se aplique la regla 6ª del citado precepto recorriendo la extensión de la pena lo que se estime adecuado atendiendo a las circunstancias personales del «delincuente» y a la mayor o menor gravedad del hecho, quedando al margen la limitación de la regla 2ª del artículo 66 bis. Más allá de otros problemas que se pudieran plantear, no parece que sea procedente acudir a una regla general prevista especialmente para las personas físicas en detrimento de una regla específica e integrante del régimen propio de la persona jurídica.

Esta situación es una muestra más de lo poco o nada reflexivo que ha sido el legislador a la hora de configurar el régimen de responsabilidad penal de estos nuevos sujetos de Derecho penal

3. La ley de represión del contrabando

Otro caso en el que nos encontramos con unas penas privativas de derechos impuestas de manera obligatoria es en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de

Represión del Contrabando. Al poco de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento jurídico, el texto legal antes mencionado, fue reformado por la Ley 6/2011, de 30 de junio que, entre otras cosas, prevé expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas para este tipo de delitos²³⁹.

Este supuesto, el de los delitos de contrabando, es uno de los pocos dónde la penalidad diseñada en relación con la persona jurídica prevé unas penas interdictivas de carácter obligatorio, sin perjuicio de prever igualmente una pena de multa que, en el caso concreto, es una multa proporcional del duplo al cuádruplo del valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando.

El artículo 3.3. de la LORC prevé, para todos los casos, no solo la multa antes referida, sino también una pena de 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 por un plazo de entre uno y tres años.

Junto a las anteriores penas, en el caso de que se haya producido el supuesto de hecho del artículo 2.2. de esta ley especial, se prevé la imposición de la pena de *«suspensión por un plazo de entre seis meses y dos años de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando»*.

En el caso de que lo que se haya cometido en el seno de la empresa es el supuesto de hecho previsto en el caso del artículo 2.3, la pena adicional que se va a imponer va a ser la de clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los bienes allí mencionados. Para este caso no se prevé plazo ninguno, por lo que no queda claro si el marco de esta pena es el mismo que en el caso de la otra pena adicional, o, por el contrario, hay que atender solo al límite del artículo 33.7 del CP, tal como apunta, por ejemplo, FARALDO CABANA²⁴⁰. Creo que la interpretación propuesta por la citada autora es la más acorde con el principio de legalidad, aunque sí es cierto que en este caso va en detrimento de la persona jurídica condenada.

²³⁹ Cfr. Art. 2.6 LO 12/1995 de Represión del Contrabando *«6. Las personas jurídicas serán penalmente responsables en relación con los delitos tipificados en los apartados anteriores cuando en la acción u omisión en ellos descritas concurren las circunstancias previstas en el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de diciembre, del Código Penal y en las condiciones en él establecidas.»*.

²⁴⁰ FARALDO CABANA, P. *«Las penas»*, ...*op. cit.*, Madrid, 2015, p. 157.

– Capítulo III: Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas –

Dejando de lado el descuido del legislador de no establecer un plazo en el caso de la pena antes mencionada, hay que señalar que la regulación aquí analizada plantea algunas dudas de interpretación.

En primer lugar, el artículo 3.3.b) LORC prevé una pena cuya redacción no coincide con el artículo 33.7 del CP. Esta pena de suspensión de actividades se refiere a unas operaciones concretas como son las de importación, exportación, etc. Aquí cabe preguntarse si estamos ante una especie o una concreción de la pena de suspensión de actividades prevista en el artículo 33.7 letra c) del CP o, por el contrario, se trata de una pena distinta. Sea cual sea la interpretación, creo que hay que concluir que, en este caso, por el respeto al principio de legalidad no cabe suspender ninguna actividad que no sea de las mencionadas por el artículo 3.3. b) LORC.

Si el catálogo de penas interdictivas obligatorias a imponer implica los problemas que se acaban de examinar, más complicadas aún se vuelven las reglas de determinación de estas penas. Las normas que van referidas a las reglas de determinación de estas penas son muy confusas por lo siguiente:

El apartado tercero, del artículo 3 LORC, al establecer las penas a imponer a las personas jurídicas que pudieran ser declaradas responsables, se remite a unas reglas, concretamente las contenidas en el apartado 1 y 2 del mismo precepto, que, para determinados casos prevé que se aplique la pena en su mitad superior o que se suba en un grado²⁴¹. Exactamente el mencionado artículo 3.3. LORC establece que «*tras aplicar los criterios establecidos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se impondrá la pena siguiente: (...)*».

Una vez más, el legislador complica la normativa innecesariamente haciendo casi imposible saber qué reglas de determinación hay que aplicar en este caso. La cuestión es que no se puede perder de vista que la Disposición final primera de la LORC establece que en todo lo no previsto en el Título I se tiene que aplicar, supletoriamente, el Código penal. Entonces, ¿al estar ante unos criterios establecidos por la propia ley, ya no hay que acudir al artículo 66 bis del CP? ¿Cómo queda la limitación de la pena en función de la duración de la pena privativa de la persona física, no se aplica este límite?

²⁴¹ Cfr. Art. 3.1 y 2 LO 12/1995, de Represión del contrabando

Esta cuestión, como muchas otras cuando se trata de las penas previstas para el caso de las personas jurídicas, también divide a la doctrina, pudiéndose encontrar opiniones bien distintas. Por ejemplo, FEIJOO SÁNCHEZ considera que en materia de penalidad no hay que acudir al Código Penal porque la propia Ley de Represión del Contrabando ha regulado específicamente la penalidad de las personas jurídicas²⁴². En cambio, FARALDO CABANA considera que lo más razonable sería entender que las reglas del párrafo uno y dos fueran referidas solamente a las personas jurídicas, pero en todo caso, la autora pone de manifiesto la necesidad de que se elimine el inciso del artículo 3 LORC²⁴³.

²⁴² FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas del delito» en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ B.J.; GÓMEZ JARA-DÍEZ C., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2ª edición 2016, pp. 235-259.

²⁴³ FARALDO CABANA, P. «Las penas», ...*op. cit.*, Madrid, 2015, p. 157.

CAPÍTULO IV: LA PENA DE MULTA

A. Cuestiones generales

1. Introducción

La importante reforma del Código penal propiciada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, no ha prestado la más mínima atención a la pena de multa prevista para el caso de las personas jurídicas, todo ello a pesar de que para aquel entonces la doctrina ya había puesto de manifiesto los problemas que se planteaban en relación con la misma.

El legislador no ha dotado a la pena de multa prevista para las personas jurídicas de una regulación específica, sino que se ha limitado a introducir modificaciones concretas en la redacción de los preceptos relativos a la multa prevista para las personas físicas. En efecto, los artículos 50 a 53 del Código penal vieron ampliado su contenido por la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio para, precisamente, acoger la regulación de aquellos aspectos que afectaban a la pena estrella del sistema punitivo diseñado para las personas jurídicas, la pena de multa.

Se suele afirmar que esta pena pecuniaria goza de una preeminencia en el sistema sancionador-penal establecido para estos entes, debido a que es la única que se prevé con carácter obligatorio y principal en todos los tipos penales por los que se puede exigir responsabilidad a las personas jurídicas. Todo ello sin perjuicio de que la propia normativa europea marcó el camino para que la multa, fuera ésta penal o administrativa, gozara de esta preeminencia y, sobre todo, cumpliera con los efectos disuasorios de los que esta sanción debe estar revestida²⁴⁴.

Junto a las razones expuestas anteriormente, creo que se podría añadir como factor que justifica esta preeminencia de la pena de multa, el hecho de que este tipo de sanción se ha utilizado y ha funcionado de forma asidua en el Derecho Administrativo

²⁴⁴ Ver, entre otras, Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, artículo 9 «[...] le sean impuestas sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluirán multas de carácter penal o administrativo [...]»; Decisión Marco 2002/475/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo (hoy por hoy derogada por Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo); Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

y, por lo tanto, y a pesar de las especialidades correspondientes, no hay por qué pensar que no pueda funcionar también en el caso del Derecho penal. Por otro lado, el recurso a la multa como sanción para las personas jurídicas por parte de otras ramas de nuestro ordenamiento y como pena para las personas físicas, ha facilitado la labor del legislador al trasladar al Derecho Penal (de las personas jurídicas) un sistema ya ensayado.

Si para la omnipresencia de la multa impuesta a las personas jurídicas encontramos unas cuantas justificaciones, para la utilización de los distintos sistemas, a través de los cuales se puede configurar esta sanción pecuniaria, resulta hartamente difícil dar con alguna razón. En el caso de las personas jurídicas nos encontramos con tres grupos de delitos en función del tipo de sistema que se aplica: aquellos en los que sólo se prevé la pena de multa por cuotas; aquellos que tienen previsto para los entes colectivos pena de multa proporcional y aquellos en los que, de manera alternativa, se prevén los dos sistemas estableciéndose un criterio de elección según el cual se deberá optar por aquel sistema que arroje una mayor cuantía. Estas tres situaciones que se pueden dar no parecen obedecer a una decisión reflexiva del legislador.

Así, nos encontramos con delitos que producen grandes beneficios, donde parecería más lógico recurrir a una multa proporcional y, sin embargo, se utiliza el sistema por cuotas, como ocurre, por ejemplo, en el caso del delito de blanqueo de dinero. El delito citado también sirve para poner de manifiesto una situación igual de incomprensible, ya que ante la misma figura delictiva la persona física, ésta castiga con una multa proporcional mientras que el ente colectivo tiene prevista como consecuencia una multa por cuotas. Pero incluso cuando, tanto para la persona física como para la jurídica, se emplea el mismo sistema de multa nos encontramos con diferencias que no tienen razón de ser. Sirva de ejemplo el delito de tráfico de drogas y el delito de defraudación tributaria, delitos que tienen previsto para ambos sujetos una multa proporcional pero que no coinciden en el factor multiplicador. Así, de la lectura de los artículos 368 y 369 bis del Código Penal podemos observar que para la persona física se establece una multa del tanto al triple del valor de la droga y que para la persona jurídica se establece una multa proporcional del triple al quíntuple. Por lo que respecta al delito de defraudación tributaria podemos observar la situación inversa donde el factor multiplicador para el caso de la persona jurídica es menor que el de la persona física. Los artículos 305 y 310 bis del CP establecen, respectivamente, multa del tanto al

séxtuplo de la cantidad defraudada para la persona física y, en base al mismo parámetro sancionador, multa del doble al cuádruple para la persona jurídica²⁴⁵.

Por último, como aspecto especial en relación con la pena de multa de las personas jurídicas, hay que señalar que el legislador la califica como pena grave²⁴⁶, aspecto que se predica en relación con todo el catálogo de sanciones diseñado para este tipo de sujetos²⁴⁷. Es decir, las penas susceptibles de imposición a las personas jurídicas, con independencia de la duración y la naturaleza de las mismas, tendrán la calificación de graves. Esta previsión general implica que la misma tendrá un plazo de prescripción de diez años²⁴⁸. La calificación de las penas de las personas jurídicas como graves tiene efectos también en el plazo de la cancelación de los antecedentes penales, al establecer el artículo 136.1 del CP que, para que se pueda proceder a dicha cancelación, es necesario que hayan transcurrido 10 años sin que haya vuelto a delinquir²⁴⁹.

2. Aspectos cualitativos y cuantitativos

En mi opinión, la multa penal impuesta a la persona jurídica supone para este tipo de entes un salto cualitativo respecto a la sanción administrativa. Es obvio que seguimos en la tesitura en la cual la persona jurídica ve afectado su patrimonio, hasta aquí nada ha cambiado, pero el calificativo de «pena» tiene unas implicaciones muy favorables para este tipo de entes. Trasladando aquí la exhaustiva recopilación de las consecuencias que se derivan del carácter penal de la multa, hecha, entre otros autores, por MANZANARES SAMANIEGO²⁵⁰, podemos poner de manifiesto lo siguiente: En primer lugar, la multa penal sólo se podrá imponer en un procedimiento judicial criminal, lo que implica un plus de garantías muy importante respecto del que pueda existir en el

²⁴⁵ FARALDO CABANA, P. «Las penas», en JUAN PECES, A. (Dir.) Y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.) *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas* Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp.122-123.

²⁴⁶ ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el código penal español», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, p. 42 donde se critica esta decisión legislativa.

²⁴⁷ Cfr. Art. 33.7 del CP.: «[...] 7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas, la consideración de graves, son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. [...]».

²⁴⁸ Cfr. Art. 133.1 CP.

²⁴⁹ Cfr. Art. 136.3. CP. «3. Las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 se cancelarán en el plazo que corresponda, de acuerdo con la regla prevista en el apartado 1 de este artículo, salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibición definitiva de actividades. En estos casos, se cancelarán las anotaciones transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.».

²⁵⁰ MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia) Parte General*, Vol. 1, Comares, Granada, 2010, pp. 474-475.

procedimiento administrativo sancionador. Por otro lado, entran en aplicación principios de Derecho penal como el de legalidad, proporcionalidad e irretroactividad²⁵¹, que si bien también se predicen en el orden administrativo ya vimos, y aquí lo volveremos a poner de manifiesto, que se aplican de manera mucho más matizada. No parece posible, al menos en el plano teórico²⁵², que se pueda garantizar el pago de la multa, cuando esta tenga el calificativo de pena, con fianza de tercero. dado que esto supondría que se cumpliera una pena por parte de alguien que no fue condenado a la misma. La multa no es compensable con los créditos que el condenado pudiera tener frente al Estado como, por ejemplo, la devolución de impuestos indebidos. Aunque lo que sí puede hacer el Estado es acordar la no ejecución de la multa mediante la amnistía o el indulto. Esto último constituye un problema que necesitaría un análisis muy detenido, tanto en la situación en la cual se pone esta figura jurídica en relación con los entes colectivos, como cuando se pone en relación con las personas físicas, razón por la cual aquí nos limitamos a mencionarla. Del carácter penal de la multa se derivan otras consecuencias que, o bien no son trasladables al caso de las personas jurídicas por razones ontológicas, o bien tienen unas previsiones especiales, como, por ejemplo, la imposibilidad de la ejecución de la multa cuando falta la voluntad de su destinatario, es decir cuando éste ya no puede sufrir la pena bien por fallecimiento, bien por enajenación mental, aunque es cierto que en el caso de las personas jurídicas se podría dar un problema similar derivado de la disolución de la misma.

Una característica de la pena de multa que no se puede pasar por alto es su carácter personal. Dejamos de lado, por el momento, los problemas que se pueden derivar de la previsión del artículo 130.2 del Código penal, que establece que en la responsabilidad penal de una persona jurídica que sufra modificaciones estructurales se trasladará a la/s nueva/s persona/s jurídica/s resultante/s. El carácter personal de la pena de multa implica, en primer lugar, que la misma no se puede imponer a persona distinta del condenado, no se puede condenar a varios reos con una sola multa y que no puede exigirse el pago solidario entre una persona jurídica y su representante condenado, de esta sanción pecuniaria.

²⁵¹ Obviamente que no negamos el hecho de que estos mismos principios son los que rigen en el Derecho administrativo, no obstante, su aplicación es algo más laxa en esta rama del ordenamiento.

²⁵² La práctica empresarial, y en concreto, el mercado de los seguros no tiene inconveniente ya no sólo cubrir el riesgo derivado del pago de la multa sino, incluso, la posible declaración de responsabilidad.

Aunque se ha puesto de manifiesto el salto cualitativo de la multa penal, teniendo siempre presente la perspectiva ontológica, no queda claro si dicho salto va acompañado de una vertiente cuantitativa, es decir, si junto a las mayores garantías de las que está revestida la pena multa se pueden observar mayores cuantías. Preguntarse mínimamente sobre si con la imposición de una multa penal a las personas jurídicas se ha reforzado no solo el elenco de garantías sino también la cuantía de la misma es cuestión casi obligatoria, máxime cuando el criterio cuantitativo solía ser, o, mejor dicho, es el que marca el límite entre el terreno administrativo y el penal. DÍEZ RIPOLLÉS, en relación con este asunto, afirma que la horquilla en la que se mueve la pena de multa prevista para el caso de las personas jurídicas supera en la mayoría de los casos las multas globales previstas en el Derecho administrativo²⁵³. Yo añadiría la precisión de que una afirmación contundente en este sentido exigiría un estudio comparativo muy detallado, que tampoco aseguraría un resultado claro, si tenemos en cuenta factores como los distintos sistemas que emplean las dos ramas del ordenamiento. Para empezar, en el Derecho administrativo no se utiliza el sistema días-multa mientras que en el Derecho penal no se utiliza el tanto por ciento de la cifra de negocio. Pero lo que complica más aun un posible estudio comparativo es la falta de un encaje perfecto de las conductas sancionables tanto en el Derecho Administrativo como en el Derecho Penal. Hay casos donde no se da el problema anterior como puede ser la defraudación tributaria. En todo caso, un estudio comparativo sobre la cuantía máxima de la multa como pena y multa como sanción administrativa exigiría un estudio que implicaría una importante desviación del objeto de este trabajo y que, además, probablemente no arrojaría unos resultados esclarecedores. No obstante, lo dicho, y a título de ejemplo, exponemos aquí alguna norma administrativa que, claramente, supera en cuantía la pena de multa, sin perjuicio de que, en ocasiones, se configura de manera distinta a como se hace en el terreno de Derecho Penal.

A poco que nos acerquemos a la normativa administrativa observaremos que hay un mayor abanico de tipos de multa. Así, podemos encontrar tanto multas globales, como horquillas de cuantías o, incluso, multas que se calculan en base a un determinado

²⁵³ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (Dir.) *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Fabio Suárez Montes, Constitutio Criminalis Carolina*, Oviedo, 2013, p.209 «Ello hará que la pena de multa pueda ir de un mínimo de 5.400€ hasta un máximo de 9 millones de euros, cuantía esta última que ya supera en la mayoría de los casos a las cuantías máximas de multa global previstas en el derecho administrativo sancionador, algo de lo que nos debemos felicitar.».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

porcentaje del volumen de negocio de la persona jurídica sancionada. Otras observaciones que se pueden hacer, es que hay bastantes ejemplos en los que, de entrada, la norma administrativa establece cuantías muy superiores a las que puedan arrojar las operaciones a las que obliga el Código Penal. En los ejemplos en los que traemos a colación sólo hacemos referencia a las personas jurídicas y a las sanciones que se imponen por infracciones graves.

Si tenemos que hacer referencia a las multas administrativas globales podemos mencionar: la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que prevé multas de hasta 10.000.000€; la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones que en su artículo 79 que establece una pena de 20.000.000€; la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico que establece una cuantía de 60.000.000€;

Por lo que respecta a las normas que toman en cuenta la cifra de negocios, u otros parámetros, para establecer un determinado porcentaje, se puede señalar la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales que establece una multa de entre un 2% y un 4% de la cifra de negocios de la entidad sancionada. Por su parte el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores establece en el artículo 302 un amplio catálogo de posibilidades de las cuales se tiene que elegir aquella que arroja un mayor resultado. La mencionada Ley permite elegir para el cálculo de la multa entre el quíntuplo del beneficio bruto, el 5% de los recursos propios, el 5% los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción o el 10% del volumen de negocios total anual de la entidad.

Como podemos observar hay ejemplos en los que las cuantías son claramente superiores, pero la falta de un estudio detenido, en los términos apuntados anteriormente, no nos permite afirmar a ciencia cierta que la multa penal es desde un punto de vista cuantitativo, sensiblemente inferior a las sanciones administrativas.

B. Análisis de los sistemas de la pena de multa previstos el Código Penal español

1. El sistema días-multa

1.1. Análisis de idoneidad

Como ya se puso de manifiesto, la regulación de la pena de multa susceptible de imposición a la persona jurídica se desarrolló al hilo de los preceptos que ya venían determinando la multa para el caso de las personas físicas. De esta manera, las previsiones del artículo 50 CP y, en concreto, la que establece que *«la pena de multa consistirá en la imposición al condenado de una sanción pecuniaria»* y la que prevé que *«la pena de multa se impondrá, salvo que la ley disponga otra cosa, por el sistema días-multa»*, son plenamente aplicables al caso de las personas jurídicas.

No obstante, antes de seguir con el análisis de la regulación legal, es necesario recordar cuándo y por qué apareció este sistema de días-multa. Antecedentes de la idea de la teoría del sistema-días multa lo podríamos encontrar incluso entre las reflexiones de VON LITZ, BENTHAM o FILANGIERI, pero, según la mayoría, la propuesta de esta teoría pertenece a CARL TORP y JHOAN THYREN, tal como se puede observar en los trabajos publicados en los años 1900 y 1910 respectivamente²⁵⁴. No obstante, ROLDAN BARBERO tiene una opinión diferente en lo relativo al nombre del verdadero artífice, considerando como tal a FRIEDMANN debido a que fue el primero que contempló la característica esencial del sistema días-multa, la división del cálculo de la multa en dos fases²⁵⁵. Más allá de la anterior discusión, lo que hay que resaltar es que este sistema fue introducido por primera vez y con mucho éxito en los Códigos penales escandinavos, en concreto, en Finlandia, Suecia y Dinamarca para, posteriormente, ir adoptándose lentamente, pero con paso firme, tanto en los Códigos penales europeos como en los latinoamericanos. Por lo que respecta a la aportación de este sistema, en palabras de MAPELLI CAFFARENA, *«la importancia del mismo y la razón de su éxito radica, no sólo en la posibilidad de hacer pagos aplazados, sino en la dividir el proceso en la*

²⁵⁴ Ver, entre otros, BERISTAIN IPIÑA A., «La multa penal y administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 28, Fasc. 3, 1975, p.388.

²⁵⁵ ROLDAN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Akal, Madrid, 1983, p. 45 *«A Friedmann se le ha negado su mérito por partir para la determinación de la multa de una pena privativa de libertad, con lo que se consideraba que enturbiaba la exigida autonomía de la pena pecuniarias. Este reproche es, en mi opinión, inconsistente, pues, como ya se ha indicado antes, lo fundamental del sistema de los días-multa es la descomposición del fenómeno de la determinación en dos fases, y ello queda perfectamente garantizado en la propuesta de Friedmann»*.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

determinación de la pena en dos fases independientes»²⁵⁶. Como afirmó en su momento MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, se crea un cierto paralelismo con las penas privativas de libertad, precisamente porque la individualización de la multa se concreta en dos fases²⁵⁷.

El concreto proceso de individualización del sistema-días multa consiste, como es sabido, en que en una primera fase los jueces y tribunales señalan los números de días, semanas o meses, según lo que haya determinado la legislación correspondiente, en base a la valoración del injusto y de la culpabilidad. Una vez realizado este paso, a continuación, se procede a la determinación de la cuota que debe pagarse durante los días, semanas, meses que se hayan fijado en la fase anterior. Para establecer la cuota que se debe pagar lo que se tiene en cuenta es la capacidad económica del multado. La consecuencia positiva de la toma en consideración de la capacidad económica del reo es la efectiva aplicación del principio de igualdad²⁵⁸. Refiriéndose a los dos actos que dan como resultado la cantidad del sistema días-multa. MANZANARES SAMANIEGO considera que el primero, el de la fijación del número de cuotas, *«es la verdadera medida de la pena, con el mismo criterio que si de una privación de libertad se tratase»* mientras que, en el segundo acto, el de la determinación del importe de la cuota, *«sólo se busca ya la igualdad de incidencia real sobre sujetos económicamente desiguales»*²⁵⁹.

Por lo que respecta nuestro ordenamiento jurídico, en un primer momento, aunque sobre el Proyecto de Código penal de 1980 se decía que acogía este modelo, en realidad, se aproximaba más a la variante de multa temporal que se había adoptado por parte del Proyecto de Baumann de 1963 y que se configuraba como pena limitadora del nivel de vida hasta el mínimo de existencia; no obstante, esta opción no ha prosperado. El Código Penal de 1995, ha adoptado, finalmente, el sistema de días-multa que se ha descrito anteriormente.

²⁵⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 222.

²⁵⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., «La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995 (Los días-multa y la multa proporcional, con referencia a la responsabilidad subsidiaria en caso de impago)», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 20, 1997, pp. 231.

²⁵⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...op. cit.*, p. 222: *«Que unos mismos hechos puedan ser castigados con penas de multa de cuantías muy distinta en función del poder de adquisitivo del condenado, no solo no lesiona el principio igualdad, sino que es una consecuente aplicación del mismo, que obliga a tratar de forma diferente aquello que no lo es»*.

²⁵⁹ MANZANARES SAMANIEGO, J.L. *Comentarios al Código Penal tras las leyes orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo*, La Ley, Madrid, 2016, pp. 220-222.

Volviendo al ámbito de las personas jurídicas, y, sin perjuicio de que se analizará la regulación concreta líneas más abajo, hay que adelantar aquí que, de manera única pero sí de manera muy mayoritaria²⁶⁰, se ha recurrido al sistema días-multa. Puede que ello se deba, en gran parte, al hecho de que nuestro modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha apoyado, casi en exclusiva, en el Decreto Legislativo nº 231/2001, del 8 de junio, norma italiana que regula la responsabilidad penal de los entes colectivos en dicho país²⁶¹. La citada Ley establece para los entes colectivos el sistema de multa por cuotas²⁶².

La discusión sobre la idoneidad de la aplicación de este sistema a las personas jurídicas se ha sustentado sobre dos grandes cuestiones: el efecto disuasorio de la multa, teniendo en cuenta el límite máximo al que puede llegar y la necesidad de privar de los beneficios obtenidos con la comisión de los delitos.

En opinión de MAPELLI CAFFARENA el sistema de días-multa no parece el más indicado para el mundo empresarial. El citado autor nos ofrece varias razones que sustentan dichas afirmaciones. En primer lugar, considera que el techo económico de la multa por cuotas *«es por lo general demasiado limitado para los delitos contra el orden socio-económico»*. En segundo lugar, considera que la determinación de la capacidad económica de este tipo de entes resulta tan compleja e imprecisa que *«terminan favoreciendo al condenado»*. A pesar de todo ello, esto no implica que el Estado pueda recurrir a multas *«injustificadamente superiores a las que se les aplica a las personas físicas por los mismos hechos»*. En definitiva, tras estos argumentos y, subrayando el hecho de que el monto de la multa debería tener en cuenta los beneficios derivados de la comisión del delito, MAPELLI CAFFARENA considera mucho más adecuada una pena de multa proporcional para este tipo de entes²⁶³.

Alguno de los que se muestran partidarios del sistema días-multa como solución para el caso de las personas jurídicas, como, por ejemplo, BAUCCELLS LLADÓS, no ven en

²⁶⁰ En concreto, la multa por cuotas aparece en multitud de ocasiones como pena única (ver art. 197 quinquies, art.258 ter, art 261 bis, art 288, etc.) y, sobre todo, porque el artículo 52.4 del CP la emplea como régimen sustitutorio en el caso en el que no sea posible calcular la multa proporcional.

²⁶¹ Recordemos que, aunque el mencionado Decreto es una norma administrativa, es opinión pacífica en la doctrina italiana que responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene, en realidad, carácter penal.

²⁶² Cfr. Art. 10.2 y 3 del Decreto Legislativo nº 231/2001, del 8 de junio *«[...] 2. La sanzione pecuniaria viene applicata per quote in un numero non inferiore a cento ne' superiore a mille. 3.L'importo di una quota va da un minimo di lire cinquecentomila ad un massimo di lire tre milioni. [...]»*.

²⁶³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...op. cit.*, p. 220.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

la cuestión de los beneficios del delito un problema y ello porque consideran que dicho aspecto queda resuelto por la figura del decomiso²⁶⁴.

La cuestión no es fácil de dilucidar, pero, una vez más, considero que el legislador no se ha planteado la cuestión en los términos en los que lo ha hecho la doctrina, sino que ha seguido un criterio muy presente en las demás legislaciones, el de considerar que las penas debían ser iguales que las que se venían imponiendo a las personas físicas.

1.2. Determinación de la extensión temporal

En el núcleo de lo que conforma el sistema días-multa, es decir el número de días y el importe de la cuota, es dónde encontramos las primeras diferencias entre la regulación prevista para las personas físicas y la prevista para la persona jurídica. Para las personas físicas la extensión de la pena por cuotas parte de un mínimo de diez días, pudiendo llegar hasta un máximo de dos años. Por lo que respecta la extensión de la pena de multa prevista para la persona jurídica, el artículo 50.3 del CP únicamente determina la extensión máxima que es de cinco años. Por otro lado, el párrafo cuarto del precepto citado establece que cuando la duración de la pena de multa se fija en meses o años se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.

La omisión del legislador en relación con el límite mínimo se puede resolver a través de dos interpretaciones. La primera de ellas pasa por considerar que la extensión mínima de la multa a imponer a las personas jurídicas coincide con la prevista para las personas físicas, es decir, diez días. La otra posibilidad es la que propone FARALDO CABANA quien, tras un análisis de las penas previstas en la parte especial, considera que el límite mínimo de la pena de días-multa es de seis meses, sin perjuicio de que se pueda reducir por aplicación de las reglas de determinación²⁶⁵. En relación con este aspecto, mi opinión es que se debería considerar como límite mínimo el período de diez días, debido precisamente al hecho de que los dos regímenes, el de la persona jurídica y el de la física, se encuentran regulados conjuntamente y sólo cuando se introduce alguna especialidad para los entes colectivos se da un contenido distinto al precepto de que se

²⁶⁴ Ver, entre otros, a BAUCCELLS LLADÓS, J., «Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, p. 197: «[...] no debe olvidarse que, en nuestro código penal, esta pena de días-multa se impondría sobre beneficios que ya aparecería neutralizado por el comiso».

²⁶⁵ FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 125.

trate. Un ejemplo muy claro de este fenómeno lo podemos encontrar en los dos primeros párrafos del artículo 50 del CP, cuando se define en qué consiste la pena de multa y cuándo se declara que salvo que la ley disponga otra cosa se optará por el sistema días-multa. En estos dos párrafos no se hace referencia a ningún sujeto en especial y, en cambio, nadie pone en duda que son unas previsiones aplicables tanto a la persona física como a la jurídica. El párrafo tercero del artículo 50 CP por su parte, no hace mención de ningún sujeto concreto cuando determina el límite mínimo, por lo que, siguiendo el planteamiento anterior, nada obsta para considerar que dicho límite mínimo resulta aplicable también para las personas jurídicas.

Por otro lado, la extensión de la pena por cuotas se hace depender, en la mayoría de los casos de la pena de prisión prevista para la persona física. Esta misma situación se repite también en el caso de la multa proporcional.

Para cerrar la cuestión relativa a la extensión de la pena de multa por cuotas hay que hacer referencia al artículo 50.5 CP, que establece que los Jueces y Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo segundo del mismo título, es decir, los artículos 61 a 79.

1.3. El importe de la cuota: en especial la capacidad económica

Las diferencias regulatorias entre la persona física y la jurídica se aprecian no sólo en el número de cuotas, sino también en el importe de las mismas, de tal forma que, para las primeras, de acuerdo con el artículo 50. 4º CP, la cuota puede variar de un mínimo de dos a un máximo de 400 euros mientras que para los entes colectivos el mínimo de la cuota se establece en 30 euros y el máximo en 5.000 euros. Es llamativo el hecho de que el párrafo 5º del mismo artículo 50 CP no haya sufrido modificación alguna con las sucesivas reformas del Código Penal, de tal manera que el contenido sigue siendo el mismo que se había pensado para las personas físicas: *«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»*.

Esta situación y, en especial, la necesidad de revisión de la redacción del mencionado precepto se venía poniendo de manifiesto al poco de la reforma del año

2010. Autores como DE LA MATA afirmaban que, en realidad, en el artículo 50 CP «*no se especifica cómo se van a concretar los importes de las cuotas en las penas de multa de esta naturaleza*»²⁶⁶. Por lo tanto, y, en línea con lo que propone el citado autor, lo procedente es reinterpretar conceptos como circunstancias personales del multado y eliminar referencias de tipo cargas familiares. Aunque esta labor se pudiera hacer por parte de la doctrina, creo que la cuestión se tiene que resolver directamente por una reforma legislativa que adecue los conceptos y los términos del artículo 50.5 CP a cada uno de los sujetos y de paso aprovechar a ofrecer más criterios. Por otro lado, no sé hasta qué punto es conveniente que la doctrina invierta trabajo en la reinterpretación de estos conceptos cuando, tal como veremos, la determinación de la pena de multa en base a la capacidad económica de la persona física y, ahora también, de la jurídica es tratada con mucha superficialidad y poco rigor, por parte de la jurisprudencia.

La cuestión de la determinación de la capacidad económica no es algo que se pueda tratar con falta de consistencia máxime si tenemos en cuenta que las consecuencias de dicha determinación son muy trascendentales. En palabras de FERNÁNDEZ TERUELO estas consecuencias son importantes «*no sólo cuando la cuantía de la multa finalmente impuesta es superior a la que corresponde a la capacidad económica del sujeto al que se le impone, pues en tal caso se estaría encubriendo una pena más grave que la que realmente corresponde por el delito cometido, sino también cuando ésta es inferior a la misma pues en dicho caso se le despoja en buena parte de su capacidad de intimidación*»²⁶⁷.

A pesar de la trascendencia de esta cuestión, la práctica judicial, hasta el momento, no siempre ha determinado la capacidad económica en base a unos criterios consistentes. Algunas de las razones que puedan justificar o, al menos, hacer entender esta situación podrían ser las que menciona MAPELLI CAFFARENA: la falta de recursos para conocer las condiciones económicas, la falta de tiempo, «*la obligación reforzada de motivación de las razones por la que fijan una determinada cuantía*»²⁶⁸. Junto a estas razones autores como ROCA AGAPITO consideran que el problema de la determinación

²⁶⁶ DE LA MATA, N.J.; BILBAO LORENTE, M.; ALGORTA BORDA, M.; «La atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo.», *La Ley Penal* núm. 87, nov. 2011, p. 12.

²⁶⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Instituciones de derecho penal ...op. cit.*, pp. 159-160.

²⁶⁸ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...op. cit.*, p. 227.

de la capacidad económica surge «*muchas veces porque no se tramita durante la fase de instrucción la llamada pieza de responsabilidad civil*»²⁶⁹.

Sea por los motivos que sea, son muchos los ejemplos en los que la labor de motivación del importe de la cuota de la multa en base a la situación económica del condenado es mínima o inexistente. Dichos ejemplos los podemos encontrar no sólo en la jurisprudencia menor sino incluso en resoluciones del Tribunal Supremo.

Si nos remontamos a alguna de las sentencias más antiguas en esta materia podríamos observar, en un primero momento, por parte del Tribunal Supremo una clara exigencia de la motivación de la cuantía de la cuota de la pena de multa basada en una previa indagación de la capacidad económica del reo. Por ejemplo, la STS 1152/1998, de 3 de octubre recuerda que hasta el momento ya se había retrotraído muchas actuaciones precisamente por la falta de motivación de la cuantía²⁷⁰. Más exigente y más concreto se mostraba el Alto Tribunal en la STS 1178/1999 de 17 de julio al establecer que «*tal determinación de la cuota, exige dos tramos expositivos, el primero de concreción del activo y pasivo del acusado, para establecer su capacidad económica, lo que conllevará la exposición de los elementos probatorios acreditativos de bienes, ingresos y obligaciones, y un segundo tramo de carácter silogístico, en el que se razonará la suma que debe alcanzar la cuota diaria de la multa, habida cuenta de su tope legal mínimo -doscientas pesetas- y máximo -cincuenta mil pesetas- y ponderada la capacidad económica del acusado*».

No obstante, esta pauta inicial no se mantuvo por mucho tiempo, sino que fueron dictándose unas cuantas resoluciones que, ciertamente, rebajaron las exigencias de la motivación de la cuantía de la cuota. Un buen ejemplo de ello es la STS 1800/2000 de 20 de noviembre que, en su fundamento jurídico primero, motiva la cuantía de la cuota basándose en la profesión del condenado al no tener más datos disponibles sobre su

²⁶⁹ ROCA AGAPITO, L. «La pena de multa» ...*op. cit.*, p.85.

²⁷⁰ Ver STS 1152/1998, de 3 de octubre, FJ 3º «*Es claro en este aspecto que el propio artículo 50 del vigente Código, en su apartado 5º, obliga a los Jueces y Tribunales a motivar la extensión de la pena y para ello parte de la base de la situación económica del reo en cada supuesto enjuiciado, que ha de inferirse de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del encausado. Esta obligación de motivar este tipo de penas ha sido también reiteradamente acordada por la jurisprudencia, con devolución en algunos casos a la Sala de instancia de lo actuado para que salvarse ese defecto...*».

situación económica²⁷¹. Por su parte, la STS 175/2001, de 12 de febrero señala en su FJ 6º que las exigencias del artículo 50.5 CP no implican «*que los Tribunales deban efectuar una inquisición exhaustiva de todos los factores directos o indirectos que pueden afectar a las disponibilidades económicas del acusado, lo que resulta imposible y es, además, desproporcionado, sino únicamente que deben tomar en consideración aquellos datos esenciales que permitan efectuar una razonable ponderación de la cuantía proporcionada de la multa que haya de imponerse*»²⁷². Finalmente, la jurisprudencia del Alto Tribunal se ha consolidado en el sentido apuntado anteriormente, de tal manera que el mínimo absoluto de la cuantía se reserva sólo para los casos extremos²⁷³ y, para los casos en los que no hay una suficiente indagación sobre la capacidad económica, una cuota bastante cercana al mínimo²⁷⁴.

Si esta es la situación actual en relación con el delincuente común, más problemático se antoja aun el caso del delincuente económico. Como señala FERNÁNDEZ TERUELO este tipo de delincuente «*dispone casi por definición de los conocimientos y medios necesarios para ocultar su patrimonio, cumpliéndose casi siempre el axioma de que “el buen delincuente económico siempre es insolvente”*»²⁷⁵.

²⁷¹ Ver STS 1800/2003 de 20 de noviembre FJ 1º «*número 4º del mismo precepto dispone que la cuota diaria tendrá un mínimo de doscientas pesetas y un máximo de cincuenta mil. Y como en este caso se ha impuesto una cuota diaria de mil pesetas, muy próxima al mínimo legal e inferior al salario mínimo, ello supone que el Tribunal sentenciador ha considerado igualmente mínimos los posibles ingresos del acusado y como muy bien señala el Ministerio Fiscal, al impugnar el motivo, ante la ausencia de datos que le permitieran concretar lo más posible la cuota correspondiente, ha acudido a una individualización “prudencial” propia de las situaciones de insolvencia y muy alejada de los máximos que prevé el Código Penal. Para ello sin duda, ha tenido en cuenta la profesión de agente de seguros a la que se dedicaba el acusado cuando cometió los hechos objeto de enjuiciamiento, por lo que la cuota diaria señalada en modo alguno puede ser considerada desproporcionada a sus circunstancias personales*».

²⁷² En el mismo sentido las SSTs 1959/2001, de 26 de octubre; 1647/2001, de 26 de octubre.

²⁷³ Ver, entre otras, la STS 146/2006 FJ 2º «*Ha de tenerse en cuenta que, como señala acertadamente el Ministerio Fiscal, el reducido nivel mínimo de la pena de multa en el Código Penal debe quedar reservado para casos extremos de indigencia o miseria, por lo que en casos ordinarios en que no concurren dichas circunstancias extremas resulta adecuada la imposición de una cuota prudencial situada en el tramo inferior, próxima al mínimo, como sucede en el caso actual con la cuota diaria de mil pesetas*».

²⁷⁴ Ver, entre otras, la STS 1939/2003 FJ 2º «*La insuficiencia de estos datos no debe llevar automáticamente y con carácter generalizado a la imposición de la pena de multa con una cuota diaria cifrada en su umbral mínimo absoluto (200 ptas.), como pretende el recurrente, a no ser que lo que en realidad se pretenda es vaciar de contenido el sistema de penas establecido por el Poder Legislativo en el Nuevo Código Penal convirtiendo la pena de multa por el sistema legal de días-multa en algo meramente simbólico, en el que el contenido efectivo de las penas impuestas por hechos tipificados en el Código Penal acabe resultando inferior a las sanciones impuestas por infracciones administrativas similares, que tienen menor entidad que las penales, como señalaba la sentencia de esta Sala de 7 de julio de 1999 (RJ 1999\280)*».

²⁷⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Instituciones de derecho penal ...op. cit.*, p. 162.

Si volvemos la mirada hacia la discusión sobre las personas jurídicas, podemos afirmar que, aunque no siempre se les impute a éstas responsabilidad penal por delitos socioeconómicos sí que la podemos encasillar en el concepto de delincuente económico. Por lo tanto, si tenemos en cuenta la práctica judicial que se está llevando a cabo en relación con la indagación de la capacidad económica las personas físicas y también los especiales conocimientos económicos que poseen las personas jurídicas, en general, y las empresas, en especial, sólo podemos augurar un panorama igual de incierto y poco riguroso en relación con la motivación del importe de la cuota de la multa que se vaya a imponer a los entes colectivos.

Buen ejemplo de lo que acabamos de decir son algunas de las resoluciones dictadas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas a lo largo de los primeros años trascurridos desde la reforma del año 2015. Vaya por delante el hecho de que, a pesar de que las sentencias dictadas hasta el momento, sumando las del Tribunal Supremo y los demás órganos jurisdiccionales, se acercan a un número considerable las condenas a este tipo de entes son más bien pocas.

Uno de los primeros casos en los que encontramos una condena a la persona jurídica es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 51/2014 de 3 de noviembre de 2014 en la cual, entre otras penas, se imponen unas multas cuyas cuantías rondaban los ochocientos millones. A pesar de las cuantías sumamente altas, la única explicación que encontramos en relación con la multa de cada uno de los entes es: *«en atención a la previsión contenida en el art.369 bis en relación con el art. 31 ambos del Código Penal la imposición de multa por la cuantía de la misma en la suma pedida por la acusación pública de 775.633.440 €, mínimo fijado en el art. 369 bis apartado a) del Código Penal»*²⁷⁶.

La conocida STS 154/2016 de 29 de febrero de 2016, resolución que resuelve el recurso interpuesto contra el anterior pronunciamiento de la Audiencia Nacional, si bien examina y corrige la imposición de las penas interdictivas que se habían impuesto, no hace ninguna valoración en relación con la multa. La Audiencia Nacional impone a todas las personas jurídicas condenadas el mínimo de la pena de multa. En el caso concreto se condena en virtud del artículo 369 bis, precepto que establece de manera alternativa o bien la pena de días-multa o bien la multa proporcional, debiendo elegirse

²⁷⁶ Ver FJ 6º Sentencia de la Audiencia Nacional de 51/2014 de 3 de noviembre de 2014.

aquella que arroje un resultado mayor. Si el mínimo impuesto, es decir, el triple del valor de la droga ha dado un resultado de casi ochocientos millones, está claro que, en base al criterio de elección del sistema de multa que mayor resultado arroje, aquí lo procedente era la pena proporcional. Hay que preguntarse si, ante la impresionante cifra resultante de la aplicación del mínimo, cuánta que pocas empresas en nuestro país podrían afrontar, hubiera tenido sentido que la Audiencia se planteara indagar sobre la situación económica de la empresa para comprobar si debía subir por encima de dicho mínimo legalmente establecido. Ciertamente, en este caso, no hubiera tenido sentido dicha indagación, máxime cuando se había acordado también una pena de disolución.

Esta situación, es decir, la de imponer la pena de multa del mínimo legal se repite en muchas de las demás sentencias en las que se puede encontrar una condena a las personas jurídicas. En concreto podemos observar que se da el mismo patrón en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 203/2015 de 8 de mayo de 2015, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 29/2017 de 28 de septiembre de 2017, Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca 141/2017 de 20 de noviembre de 2017, todas ellas resoluciones recurridas ante el Tribunal Supremo que han dado lugar a pronunciamientos importantes²⁷⁷, en cuanto que han servido para aclarar muchos aspectos sobre el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no el que nos ocupa ahora, es decir, su capacidad económica.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo 746/2018 de 13 de febrero de 2019, pronunciamiento muy importante en relación con la determinación de la pena, si bien se ocupa de la modulación de las penas de multa de las personas físicas y jurídicas, no hace ni la más mínima indicación sobre la capacidad económica de la empresa a la que se condena. Sobre esta resolución se volverá líneas más adelante al hilo del estudio del último inciso del artículo 31 ter. 2 CP.

En la Sentencia 7/2018 de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 2 de marzo de 2018 sí que podemos encontrar la imposición de una pena de multa que se aleja del mínimo legal, y, como consecuencia de ello, podemos

²⁷⁷ STS 221/2016 de 16 de marzo de 2016 resolución que se dicta como consecuencia del recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres 203/2015 de 8 de mayo de 2015; STS 561/2018 de 15 de noviembre de 2018 que resuelve recurso interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 29/2017 de 28 de septiembre de 2017; STS 742/2018, de 7 de febrero de 2019 resuelve recurso interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca 141/2017 de 20 de noviembre de 2017.

encontrar una escueta referencia al tema que ahora nos ocupa. El fundamento jurídico quinto de la citada sentencia establece literalmente lo siguiente: *«Las penas se han impuesto en el mínimo legal, con excepción de la correspondiente a la defraudación del IVA que se ha impuesto en su grado medio en atención a la elevada cuantía de la cuota tributaria defraudada»*. De la frase antes resaltada, podemos entender que, el Tribunal más que una indagación en relación con la capacidad económica de la empresa allí condenada, lo que hace es una deducción lógica según la cual una alta cuota tributaria defraudada es indicativo de unos altos ingresos. Al mismo tiempo que hay que aplaudir la resolución por el hecho de motivar la imposición de la multa, hay que criticar que el criterio ofrecido (tener en cuenta la cuota tributaria defraudada) es poco fiable. Decimos que es poco fiable puesto que una determinada cuota defraudada, normalmente, va referida a un momento bastante anterior a aquel en el que se impone la multa. Debido a la duración de los procesos, la multa se impone años después al ejercicio económico en el que se ha cometido el delito fiscal. Junto a esta razón, se puede añadir que unos altos ingresos, por sí solos no son reflejo, necesariamente, de una buena situación económica, si no se ponen en relación con los gastos. Una determinada empresa puede tener una gran cantidad de ingresos por la actividad que desarrolla, pero los gastos fijos pueden arrojar unos resultados negativos. Volviendo al caso concreto, hay que resaltar que la Sentencia del Tribunal Supremo 123/2019 de 8 de marzo de 2019 acabó anulando la sentencia de la Audiencia por razones que no vienen al caso²⁷⁸ y, por lo tanto, este criterio se ha quedado sin virtualidad alguna.

Para cerrar este recorrido jurisprudencial por las pocas resoluciones que han acabado en condena de las personas jurídicas se puede traer a colación la Sentencia 491/2018 de la Sección 30ª de la Audiencia Provincial de Madrid en la cual se condena a una persona jurídica por un delito de tráfico de drogas. Resulta especialmente interesante, por los motivos que mencionaremos, traer a colación la fundamentación del Tribunal en relación con la cuantía de la multa: *«Siguiendo la opción del Ministerio*

²⁷⁸ La persona física y la persona jurídica habían sido representadas en el proceso por el mismo Abogado y Procurador lo que dio lugar a un conflicto de intereses. El Tribunal Supremo falla en el siguiente sentido: *«Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Representaciones Lito, S.L. y por D. Amador, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Cuarta, de fecha 2 de Marzo de 2018, casando y anulando la sentencia impugnada, así como el juicio oral, y retrotrayendo las actuaciones al momento del señalamiento del plenario, con la finalidad de proceder a la celebración de un nuevo juicio oral por Tribunal integrado por Magistrados distintos, debiendo citarse a las partes en la forma establecida en los fundamentos jurídicos de esta Sentencia. Y, en su caso, permitiendo a la persona jurídica la designación de nueva dirección letrada o designándola de oficio si fuera pertinente»*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Fiscal en la penalidad alternativa de multa ordinaria o proporcional, se impone a la persona jurídica, en atención a la cantidad de droga intervenida y peligrosidad de su participación en los hechos, la MULTA de DOS AÑOS, con una cuota diaria más moderada que la solicitada por el Ministerio Fiscal, que fijamos en 100 euros al día, teniendo en cuenta los datos de las operaciones que constan en el informe tributario que nos indican que se trata de una PYME cuyos beneficios presumibles no autorizan a la imposición de una cuota más elevada» En primer lugar, llama la atención el hecho de que para la imposición de la multa se tenga en cuenta la peligrosidad. No obstante, dejando de lado la anterior observación, hay que señalar, lo que, en mi opinión, se puede calificar como un aspecto positivo el examen de las operaciones (no sabemos cuántos ejercicios económicos se han tenido en cuenta) de la empresa condenada. En este caso, a diferencia de otras sentencias analizadas anteriormente, la información tributaria se utiliza con algo más de acierto, dado que permite llegar a un dato objetivo como el de la calificación de la empresa como una PYME. No obstante, aunque es de apreciar esta actuación del Tribunal, hay que decir que el dato tampoco resulta del todo útil. La calificación de la empresa como una PYME²⁷⁹ no ayuda por dos razones. En primer lugar, porque la cantidad de ingresos no se acota demasiado si tenemos en cuenta que uno de los criterios que se utiliza para tal calificación, es el de los ingresos que no superen los cincuenta millones de euros, umbral que, en el caso de superarse, se perdería esta calificación. En segundo lugar, la insuficiencia del criterio utilizado por el tribunal se justifica por la misma razón apuntada en relación con otras sentencias: los ingresos por sí mismos no reflejan la situación económica. Por último, y junto a los problemas puestos de manifiesto anteriormente se tiene que señalar que el Tribunal presume, no determina, unos beneficios que impedirían la imposición de una pena de multa mayor de 72.000 € (suma resultante de la pena de multa de dos años y 100 € de cuota diaria).

Por lo tanto, aunque el número de sentencias condenatorias es escaso hasta el momento, situación que confiamos que cambie en este aspecto, es suficiente para llegar a la conclusión, de momento provisional, de que la determinación de la pena de multa

²⁷⁹ Ver definición ofrecida por el Diccionario del español jurídico «*pyme Eur. y Merc. Pequeña y mediana empresa. Empresa que ocupa a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones de euros o cuyo alance general anual no excede de 43 millones de euros. Recomendación de la Comisión, de 6-V-2003, sobre la definición de microempresa, pequeñas y medianas empresas, art. 2, Circular 3/2008, de 22-V, del Banco de España, a entidades de crédito, sobre determinación y control de los recursos propios mínimos, norma decimocuarta*» consultado en <https://dej.rae.es/lema/pyme>.

de las personas jurídicas, en base a la capacidad económica, no muestra signos de que vaya a tratarse de manera diferente a como se hace en relación con las personas físicas. Todo ello sin perjuicio de que, al motivarse tan escuetamente, la imposición de la multa no siempre queda claro si la continua utilización de mínimo legal es consecuencia de las circunstancias del caso concreto o es una práctica tendente a evitar la, reconozcámoslo, difícil tarea de indagar sobre la situación económica de la persona jurídica. Por otro lado, este fenómeno podría explicarse también en base a que determinada multa podría provocar la disolución de la persona jurídica, lo que obviamente no ocurre con las físicas e iría en contra del criterio de conservación de la empresa que subyace en las previsiones de aplazar y dividir el pago presente en la regulación.

2. La multa proporcional

2.1. Aspectos generales

Al igual que ocurre con la regulación del sistema días-multa, en el caso de la multa proporcional también se ha aprovechado la regulación que existía para las personas físicas. Así, el artículo 52 del CP establece en su primer párrafo lo siguiente: *«No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores y cuando el Código así lo determine, la multa se establecerá en proporción al daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo»*. De hecho, con la reforma del año 2010 la única especialidad que se añade al citado precepto, en relación con las personas jurídicas, es el párrafo cuarto que establece un sistema sustitutorio en el que se aplicará la pena de multa por cuotas cuando no se puedan determinar los parámetros sancionadores.

Sin entrar, por el momento, en los específicos problemas de interpretación que surgen al poner la regulación de la multa proporcional en relación con las personas jurídicas hay que hacer algunas reflexiones generales sobre este sistema. La multa proporcional se calcula en base a múltiplos, divisores o tantos por cientos que se aplican a una magnitud determinada. Como se pudo observar líneas arriba, el artículo 52 CP toma en cuenta el daño causado, el valor del objeto del delito o el beneficio obtenido con el mismo. No obstante, estas no son las únicas magnitudes o referencias que se toman como base para el cálculo de la multa proporcional. A poco que nos acercamos a

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

la parte especial del Código Penal, podemos observar otros parámetros que se toman en cuenta para el cálculo de este tipo de multa.

Para respaldar la anterior afirmación, se hace necesario mencionar los siguientes supuestos de la parte especial: el artículo 251 bis CP (estafas), que toma en cuenta la cantidad defraudada; el artículo 288 CP (propiedad intelectual, industrial, mercado y consumidores), que deja abierta la posibilidad de que la multa proporcional se calcule tanto en base al **beneficio** obtenido como en base al que se **hubiere podido obtener**; el artículo 304 bis que, en relación con la financiación ilegal de partidos, toma en cuenta el **valor o el exceso de la donación** realizada; el artículo 310 bis, en relación con los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, que utiliza como factor multiplicador la cantidad defraudada o indebidamente obtenida; la previsión del artículo 377 CP, cuyo contenido establece que *«Para la determinación de la cuantía de las multas que se impongan en aplicación de los artículos 368 al 372, el valor de la droga objeto del delito o de los géneros o efectos intervenidos será el precio final del producto o, en su caso, la recompensa o ganancia obtenida por el reo, o que hubiera podido obtener»*; y, por último, podemos añadir el **valor aparente de la moneda**, concepto tomado en cuenta por el artículo 386 del CP al establecer la penalidad del delito de falsificación de moneda.

La diferencia entre el sistema de días-multa y el proporcional no se da sólo en relación con los aspectos comentados hasta el momento, sino que también se puede observar una distinta forma de determinar la pena de multa. El segundo párrafo del artículo 52 del CP establece que *«en estos casos, 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.»*. Dicha diferencia no reside en que se tome en cuenta la capacidad económica, aspecto ya analizado líneas arriba y al que nos remitimos, sino en el hecho de que no queda claro cuándo entra en juego dicha capacidad económica y cuándo las reglas de determinación de las penas del artículo 66 CP. Autores como TAMARIT SUMALLA consideran que *«la multa proporcional constituye una excepción a la aplicación de las reglas del artículo 66, como corresponde al sistema tradicional de la multa, en el que la consideración de las circunstancias modificativas de responsabilidad aparece inevitablemente confundida*

con la valoración de la situación económica del culpable»²⁸⁰. Sin embargo, hay opiniones contrarias como la de MAPELLI CAFFARENA, que hace las siguientes reflexiones en relación con esta cuestión: «Los Jueces y Tribunales impondrán esta pena dentro de los límites fijados, pero sin atender las reglas generales del art. 66 que establecen los criterios para valorar las circunstancias modificativas de la responsabilidad. En absoluto, se quiere decir que no deben ser tenidas en cuenta dichas circunstancias, ni tampoco que no puedan considerarse supletorias las referidas reglas, tan sólo pretende el legislador asegurar una mayor discrecionalidad judicial en su apreciación para poder valorar “principalmente” la situación económica del culpable»²⁸¹. Por lo tanto, a la, ya de por sí complicada, cuestión relativa a la necesidad de indagación sobre capacidad económica se suma el problema de la aplicación de las reglas de determinación del artículo 66 CP.

Más allá de los problemas técnicos que surgen en relación con los parámetros sancionadores y con la determinación de la multa proporcional, sigue abierto un debate sobre la conveniencia o no de la adopción de este sistema por parte de nuestro ordenamiento jurídico. Este debate va referido por igual a las personas físicas y a las personas jurídicas. Algunos autores consideran que la presencia simultánea de los dos sistemas de multa, por cuotas y proporcional, resulta «perturbador y contradictorio»²⁸². En cambio, autores como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ no han demonizado tanto este sistema, al considerar que «no puede desdeñarse totalmente la conveniencia de mantener la pena de multa proporcional para permitir sobrepasar los límites máximos impuestos por el sistema de días-multa, sobre todo para ser aplicada a determinadas clases de delitos que generan relevantes beneficios»²⁸³. También se ha sostenido la adecuación de la pena de multa proporcional para aquellos casos en los que un

²⁸⁰ TAMARIT SUMALLA, J.M. «Sección 4ª De la pena de multa» en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español, Tomo I (Artículo 1-223)*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 487.

²⁸¹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...op. cit.*, p. 237.

²⁸² GRACIA MARTÍN, L., «La pena de multa» en GRACIA MARTÍN, L., (Coord.) *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 200.

²⁸³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., «La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995 (Los días-multa y la multa proporcional, con referencia a la responsabilidad subsidiaria en caso de impago)», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 20, 1997, p. 252.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

determinado comportamiento se sanciona en el Derecho administrativo con multas superiores a las que pudieran resultar de la aplicación de sistema días-multa²⁸⁴.

Hay autores, como BAUCELLS LLADÓS que ni siquiera en relación con las personas jurídicas ven conveniente recurrir a la pena de multa proporcional²⁸⁵. Otros, en cambio, consideran que sí es una opción recomendable acudir a este tipo de multa, debido a que se evita el límite máximo muy escaso que tiene el sistema días-multa y que no es el adecuado para luchar contra la delincuencia económica²⁸⁶. No obstante, la solución de este problema pasaría por una modificación legislativa que aumentara el límite máximo.

Como se pudo observar a lo largo de las anteriores reflexiones, detrás del debate sobre la justificación de la multa proporcional planea continuamente la idea de combatir o privar de los beneficios derivados de la comisión de los delitos. En opinión de ROBLES PLANAS, el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas está diseñado para legitimar al Estado a adoptar medidas como la multa que eviten las ganancias ilícitas²⁸⁷. Por su parte, FARALDO CABANA también considera que la razón que ha motivado la incorporación de la multa proporcional al sistema punitivo de las personas jurídicas es la recuperación de bienes ilícitos, y que de esta manera se inserta en «*la trilogía de los remedios penales más efectivos para la recuperación de bienes obtenidos ilícitamente junto con el decomiso y la exigencia de responsabilidad tributaria por infracciones fiscales*»²⁸⁸. Otra observación muy importante que hace la citada autora es que, aunque la mencionada recuperación de las ganancias ilícitas es fundamental para la lucha contra la delincuencia económica, no se puede perder de vista que, a veces, se produce una aproximación a la confiscación total de bienes, característica del Derecho

²⁸⁴ En contra de este argumento ROCA AGAPITO, L. «La pena de multa» ...*op. cit.*, p.88 «*Los argumentos que se aducen a favor de su mantenimiento no parecen del todo convincentes. En primer lugar, el problema de las elevadas multas administrativas, muchas veces superiores a las penales, es un problema real, pero la solución correcta no consiste en mantener la multa proporcional, sino en un replanteamiento general de los límites entre lo ilícito penal y lo ilícito administrativo*».

²⁸⁵ BAUCELLS LLADÓS, J., «Las penas previstas para las personas jurídicas...*op. cit.*, p.195.

²⁸⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...op. cit.*, p. 237.

²⁸⁷ ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *La Ley*, núm. 7705, 2011, p. 12 «*Tal obligación no implica un reproche por el hecho delictivo precedente, sino simplemente la legitimación del Estado para actuar sobre la empresa que se enriquece injustamente. Al no existir reproche por el delito cometido, a los titulares de la persona jurídica únicamente puede exigírseles que mantengan un status quo caracterizado por la obtención lícita de ganancias. Y eso es lo que pretende la multa prevista en el nuevo sistema regulado en el Código Penal español: incentivar para que en el ámbito de la persona jurídica no se introduzcan ganancias provenientes de hechos delictivos y, en esa medida, combatir la perpetuación del estado de injusto producido por la comisión del hecho.*».

²⁸⁸ FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 134.

español histórico. De hecho, considera que se evidencia, claramente, el efecto confiscatorio en aquellos casos en los que se ha establecido de manera alternativa la multa por cuotas y proporcional siendo obligatorio elegir aquel sistema que arroje una cuantía mayor²⁸⁹.

Con independencia de la preferencia o no por este sistema proporcional, cierto es que, el legislador lo ha utilizado en casi tantos supuestos como ha recurrido a la pena de multa por cuotas, sin perjuicio de aquellos casos en los que los dos sistemas se prevén de manera alternativa y que no computan a efectos de esta observación.

Por último, hay que mencionar que en la parte especial del Código Penal sólo encontramos un supuesto (el artículo 288 CP²⁹⁰), en el que se establezca como límite mínimo el tanto del coeficiente multiplicador; en el resto de los casos dicho límite viene constituido por el doble o el triple de la cantidad correspondiente.

2.2. El régimen sustitutorio

El artículo 52.4 del CP²⁹¹ establece un inédito sistema de sustitución de la pena de multa proporcional por el sistema días-multa cuándo no sea posible determinar el parámetro sancionador. En las líneas que siguen vamos a tratar los problemas que se derivan de los presupuestos para que se aplique esta previsión y no tanto en cómo ha de hacerse, no plantea mayores dificultades bastando con aplicar las horquillas que establece el precepto ahora analizado.

La primera pregunta que surge es por qué antes de la reforma del año 2010 no se ha planteado la misma cuestión en relación con las personas físicas y por qué después de la modificación legislativa de dicho año sigue persistiendo la diferencia entre los dos

²⁸⁹ FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 134.

²⁹⁰ Cfr. Art. 288 2º. CP «b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.».

²⁹¹ Cfr. Art. 52.4. CP «4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

a) 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.

b) 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.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.»

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

tipos de sujetos. Hasta la aparición de la responsabilidad penal de las personas jurídicas el legislador no se ha planteado este problema. En relación con las personas físicas ¿no se puede dar la imposibilidad del cálculo de la multa proporcional, precisamente, por no poder determinar el beneficio obtenido, el perjuicio causado, etc.? Desde luego que sí; sin embargo, para el caso de las personas físicas no contamos con un sistema parecido al régimen subsidiario previsto para las personas jurídicas. Con independencia de los problemas que se pudieran derivar de un sistema así, que analizaré enseguida, una solución como ésta podría ser positiva debido a la seguridad jurídica que confiere.

Podemos hacer referencia a alguna sentencia en la cual no se ha procedido a la imposición de la pena de multa de la persona física debido a que no se ha determinado el parámetro sancionador. Esta situación se ha dado, de una forma muy clara, en relación con la imposición de multas proporcionales por la comisión de delitos de tráfico de drogas. Incluso, podemos decir que existe una jurisprudencia consolidada al respecto. Sin, ánimo de ser exhaustivos, podemos mencionar las siguientes sentencias: Las SSTS 1085/2000, de 26 de junio, 1529/2000 de 3 de octubre, 1997/2000, de 28 de diciembre, 1998/2000 de 28 de diciembre recuerdan que en el caso en el que no quede probado el valor de la droga no procederá la imposición de multa. Muy interesantes pueden resultar las reflexiones vertidas por el Alto Tribunal en la STS 947/2007 de 2 de noviembre de 2008 donde, además de recordar la consolidada jurisprudencia en esta materia, manifiesta lo siguiente en el fundamento jurídico segundo: *«Pese a todo, no deja de resultar llamativo que un error en la instrucción de la causa provoque como efecto la imposibilidad de imponer la pena fijada en el tipo descrito en el art. 368 del CP. La determinación del quantum de la multa y, lo que es más importante, la existencia misma de esa sanción pecuniaria, no son cuestiones ajenas a la política criminal y a razones de prevención general y especial que se ven frustradas por la falta de exhaustividad del factum. En tales casos, la imposición de la pena en la cuota mínima prevista por la Ley -art. 50.3 y 4 CP- traería consigo el indeseado efecto de sustituir el criterio excepcional que el legislador ha querido establecer en el art. 377 del CP - multa proporcional - por el sistema ordinario de días multa, solución más que discutible a la luz de exigencias básicas inherentes al principio de legalidad»*

La improcedencia de la imposición de una pena de multa proporcional a la persona física cuando no se ha determinado el *quantum* del parámetro sancionador se ha resuelto, vía jurisprudencial y sólo en relación con el delito de tráfico de drogas. Por lo

tanto, es cuanto menos llamativa la diferencia de trato que hay entre la persona física y la jurídica. El primero de los sujetos, la persona física, ha obtenido la seguridad jurídica tras verse obligada a recurrir contra un problema derivado de la falta de previsión legislativa que consiste en la ausencia de pautas de actuación cuando no se puede calcular la multa proporcional, cuestión que ha sido resuelta por la jurisprudencia vía principios generales del Derecho Penal, pero sólo de forma parcial, únicamente en relación con el delito de tráfico de drogas. Por su parte, las personas jurídicas gozan de una seguridad jurídica plena con la previsión del artículo 52.4 del CP que contempla todos aquellos delitos penados con una multa proporcional.

Si hasta ahora estuvimos contemplado las situaciones de los dos sujetos por separado, resta ahora contemplar aquella hipótesis en la cual tanto persona física como jurídica están penadas con una multa proporcional. Aunque es cierto que dicha situación no se plantea con frecuencia, hay algunos ejemplos en los que la penalidad de la persona jurídica y física tienen como punto común la multa proporcional. Encontramos esta situación en los delitos de daños informáticos, artículos 264 a 264 quáter, en los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, en los relativos al mercado y a los consumidores y, en concreto, hay que referirse al artículo 288.2º b) en relación con el artículo 286 ter; en los delitos contra la Hacienda y la Seguridad Social, con especial atención al artículo 310 bis y al 305, si bien sobre este supuesto se harán unas precisiones más adelante; el propio delito de tráfico de drogas al que hemos hecho mención líneas arriba; el delito de falsificación de moneda regulado en el artículo 386; el delito de financiación de terrorismo previsto en el artículo 576; y los supuestos previstos en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando.

En los casos en los que, se ha constatado la comisión del delito, pero no el valor exacto del factor multiplicador, no creo que haya inconveniente en que la solución ofrecida por la jurisprudencia para el caso de los delitos de tráfico de drogas se extienda también a estos supuestos. Por lo tanto, cuando la imposibilidad del cálculo de la multa proporcional vaya referida tanto a la persona física como a la jurídica, desde mi punto de vista las soluciones deberían ser distintas. Para el caso de las personas físicas lo procedente será no imponer la pena de multa proporcional y, en cuanto a las personas jurídicas se refiere, habrá que acudir al régimen subsidiario previsto en el artículo 52.4 del Código Penal.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Examinada la forma de tratar este mismo problema en relación con las personas físicas, vista la forma de actuar, que, en mi opinión, debería seguirse cuando el problema de la imposibilidad del cálculo de la multa proporcional se da de manera simultánea para el caso de las personas físicas y jurídicas, es momento de analizar algunos problemas en relación con los presupuestos de la aplicación de esta previsión.

No queda claro si la lista de conceptos establecida en el artículo 52.4 del CP²⁹², cuya indeterminación imposibilitaría el cálculo de la multa, es exhaustiva o solo ejemplificativa. El último inciso del artículo 52 CP hace referencia únicamente, al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto y a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida.

En la parte especial, encontramos algún concepto más que no está incluido en la lista mencionada anteriormente.

A continuación, nos disponemos a examinar si estos conceptos pudieran incluirse o no en la previsión del artículo 52.4 CP.

En primer lugar, podemos mencionar el artículo 288 CP (delitos relativos a la propiedad intelectual, industrial y al mercado y consumidores) que establece la posibilidad de que se tome en consideración el beneficio que se hubiere podido obtener. Este concepto, en mi opinión, es distinto del beneficio obtenido o facilitado y, por lo tanto, no tiene encaje en la previsión del artículo 52.4 CP. En consecuencia, en estos delitos no se puede acudir al sistema subsidiario que permite sustituir la multa proporcional por el sistema días-multa.

En segundo lugar, tenemos que hacer referencia al «*valor o exceso de la donación*», parámetro sancionador del artículo 304 bis CP, que castiga la financiación ilegal de los partidos políticos. Aquí surge la duda de si este concepto lo podríamos

²⁹² Cfr. art. 52.4 CP «4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al **beneficio obtenido o facilitado**, al **perjuicio causado**, al **valor del objeto**, o a la **cantidad defraudada o indebidamente obtenida**, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

a) 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.

b) 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.

c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.»

incluir en el «*valor del objeto*», referencia contenida en el artículo 52.4 CP. Aunque ciertamente, el dinero se puede calificar, desde un punto de vista jurídico, como un bien mueble fungible o, sin exagerar, ultrafungible, no creo que sea posible incluir el valor de la donación en el concepto de valor del objeto al que hace referencia el precepto ahora analizado. Por otro lado, en el Código Penal y el resto de la normativa extrapenal se utiliza el término «*cantidad*» para referirse a cuantías dinerarias. Dado que hemos mencionado el concepto de cantidad hay que resaltar el hecho de que el valor o exceso de la donación tampoco encajaría en el último inciso del artículo 52 debido a que éste hace referencia a cantidad defraudada o indebidamente obtenida. Es decir, los adjetivos que acompañan al concepto de cantidad le confieren a ésta unas características que la convierten en un concepto más estricto que no podría abarcar, en mi opinión, el valor al que se refiere el artículo 304 bis CP. La donación a la que hace referencia el, tan repetido, artículo 304 bis del CP no es una cantidad defraudada y, considero que tampoco es una cantidad indebidamente obtenida ya que este concepto hace referencia a dinero proveniente del erario público que se destina a los ciudadanos por razones muy concretas. No obstante, la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos, no hace referencia sólo a las donaciones dinerarias, sino también a donaciones de bienes inmuebles, concepto que sí podría encajar en el artículo 52 al contemplar el valor del objeto. Ante esta situación se podría dar el llamativo caso en el que el régimen subsidiario que prevé la sustitución de la multa proporcional por el sistema días-multa se aplicaría o no en función de si la donación es dineraria o es de un bien inmueble. Si la donación fue dineraria no se podría aplicar el sistema subsidiario del artículo 52, mientras que si la donación fue de un inmueble entonces sí.

El último de los casos que tampoco está contemplado expresamente en la lista del artículo 52.4 es el concepto de valor aparente de la moneda, parámetro en base al cual se calcula la pena de multa proporcional contemplada por el artículo 386 CP que regula el delito de falsificación de moneda. Aquí, aunque se habla de valor y de cantidad monetaria, hay que remitirse a lo dicho anteriormente sobre la cantidad defraudada o indebidamente obtenida.

Cuando hemos analizado los casos anteriores lo hicimos siempre desde la óptica de la posibilidad de si dichos conceptos pudieran considerarse incluidos en el artículo 52.4 del CP o no, porque consideramos que aquellos conceptos son los únicos que pueden dar lugar a la aplicación al régimen subsidiario. En primer lugar, considero que

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

para recurrir al régimen sustitutorio en base a un concepto distinto a los contemplados en el artículo 52.4 se debe establecer expresamente tal posibilidad en los tipos de la parte especial. En mi opinión, sería contrario al principio de legalidad acudir al sistema días-multa en los términos del artículo 52, por ejemplo, en el caso del artículo 288 que para el cálculo de la multa toma en consideración el beneficio que se hubiere podido obtener. En los tipos de la parte especial no se da la posibilidad de recurrir al régimen subsidiario por lo que para incluirlo en los supuestos del artículo 52 CP, a través de una interpretación muy forzada, habría que recurrir a la analogía, lo que no resulta admisible en nuestra rama del derecho.

Tanto los supuestos problemáticos anteriormente mencionados, exceptuando el 288 CP, como algunos que no plantean problemas desde un punto de vista de la contemplación expresa por parte del artículo 52.4 CP, nunca podrán verse sometidos al régimen subsidiario. Hay algunos delitos donde los conceptos como la cantidad, el valor del objeto y demás parámetros contemplados por el artículo 52.4 CP no constituyen sólo el factor multiplicador, sino que también forman parte del tipo objetivo. Por lo tanto, en estos casos, de la inexactitud del factor multiplicador no se derivará un problema de determinación de la pena, sino que supondrá la imposibilidad de apreciar la comisión del delito mismo.

Para ser más claros podemos tomar como ejemplo los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social en relación con los cuales el artículo 305 CP exige que la cantidad defraudada o indebidamente obtenida exceda de ciento veinte mil euros. En este caso no podemos apreciar el tipo penal si no tenemos determinada la cantidad defraudada. La misma situación se repite en el caso del delito de financiación ilegal de partidos, los delitos de falsificación de moneda y también las conductas tipificadas en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, todos ellos supuestos en los que el tipo objetivo requiere que se supere cierta cantidad para que se aprecie la existencia del delito.

En base a todo lo dicho hasta ahora, creo que se podría afirmar que, el régimen subsidiario según el cual en aquellos casos en los que no se puede calcular la multa proporcional habrá que recurrir al sistema de días-multa es, en primer lugar, discriminatorio respecto de la persona física. Dicha discriminación se produce porque no hay ningún elemento específico que justifique que a la persona jurídica se le aplique

un régimen que contemple y resuelva la posibilidad de que la multa proporcional no se pueda calcular y a la persona física no. Como hemos comprobado líneas arriba, la situación de las personas físicas se ha resuelto, vía jurisprudencial, pero sólo en relación con el delito de tráfico de drogas. La solución definitiva pasaría, una vez más, por una reforma legislativa.

3. Cuestiones comunes a los dos sistemas: ¿el aplazamiento y la reducción del importe de la multa impuesta a la persona jurídica?

La regulación de la pena de multa y, en especial, las previsiones relacionadas con las facilidades de pago, es decir, aplazamiento, reducción del importe y fraccionamiento han generado serias dudas interpretativas. Sin detenernos ahora en la evolución legislativa de estas figuras, marcada por la entrada en vigor del Código Penal del año 1995 y por la reforma operada por la Ley Orgánica 15/2003, hay que señalar que la cuestión del fraccionamiento de la pena de multa impuesta a las personas físicas nunca gozó de una previsión expresa y la cuestión, como tantas otras, se tuvo que resolver por vía jurisprudencial.

Hoy por hoy, y tras varias reformas de calado, la cuestión no ha mejorado, sino que, incluso, se ha complicado, debido a que sobre la regulación previamente existente para las personas físicas se ha añadido alguna previsión específica para la persona jurídica, pero sin quedar claro si a este nuevo sujeto le resulta de aplicación toda la normativa establecida en los artículos 50 a 53 del CP o sólo aquellas referencias expresas que se hacen sobre el mismo.

Centrándonos ahora en las facilidades de pago, veamos cuál es la situación actual. Hay que recordar que, en relación con el sistema días-multa, el artículo 50.6 establece la posibilidad de que la multa sea aplazada durante un periodo que no podrá exceder de dos años desde la firmeza de la sentencia.

Por su parte, y también referido a la pena de días-multa, el artículo 51 CP, mencionando al «*penado*», establece que si varía la situación económica de éste se podrá modificar tanto el importe de las cuotas como los plazos para su pago.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

El artículo 52.3 del CP, precepto que regula la pena de multa proporcional, ofrece la misma posibilidad de reducción del importe y de aplazamiento del pago que veíamos en el caso del sistema días-multa.

Resaltar que esta regulación está presente en nuestro Código Penal desde el año 2003, por lo tanto, mucho antes de la reforma del año 2010. De hecho, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio no alteró en nada la regulación descrita anteriormente. Por lo tanto, y al menos hasta la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dicha regulación iba dirigida exclusivamente a las personas físicas.

Por lo que respecta a las personas jurídicas, la mencionada reforma del año 2010 en relación con aspectos ahora estudiados únicamente añade la regulación específica del fraccionamiento del pago de la multa impuesta a estos entes.

Por lo tanto, la situación actual se caracteriza por tener una regulación expresa del fraccionamiento del pago de la multa para las personas jurídicas, pero no para las físicas. La situación inversa se da cuando nos referimos al aplazamiento y a la reducción del importe, al tener claro que estas dos opciones son aplicables a las personas físicas, pero, al no haber referencia expresa, no sabemos si hay que extenderlas al caso de las personas jurídicas.

En la doctrina encontramos opiniones divididas al respecto. FARALDO CABANA no ve inconveniente alguno en considerar que estas previsiones se aplican también a las personas jurídicas²⁹³, mientras que otros en cambio justifican la posición contraria en el hecho de que para estos entes está previsto únicamente el fraccionamiento en el artículo 53.5 CP²⁹⁴.

Como es obvio, dar una respuesta a la incógnita de si los artículos 50.6 CP, 51 CP, son o no aplicables a la pena de multa impuesta a las personas jurídicas sólo se puede hacer desde la óptica de los distintos métodos interpretativos y ver qué resultados arrojan. Si hacemos una interpretación gramatical está claro que no se hace ninguna referencia a la persona jurídica. Además se puede observar que el plazo del aplazamiento, que no puede exceder de dos años, coincide con el límite máximo de la

²⁹³ FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, pp. 127-128.

²⁹⁴ Ver BAUCCELLS LLADÓS, J., «Las penas previstas para las personas jurídicas...*op. cit.*, p.198; Díez RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la Democracia* núm. 73, 2012, pp.58-59.

pena de multa prevista para las personas físicas, Si a lo dicho, sumamos una interpretación histórica y recordamos que la redacción de los mencionados artículos fue dada en el año 2003, es decir, mucho antes de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, llegamos una vez más a la posibilidad de afirmar que estas previsiones no son aplicables a los entes colectivos con personalidad jurídica.

Aún podemos recurrir a dos métodos interpretativos más: el sistemático y el teleológico. Desde el punto de vista sistemático, la pena de multa de las personas jurídicas y las físicas, como ya hemos recordado en multitud de ocasiones, se regula de manera conjunta, por lo tanto, se podría llegar a la conclusión que la normativa se aplica en bloque a los sujetos, pero cuando ha sido necesario o así lo ha querido el legislador se introducen especialidades. De hecho, en este mismo trabajo, tanto el que suscribe estas líneas como la doctrina citada no ha planteado reparo ninguno cuando se examinó la necesidad de determinar la capacidad económica de la persona jurídica en el momento de la determinación de la cuantía de la multa. En este ejemplo concreto, la situación podría haber planteado, incluso, más dudas al remitirse a unos parámetros para determinar la capacidad económica que nada tenían que ver con las personas jurídicas, como pueden ser las cargas familiares. Por lo tanto, desde esta interpretación sistemática sería posible afirmar que la regulación del aplazamiento del pago y la reducción del importe de multa se pueden extender a las personas jurídicas.

Por último, para hacer una interpretación teleológica es imprescindible, en mi opinión, tener en cuenta las razones por las que se puede justificar el fraccionamiento de la pena de multa impuesta a la persona jurídica. El artículo 53.5 CP establece la posibilidad de que se proceda al pago de manera fraccionada sólo en el caso de que se ponga en peligro la supervivencia de la persona jurídica, el mantenimiento de los puestos de trabajo o así lo aconseje el interés general. Estas circunstancias pueden darse no sólo debido a la imposición de la multa que se quiera fraccionar, sino que también pueden ser una consecuencia de la variación económica y, en concreto, del empeoramiento de dicha situación. Por lo tanto, si el legislador, en el caso de que haya reflexionado sobre la cuestión, tiene por objetivo proteger la continuidad de la empresa, el mantenimiento de los puestos de trabajo e interés general, pues no pondrá en peligro la consecución de dichos objetivos, sin antes recurrir también a las facilidades que implica el aplazamiento o la reducción. Si adoptamos esta interpretación, que en mi opinión supondría una opción válida, hay que hacer la precisión de que la justificación,

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

tanto del aplazamiento del pago, como de la reducción del importe se tiene que hace en base a las causas previstas en el artículo 53.5 del CP.

C. La modulación de las penas de multa impuestas a la persona jurídica y a la persona física. El contenido del artículo 31 ter del CP

1. El contenido del artículo 31 ter del CP

El último inciso del artículo 31 ter del Código Penal establece que «*cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos*». Ya se pudieron observar las distintas críticas que se han ido haciendo al hilo del estudio de las reglas de determinación o incluso al acercarse a la parte especial del CP sobre la relación de las penas de las personas jurídicas con las de las personas físicas. No obstante, este caso es el que más especialidades presenta y el que más desconcierto produce.

La primera observación que hay que hacer es que el legislador introduce una regla de determinación de la pena de multa no entre los preceptos que regulan dicha pena y tampoco en las reglas de determinación de las sanciones susceptibles de imponer a las personas jurídicas, sino al hilo de la configuración del régimen de responsabilidad penal de estos entes. No queda claro el porqué de esta ubicación.

Sin entrar, por el momento, en otras valoraciones o reflexiones, vamos a ver cuál es el alcance de la literalidad de este precepto. Hay que detenerse, en primer lugar, en la expresión «*modularán las respectivas cuantías*» lo que implica que esta regla es de obligado cumplimiento, es decir, no es una potestad, por lo que los jueces y tribunales se encontrarán con ella más pronto que tarde, razón de más para ofrecer una interpretación cuanto antes. Esta obligación de modular se deberá aplicar cuando «*se impusiere*» a ambas personas una pena de multa lo que lleva a la observación de que esta previsión tiene como presupuesto el que los dos sujetos (la persona física y la jurídica) tienen que estar condenados. En cuanto a la multa que se les va a imponer a ambas personas hay que decir que el legislador no ha hecho distinción entre los dos sistemas.

Siguiendo con las primeras observaciones que se derivan de la literalidad hay que poner de manifiesto que la expresión «*cuando por los mismos hechos*» es la que menos encaja con lo que el contenido de los artículos 31 y ss. venía predicando, es decir, la independencia de la responsabilidad entre ambas personas. FARALDO CABANA considera que este inciso pone de manifiesto el que el legislador, aun después de la reforma del año 2015, no tiene claro el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁹⁵.

Para cerrar el acercamiento a esta cuestión parece que el legislador quiere dejar claro cuál es la finalidad de esta previsión. El último inciso del artículo 31 ter obliga a modular la cuantía de las penas de la multa impuestas a las personas físicas y jurídicas «*de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos*».

2. Análisis de la posible justificación y aplicación

Hecha la aproximación al contenido literal del inciso del artículo 31 ter CP, resta reflexionar sobre la justificación de esta norma, los supuestos a los que se aplica y la forma en la que hay que llevarla a la práctica²⁹⁶.

Una de las opiniones más extendidas sobre el porqué de esta previsión es que lo que ha intentado el legislador es evitar un *bis in idem* en aquellos casos los que hay un alto grado de identificación patrimonial entre la persona física y la jurídica. Concretando un poco más, la previsión ahora analizada vendría a solucionar aquellas situaciones en las que el gestor o administrador de la sociedad es, a la vez, o bien socio único o bien posee gran parte del capital. A priori, en estos casos habría un doble castigo a la persona física debido a que, por un lado, estaría afectado, directamente, por la pena impuesta como consecuencia de sus hechos y, por el otro, habría una afección indirecta por la pena impuesta a la persona jurídica. Por lo tanto, el socio único o mayoritario vería afectado doblemente su patrimonio.

FARALDO CABANA considera que, aun en un caso como el descrito anteriormente, no estaríamos ante un supuesto de *bis in idem* porque no hay identidad

²⁹⁵ FARALDO CABANA, P. «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y la persona físicas», *La Ley Penal*, núm. 115, 2015, p. 3.

²⁹⁶ Esta última cuestión se va a estudiar con mucho más detalle en el epígrafe siguiente al hilo del análisis de la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo se pronuncia expresamente sobre este problema.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

subjetiva «*pues la persona jurídica responde con su propio patrimonio distinto y separado del de la persona física*»²⁹⁷. Estamos muy de acuerdo con lo que opina la citada autora, dado que una de las consecuencias que se derivan de la ostentación de la personalidad jurídica es la de tener un patrimonio separado y poder obrar con el mismo, aunque sea para responder penalmente, cuestión posible, por ser centro de imputación de derechos y obligaciones. Sin embargo, no entendemos por qué la autora mencionada anteriormente ve más problemático evitar el escollo de la identificación subjetiva en el caso de las sociedades personalistas, dónde sus socios responden de las deudas de dichas corporaciones. En este caso, en mi opinión, tampoco hay una identificación subjetiva porque, aunque en el ámbito mercantil para este tipo de sociedades se ha difuminado, a efectos patrimoniales, la separación que daba lugar a dos centros de imputación muy claros (la persona física y la jurídica) en el Derecho penal nada hay de nuevo porque el criterio para imputar a las personas jurídicas permanece inalterado, la entidad sigue ostentando la personalidad jurídica.

Por otro lado, autores como DE LA MATA BARRANCO se preguntan por qué la modulación afecta sólo a la pena de multa y no a las demás penas²⁹⁸. Considera el citado autor que se otorga una importancia a la pena de multa cuando no es la más grave ni para la persona física ni para la jurídica. Una posible explicación a este fenómeno podría ser la ofrecida por DÍEZ RIPOLLÉS, al considerar que la previsión se restringe sólo a la multa debido a que es el único supuesto en el que la pena de la persona física y la jurídica coinciden²⁹⁹. No obstante, sí que podemos encontrar algún caso dónde otro tipo de penas se aplican, simultáneamente, a los dos sujetos. El artículo 424 CP, es un ejemplo claro, a estos efectos dado que se prevé una serie de inhabilitaciones para contratar con el sector público, para la obtención de beneficio e incentivos fiscales, etc. en el caso en el que se comete algún delito de cohecho en el marco de un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por la Administración o entes públicos.

La finalidad de la norma, tal como ella misma determina, es evitar la desproporción de la multa en relación con la gravedad de los hechos. También este

²⁹⁷ FARALDO CABANA, P. «La obligatoria modulación de las multas...*op.cit.*, p. 3.

²⁹⁸ DE LA MATA BARRANCO, N. J. Y HERNÁNDEZ, L.: «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. /DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 237.

²⁹⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas... *op. cit.*, p.59.

aspecto ha recibido críticas por parte de la doctrina, al demostrarse, por un lado, que no estamos ante los mismos hechos y, por el otro, que «*la multa no es expresión directa ni exclusiva de la gravedad de los hechos*»³⁰⁰. En efecto, en el cálculo de la multa, como pudimos observar, ocupa un lugar especial la capacidad económica del sujeto, sin perjuicio de las necesarias referencias a la culpabilidad³⁰¹. En todo caso, como afirma FARALDO CABANA «*ha de quedar claro que el criterio de la gravedad de los hechos no coincide con el de identidad de los intereses patrimoniales*»³⁰².

A la falta de claridad del fundamento de la previsión del artículo 31 ter.1 último inciso se debe añadir el problema de la incertidumbre sobre la manera en la que hay que llevar a cabo la operación que exige la aplicación de la norma en cuestión. El primer paso que se debe llevar a cabo por parte de juez o tribunal es apreciar si se da esa proporcionalidad. Una vez realizada esta labor, que tampoco está exenta de dificultades, máxime cuando en la imposición de cada una de las multas a la persona jurídica y física respectivamente ya se tuvo que tener en cuenta el principio de proporcionalidad, se debe proceder a modular la pena. Ahora bien, la gran pregunta es cómo hay que hacerlo. Hacemos nuestros los interrogantes planteados por DE LA MATA y HERNÁNDEZ: ¿buscamos mínimos en la multa de la persona física?, ¿en la de la persona jurídica?, ¿o simplemente ponderando las penas de una u otra teniendo en cuenta la existencia de ambas?³⁰³. El citado autor se inclina por esta última opción. FEIJOO SÁNCHEZ también se muestra a favor de que se rebajen ambas multas, al hacer referencia la Ley a «*las respectivas cuantías*»³⁰⁴. Otros, en cambio, y, a pesar de la utilización del término cuantías en plural consideran suficiente con que se rebaje una de las penas³⁰⁵. Esta última interpretación se fundamenta en el hecho de que de acuerdo con la RAE el término modular significa «*modificar los factores que intervienen en un proceso para obtener distintos resultados*» y, por lo tanto, es suficiente con que se modifique un sólo

³⁰⁰ FARALDO CABANA, P. «La obligatoria modulación de las multas...*op. cit.*, p. 4.

³⁰¹ Ver, entre otros, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas...op. cit.*, p. 238: «*Por otra parte, resultará en la práctica difícil de implementar ya que, por lo general, a la persona física se le va a aplicar la penas días-multa y a la jurídica la de multa proporcional y en ambos casos la determinación del dinero se hace no en función de la gravedad del delito*».

³⁰² FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 129.

³⁰³ DE LA MATA BARRANCO, N. J. Y HERNÁNDEZ, L.: «Los problemas de congruencia en la concreción...*op. cit.*, p. 236.

³⁰⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas del delito» en BAJO FERNÁNDEZ M., FEIJOO SÁNCHEZ B.J., GÓMEZ JARA-DÍEZ C., Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 242.

³⁰⁵ FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 129.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

factor. Ante esta interpretación, la pregunta que surge es cómo elegimos cuál de los dos sujetos verán rebajada su pena de multa.

3. Primeras soluciones judiciales

Las primeras resoluciones que se han acercado, aunque de manera muy tangencial, a la interpretación del último inciso del artículo 31 ter del CP han sido las SSTS 154/2016, de 29 de febrero y 583/2017, de 19 de julio. La primera de ellas, la archiconocida STS 154/2016 de 29 de febrero, en su fundamento jurídico décimo aclara hasta dónde se puede rebajar por mor de la aplicación del artículo 31 ter la cuantía de la multa. En concreto, dicha resolución determina que la previsión ahora analizada *«no permite por otra parte una reducción de dichas cuantías por debajo del límite mínimo»*. Por su parte, la STS 583/2017, de 19 de julio también alude a la obligación de tener en cuenta el último inciso de artículo 31 ter y pone de manifiesto que la aplicación del mencionado precepto debía haber repercutido en las cuantías de las multas impuestas a los distintos implicados, cosa que no pasa en la sentencia recurrida. Aunque esta última resolución no desciende al análisis concreto de cómo hay que proceder a la moderación de la pena de las personas jurídicas y físicas sí que tiene el mérito de acotar, en gran parte, el caso al que se aplica esta previsión al hacer la observación de que *«es igualmente destacable que se establecen multas también para diversas personas jurídicas con forma jurídico mercantil societaria que están participadas en porcentajes o altos o totales por quienes son a su vez responsables penales y por tanto merecedores de una multa»*.

A diferencia de los primeros acercamientos jurisprudenciales mencionados, la STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019 sí que se detiene a analizar e interpretar la forma en la que la modulación de las penas de multa debe llevarse a cabo.

La resolución que vamos a analizar ahora tiene su origen en el recurso presentado contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Cuarta) de 30 de junio de 2017. En dicha sentencia se acaba condenando a Jesús Miguel y a la sociedad Arridos del Curro SL por sendos delitos contra la Hacienda Pública. Como consecuencia de dichos delitos se impone a Jesús Miguel una pena de cuatro meses de prisión y una pena de multa de 93.143 € (tal como se establece en el auto aclaratorio) mientras que a la persona jurídica se le impone una pena de multa de

200.000 €. Es muy importante subrayar el hecho de que Jesús Miguel era el administrador social de la persona jurídica condenada y, a la vez, socio mayoritario de la misma.

Entre otras cuestiones, que no vienen ahora al caso, la STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019 en su fundamento jurídico quinto se ocupa de resolver la disconformidad que se había mostrado por parte del recurrente en relación con la cuantía de la multa debido a que, por un lado, no se había tenido en cuenta la modificación legislativa que había sufrido el artículo 310 bis, cuestión que ahora no nos interesa y, por el otro, no se había sopesado la posibilidad de moderar las cuantías mencionadas anteriormente.

La primera observación del Tribunal va referida, precisamente, a la apreciación de la situación que obligaría a la aplicación del último inciso del artículo 31 ter: la persona física condenada es el administrador y socio mayoritario de la también condenada persona jurídica.

Acto seguido el Alto Tribunal se dispone a dar una interpretación al mandato de modular las cuantías. Se descarta el uso exclusivo de la interpretación gramatical debido a que no arroja unos resultados concluyentes³⁰⁶. El Tribunal Supremo opta por la interpretación teleológica y considera que en estos casos se armoniza la duplicidad entre la persona jurídica y física (que es administrador y socio mayoritario) que «*a veces es más formal que material*» con la prohibición del *bis in idem*.

Aclarado lo anterior se establece que el techo de la multa impuesta a las dos personas no puede sobrepasar el máximo previsto para el concreto delito. Es decir, teniendo en cuenta tanto el máximo previsto para la persona física como para la jurídica, con la imposición de las dos penas de multa no se puede superar la cuantía que arroja el mayor de ellos. En el caso concreto para la persona jurídica se prevé una multa máxima del séxtuplo de lo defraudado y para la física se prevé el doble de dicha cantidad defraudada. Por lo tanto, en este ejemplo concreto, y, según palabras del propio

³⁰⁶ Ver. STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019, FJ. 5º «*La interpretación gramatical no arroja conclusiones claras sobre ese punto. El término modular se utiliza por el legislador con un sentido un tanto figurado. En sus acepciones usuales el vocablo está pensado para mundos o campos diferentes al de una cuantificación. Pudiera entenderse que evoca graduaciones, cambios o movimientos dentro de una escala, pero sin rebasarla. Pero no puede decirse rotundamente que el término excluya franquear los extremos de la propia escala: ir por debajo de ella, no deja de ser una manera de modular. No es concluyente la interpretación puramente gramatical.*».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Tribunal Supremo, *«el séxtuple- sería el techo infranqueable, que no deberían superar ambas multas si el responsable penal fuese titular del 99%, v.gr. de la Sociedad.»*

En relación con el suelo mínimo el Alto Tribunal se pronuncia en los siguientes términos *«si se estima que se pueden desbordar los umbrales mínimos fijados, la suma de ambas multas habría de superar siempre el mínimo (el tanto en este caso: art. 310 bis) por cuanto nunca debería admitirse que la dual responsabilidad penal (persona física y persona jurídica) suponga de facto una atenuación»*. Entonces parece clara la regla de que, como consecuencia de la modulación, no se puede quedar por debajo del límite mínimo. Y, sin embargo, no es así, el Tribunal Supremo, a renglón seguido admite como excepción quedar por debajo del límite mínimo *«cuando así lo aconseje el principio de proporcionalidad»* (es llamativa la expresión, pues es como si hasta el momento no hubiéramos tenido en cuenta dicho principio). En concreto determina el tribunal que procede superar por debajo el umbral del límite mínimo *«cuando lo imponga la necesidad de respetar el ne bis in ídem por superponerse la condición de administrador condenado a la de titular mayoritario de la sociedad (orillamos ahora el supuesto de que fuese el único titular, que lleva a un campo de discusión diferente)»*.

Por lo tanto, de las anteriores interpretaciones contenidas por la STS 746/2018, de 13 de febrero de 2019, en relación con el suelo mínimo, podemos observar que hay dos situaciones que contempla el tribunal y que trata de manera diferente. La primera situación, en la cual no se puede quedar el resultado de la modulación de la pena de multa por debajo del límite mínimo es la contemplada en el propio caso que resuelve el Tribunal Supremo: una persona física que reúne, a la vez, la condición de administrador y de socio mayoritario (recordemos que no es el único socio de la persona jurídica condenada). La segunda situación, en la que sí parece que el suelo puede quedar por debajo del límite mínimo, es la de las sociedades unipersonales. No obstante, el Alto Tribunal no entra a analizar a fondo este último supuesto debido a que lo considera una situación diferente a la que está resolviendo en la sentencia que ahora estamos comentado.

Resta observar como el Alto tribunal aplica toda esta interpretación al caso concreto. Recordemos que el monto total de las multas impuestas a la persona física (93.143 €) y a la jurídica (200.000 €) ascendía a 293.143 €. En aplicación de las circunstancias del caso concreto, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que el

máximo de la pena de multa de la persona física a la que se podía llegar era 186.286€ y el máximo de la multa que se podía imponer a la persona jurídica ascendía a una cantidad de 372.570€. Finalmente, la pena impuesta a la persona jurídica se queda en 100.000€ y la impuesta a la física es de 90.000€, es decir un monto total de 190.000€. El Tribunal se muestra muy satisfecho con este resultado al considerarlo proporcional dado que *«sobrepasa en muy escasa medida lo que corresponde como techo a la persona física individual»*, que recordemos era 186.286 € y *«es cifra armónica también con el arco penológico atribuible a la persona jurídica condenada por un delito de defraudación tributaria»* que, en el caso concreto, podía llegar hasta 372.570€.

A mi modo de ver no queda muy claro cómo el tribunal llega a esta cifra o por qué es desproporcionada la cuantía a la que había llegado la Audiencia (sin perjuicio de otras valoraciones relacionadas con el caso concreto como, por ejemplo, el cambio normativo favorable) en relación con la gravedad de los hechos³⁰⁷. El Tribunal Supremo, junto a las anteriores valoraciones, considera que *«siendo el responsable penal, un socio con una participación relevante (cincuenta por ciento, al parecer) y, por tanto, que de forma oblicua soportará buena parte de la pena de multa impuesta a la entidad mercantil, que goza de personalidad jurídica propia (aunque es presumible tanto su carácter familiar como su escasa complejidad), no hay razones para apartarse demasiado por arriba en la pena de multa del quantum a que se llegaría si Áridos del Curro no fuese una sociedad limitada sino una empresa individual»*.

D. La ejecución de la pena de multa

1. El fraccionamiento

El artículo 53.5 CP – que, al no hacer especificación alguna, entendemos referido a los dos sistemas de multa³⁰⁸ – establece la posibilidad de que se fraccione esta pena pecuniaria impuesta a las personas jurídicas por un período máximo de hasta cinco años. Para ello el citado precepto establece tres causas que pueden justificar esta facilidad de pago: a) que se ponga en peligro *«probablemente»* la supervivencia de la

³⁰⁷ ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el código penal español», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, p.41.

³⁰⁸ DE LA MATA BARRANCO, N. J. Y HERNÁNDEZ, L.: «Los problemas de congruencia en la concreción...*op. cit.*, p. 240 que consideran que no tiene sentido que el fraccionamiento haga referencia a al sistema días-multa.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

persona jurídica o b) el mantenimiento de los puestos de trabajo y, por último, c) si así lo aconseja el interés general.

Antes de entrar en otros detalles, tenemos que hacer alguna precisión. La primera es que, a pesar de que las citadas causas para el fraccionamiento recuerdan mucho a los requisitos de imposición de las penas interdictivas³⁰⁹ y, desde luego que tienen la misma finalidad, ostentan una configuración que se diferencia de los mencionados requisitos en los siguientes aspectos. La diferencia más obvia es que las causas a las que hace referencia el artículo 53.5 sirven, únicamente, para facilitar el pago de una pena de multa ya determinada, cuestión bien distinta a la que apreciábamos en relación con el requisito de las consecuencias sociales y económicas que influyen ya no sólo en la determinación de la pena sino en la propia posibilidad de imponerla. Junto a este aspecto hay otro que marca una diferencia aun mayor entre estas causas de fraccionamiento y aquellos requisitos de imposición de las penas interdictivas: en este caso, la supervivencia de la persona jurídica, el mantenimiento de los puestos de trabajo e incluso la afección al interés general, deben verse afectados de una manera concreta por la cuantía de la multa. En mi opinión, el juez o tribunal, a diferencia de lo que ocurría en el caso de los requisitos de imposición de las penas interdictivas, no tiene que ponerse en posibles hipótesis y valorar qué consecuencias económicas o sociales podría llegar a tener la imposición de la pena. A mi modo de ver, lo que se pide en este precepto es poner de manifiesto una relación probada de causa efecto entre la multa y los aspectos que se quieren evitar.

Si desde el punto de vista estrictamente legal es muy loable que se exija esa concreción, veremos que desde un punto de vista práctico no es nada fácil ni dotar de criterios que ayuden al juez o tribunal a apreciar las causas ni probar, por parte de la persona jurídica, las justificaciones que abren la puerta a decretar el fraccionamiento del pago de la multa.

³⁰⁹ Cfr. 66 bis 1 «[...] 1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.

b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.

c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. [...]».

En relación con la supervivencia de la persona jurídica lo primero es demostrar que efectivamente se da esa situación. Como es lógico será la empresa la que deberá demostrar esta circunstancia. Pero hay que aclarar que no es suficiente con que se pruebe que se está ante un peligro de quiebra o de colapso de la persona jurídica, sino que lo que pide el artículo 53.5 es que la cuantía de multa juegue un papel principal que contribuya a esta circunstancia. Afinando lo expuesto anteriormente, hay que resaltar que lo que tiene que justificar la empresa es que la cuantía, cuyo pago se exige en un único acto, desestabiliza tanto a la persona jurídica que corre el riesgo de que se extinga por razones económicas. De hecho, podemos observar que el problema a estudiar en este punto por parte del juez no es la cuantía de la multa que ya está determinada y que no se va a modificar en base al artículo 53.5 CP, sino que es el pago único de la misma. Aunque entiendo que desde un punto de vista práctico pueda ser una tarea ardua, creo que para justificar el fraccionamiento de la multa en base a la causa ahora estudiada es necesario presentar ante el juzgado un plan de viabilidad de la empresa en el que quede demostrado que eliminada la exigencia del pago único de la multa las probabilidades de supervivencia de la persona jurídica incrementan. O dicho al revés demostrar que las posibilidades de desaparición por causa de la multa son muy altas.

Las anteriores reflexiones puede que sean casi un caso de laboratorio debido a que, a mi modo de ver, es difícil que la multa, ya de por sí limitada o determinada en base a la capacidad económica de la empresa, sea el único o principal factor que contribuya a una situación que lleve a la persona jurídica al límite de su existencia. Puede haber muchos más factores como, por ejemplo, retraso en los cobros que tiene pendientes la empresa, bajada de ventas o reducción de la actividad por las razones que sea, etc. ¿Cómo hay que actuar en los casos en los que la multa es un factor más pero no es la causa principal? Si atendemos únicamente a la literalidad del artículo 53.5 CP, tal como hemos puesto ya de manifiesto, parece que para el fraccionamiento de la multa es necesario que sea la cuantía de esta la que lleve a la situación de peligro de supervivencia. Pero si atendemos a razones teleológicas lo importante es que la empresa siga manteniéndose activa, entonces no veo inconveniente que, aun cuando la multa no sea el factor principal de la mala situación de la empresa, se fraccione su pago. En cambio, ante una multa proporcional, que por lo general se traducen en cuantías mucho más grandes a pagar, el fraccionamiento puede llegar a jugar un papel decisivo para la supervivencia de la persona jurídica,

En cuanto al mantenimiento de los puestos de trabajo, lo primero que hay que preguntarse es si puede constituir una causa por sí misma o se debe entender que queda englobada en la situación anterior que acabamos de analizar. Aunque como consecuencia lógica de la extinción de la persona jurídica es la pérdida de puestos de trabajo, creo que esta circunstancia puede constituir una causa autónoma que sirva para el fraccionamiento del pago de la multa. Además, podemos hacer una comparativa con la situación anterior. Detrás del concepto de supervivencia de la persona jurídica lo que subyace es la idea económica de insolvencia³¹⁰. Cuando analizamos el mantenimiento de los puestos de trabajo estimo que, una posible razón económica que puede haber detrás es la liquidez³¹¹, concepto distinto al de insolvencia. Resumiendo, si traducimos en términos económicos las dos causas jurídicas previstas en el artículo 53.5 podemos decir que, para la apreciación de las mismas, en el caso del peligro de supervivencia de la persona jurídica hay que centrarse en la insolvencia y en cuanto al mantenimiento de los puestos de trabajo, en mi opinión, debería justificarse desde el punto de vista económico en la falta de liquidez.

Considero que sí tomamos en cuenta esta idea económica de la liquidez o falta de la misma, dotaremos de objetividad a esta causa en el sentido de que la persona jurídica no podrá proceder a un chantaje originado por la libertad que tiene de despedir a sus trabajadores. Entonces, en la práctica, para apreciar esta causa es necesario que la empresa demuestre que el pago único de la multa le priva de fondos con los que pueda hacer frente al pago de nóminas, entendido este concepto en sentido amplio, y al pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Por último, en relación con el interés general, la cuestión se complica todavía más debido a que su contenido se concreta en aspectos distintos a la supervivencia de la

³¹⁰Ver definición ofrecida por el Diccionario español jurídico «*Insolvencia. Civ. y Merc. Concepto bifronte de contenido económico, identificado con el desbalance patrimonial (activo inferior a pasivo), que, en un ámbito jurídico, como presupuesto objetivo del concurso de acreedores, conecta con una insolvencia actual como incapacidad de cumplimiento regular de las obligaciones exigibles y, en un momento futuro, con una “insolvencia inminente” como incapacidad del deudor del cumplimiento puntual y regular de sus obligaciones. Ley Concursal arts. 2.2 y 2.3.*» consultado en <https://dej.rae.es/lema/insolvencia>.

³¹¹ Ver definición ofrecida por el Diccionario español jurídico «*Liquidez. Fin. Cualidad de los activos para ser convertidos en dinero efectivo de forma inmediata sin pérdida significativa de su valor.*» consultado en <https://dej.rae.es/lema/liquidez>.

persona jurídica y el mantenimiento de los puestos de trabajo³¹². En su momento, la Fiscalía General del Estado señaló que esta expresión *«parece remitir a la naturaleza o trascendencia que pueda tener la concreta actividad de la persona jurídica condenada para la actividad»*³¹³. En relación con esta propuesta FARALDO CABANA considera que la definición de servicio de interés económico general³¹⁴ pudiera servir de orientación, aunque en todo caso clarifica que hay que ir caso por caso, no debiéndose establecer una equivalencia automática³¹⁵. Estamos de acuerdo en que ésta pueda ser una vía de interpretación, no obstante, la generalidad del concepto unido a las altas exigencias probatorias de las demás causas determinará que, en la práctica, sea la justificación a la que más se recurra.

2. Quebrantamiento de la pena de multa y la intervención judicial

El mismo artículo 53.5 CP que hemos analizado anteriormente establece en su último inciso la posibilidad de que, en el caso de que 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»*. Una primera observación que se podría hacer es que habría sido más conveniente regular este aspecto en un párrafo distinto o incluso en un artículo diferente. Hacemos esta precisión debido a que se podría incurrir en la confusión de considerar que la intervención judicial de la empresa sería posible no ante el impago de la multa en cualquier circunstancia, sino sólo cuando en relación con ésta se ha acordado un fraccionamiento. En todo caso, si esta fuera la interpretación correcta, sería cuanto menos llamativo. Es decir, sería incomprensible que no se previera el quebrantamiento de la pena de multa, pero sí que se atajara ese problema cuando en relación con ésta se ha acordado el fraccionamiento. No obstante, el legislador sí que

³¹² FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 130, *«Sin embargo, no está claro qué se quiere decir con la referencia al interés general, una vez descartado que se refiera al mantenimiento de los puestos de trabajo y a la propia continuidad de la empresa...»*.

³¹³ Ver Circular 1/2011 de la FGE, p.64.

³¹⁴ Ofrecer una concreción de este concepto exigiría un estudio que se apartaría sensible tanto del ámbito del estudio como de sus objetivos, por esto nos remitimos, nuevamente, a la definición ofrecida por el Diccionario español jurídico *«Servicio de interés económico general. Adm. y Eur. Servicio de mercado que, por razones de interés general, ha de cumplir determinadas obligaciones de servicio público. El cumplimiento de dichas funciones de interés general determina que, cuando concurren las circunstancias a las que se refiere el artículo 106 TFUE, no le sean de aplicación las reglas en materia de competencia que establece dicho tratado. La Sentencia básicas del TJUE respecto de esta clase de servicios y su régimen son Madeleine Muller de 14 de julio de 1971, Sabamde 30 de enero de 1974, ...»* consultado en <https://dej.rae.es/lema/servicio-de-interés-económico-general>.

³¹⁵ FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 130.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

nos tiene acostumbrados a este tipo de situaciones, máxime cuando para el quebrantamiento de las penas interdictivas no se prevé consecuencia jurídica alguna mientras que para la multa tenemos el mecanismo que ahora procedemos a analizar.

Dejando de lado las anteriores reflexiones, lo cierto es que ante el impago de la multa se puede, es decir es potestad del Tribunal, acordar la intervención judicial con el objetivo de conseguir su satisfacción.

Respecto del presupuesto de la aplicación de esta previsión, es decir, el impago, no hay un consenso absoluto en la doctrina sobre el momento a partir del cual se puede decretar la intervención judicial. Algunas voces, como la de FARALDO CABANA consideran que se debe esperar a que la vía de apremio resulte infructuosa³¹⁶ mientras que otros, como ROCA AGAPITO consideran que, al no ser la intervención judicial una forma de responsabilidad personal subsidiaria, no hace falta esperar a la frustración de dicha vía de apremio³¹⁷. Con independencia de la naturaleza jurídica que se le pueda atribuir a la intervención judicial, creo que, debido a la gravedad de la medida, es conveniente agotar en primer lugar las otras posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico, lo que implica esperar a que se frustre la vía de apremio.

El siguiente problema a tratar es la duración máxima de la intervención judicial. En relación con este aspecto, el artículo 53.5 CP establece que esta medida se puede acordar hasta el pago total de la multa. Aquí también encontramos opiniones y argumentos diversos debido a que se pueden tomar distintos puntos de referencia. Un primer plazo que se podría establecer como límite máximo de la intervención es el de diez años, es decir, se toma en cuenta el plazo de prescripción de la pena de multa. En este caso si tenemos en cuenta el artículo 33.7 que establece que todas las penas impuestas a las personas jurídicas son graves y el artículo 133 que prevé dicho plazo de diez años de prescripción para las penas que tengan esta calificación³¹⁸. Otros, en cambio, optan por establecer como límite máximo el plazo de cinco años, debido a que consideran preferente la aplicación del artículo 33.7 g), que establece este número máximo de años en relación con la pena de intervención judicial *«para salvaguardar los*

³¹⁶ FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 132.

³¹⁷ ROCA AGAPITO, L., «Sanciones aplicables a las personas jurídicas», en ONTIVEROS ALONSO M. (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara a futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 390.

³¹⁸ Ver, entre otros, FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 132, ROCA AGAPITO, L., «Sanciones...*op. cit.*, p. 390.

derechos de los trabajadores o de los acreedores»³¹⁹. A nuestro modo de ver la primera opción interpretativa, la de considerar que la intervención judicial para el pago de la multa podría extenderse hasta 10 años, es la más acertada.

Examinado los anteriores aspectos y ya con algo más de conocimiento sobre esta figura es momento de acercarse a los intentos que existen de calificarla como responsabilidad personal subsidiaria de la persona jurídica³²⁰ o, incluso, como pena accesoria³²¹ a la multa penal impuesta a estos entes. Queremos dejar claro de antemano que no estamos de acuerdo con estas propuestas y que nos adherimos a los argumentos de la doctrina que se ha mostrado contraria a las anteriores sugerencias. En contra de su calificación como responsabilidad personal subsidiaria se esgrime el argumento de que la intervención judicial no sustituye a la pena de multa dado que ésta no desaparece, sino que se persigue su cumplimiento hasta la total satisfacción. Por lo tanto, estamos ante una situación bien diferente a la de las personas físicas a las que la pena de multa se les sustituye por la privación de libertad, la localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad en determinados casos.

Por lo que respecta a la accesoriedad, tampoco podemos estar de acuerdo porque, en primer lugar, la intervención judicial no es una pena, sino que es una garantía de pago. Y, en segundo lugar, si fuera una pena accesoria se trataría de una *«accesoriedad muy peculiar, puesto que la pena de intervención judicial no se impondrá en la sentencia condenatoria, sino en trámite de ejecución»*³²².

³¹⁹ DE LA MATA BARRANCO, N. J. Y HERNÁNDEZ, L.: «Los problemas de congruencia en la concreción...*op. cit.*, p.240 *«Y en cuanto a la intervención judicial prevista en este artículo en caso de impago, la misma podrá alargarse más allá de los cinco años, lo que, sin embargo, no permite el artículo 33.7 g). Si entendemos que es preferente este último artículo y que, efectivamente, la intervención de la persona jurídica no puede exceder ese tiempo se va a plantear un problema cuando no se logre el cobro de la multa, obligando a decidir si se embargan y ejecutan bienes, qué bienes, cómo salvaguardar los derechos de terceros, si promover o no una situación concursal, con qué grado de privilegio para la satisfacción de la multa y con cuál para otros intereses de trabajadores, acreedores, etc.»*.

³²⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas ...*op. cit.*, p. 243.

³²¹ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. «Las penas de las personas jurídicas... *op. cit.*, p.60: *«A diferencia con lo que sucede con el vulgarmente llamado arresto sustitutorio, previsto para los casos de impago de multa por parte de las personas físicas, no es una pena subsidiaria de la multa, sino que estamos ante una pena acumulativa a la pena de multa en caso de impago de ésta. Pero sí es una pena accesoria a la pena de multa para casos de impago: La accesoriedad, que se funda en su mención en el art. 53.5 inc.2, responde sin duda a criterios distintos de aquellos que hemos visto que hacen funcionar como accesorias de la pena a las penas de las letras b a g del art.33.7»*.

³²² FARALDO CABANA, P., «Las penas» *op. cit.*, p. 132.

E. Reflexiones finales sobre la capacidad de disuasión de la pena de multa impuesta a las personas jurídicas

El uso cada vez más recurrente de la multa, por parte del Derecho penal, tanto en relación con la persona física, como en relación con la persona jurídica se explica porque esta sanción pecuniaria presenta, casi por igual, una serie de ventajas y desventajas desde el punto de vista político-criminal y del fin de la pena. El elenco de los efectos beneficiosos y también de los inconvenientes se ha ido configurando en relación con la persona física y por esta misma razón, una vez más, la perspectiva ontológica juega un papel limitador de aquello que podemos trasladar a la persona jurídica como sujeto de Derecho Penal.

Por la razón anteriormente mencionada, cuestiones como las que tengan que ver con la desocialización, con el evitar el desarraigo familiar o eludir los efectos estigmatizantes no se pueden poner en relación con la persona jurídica, y, por lo tanto, no pueden computar ni como inconveniente ni como ventaja.

Lo que sí se puede valorar como ventaja es, junto a la ausencia de gastos derivados de la ejecución de esta pena, la obtención de ingresos por parte del Estado con la imposición de esta sanción.

La fácil reparación en caso de error judicial se podría ver como una ventaja, pero sin perder de vista el hecho de que, en el caso de las personas jurídicas, las otras penas que conforman el catálogo de sanciones previstas para este tipo de entes tienen unas consecuencias que son resarcibles. Dicho de otra manera, en el caso de las personas jurídicas, al no existir unas penas imposibles de retrotraer al momento de su imposición, tampoco se puede atribuir una gran virtud a la multa frente a las demás penas en el sentido de que evita las consecuencias negativas derivadas de un error judicial. Aquí se podría utilizar como contraargumento la existencia de una pena como la disolución de la persona jurídica, pero, aun así, la disolución de una sociedad, por más efectos negativos que pueda producir, desde un punto de vista de su actuación en el mercado, es, al menos hipotéticamente, reversible mientras que el tiempo de prisión de una persona física no lo es.

La gran capacidad de disuasión de esta sanción, sobre todo en relación con los delincuentes económicos³²³, se suele apuntar como un aspecto favorable derivado de su aplicación a las personas jurídicas. No obstante, dejando de lado nuestra propia regulación, en relación con la cual considero que no va a conseguir dichos efectos disuasorios por las razones apuntadas al hilo del estudio de la misma, no siempre ha quedado claro si la multa impuesta a las personas jurídicas consigue este fin o no.

La capacidad de disuasión de la multa impuesta a las corporaciones ha sido muy debatida, sobre todo, por el mundo anglosajón, y si bien es cierto que no se ha llegado a una solución definitiva no se puede negar el valor e interés que suscitan las discusiones en torno a este tema, razón por la cual creemos necesario recogerlas, aunque sea de manera sucinta³²⁴.

Para llegar al objetivo expuesto en las líneas anteriores, las reflexiones se pueden estructurar en base a dos aspectos: los argumentos y propuestas de los defensores del análisis económico del Derecho, la mayoría de ellos pertenecientes a la escuela de Chicago, y las posiciones de aquellos autores que se muestran en contra del punto de partida del mencionado enfoque.

Los defensores de la pena de multa como sanción que debe ocupar un lugar especial tanto para el caso de las personas físicas como, especialmente, para el de las jurídicas, toman como punto de partida la premisa de que las personas adoptan decisiones racionales en base al cálculo de costes y beneficios³²⁵. Por lo tanto, esta

³²³ Ver FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. *Instituciones de derecho penal económico y penal de la empresa*, Lex Nova, Madrid, 2013, p.155 que en relación con los delincuentes económicos persona física afirma lo siguiente: «Así, un factor que podría favorecer el recurso a esta pena en el ámbito objeto de estudio es que las penas pecuniarias, en la medida en que suponen la privación de bienes patrimoniales, podrían tener una fuerte capacidad de disuasión frente a aquellos delitos que se caracterizan precisamente – desde el punto de vista objetivo – por una lesión patrimonial y generalmente – desde el punto de vista subjetivo – por el ánimo de obtener un ilícito beneficio o lucro.».

³²⁴ En nuestro país se han acercado a este tema, recogiendo de una manera muy clara la discusión anglosajona, FARALDO CABANA, P., ORTIZ DE URBINA, I., NIETO MARTIN, A. razón por la cual nos remitimos a sus respectivas contribuciones: FARALDO CABANA, P. «¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?», en *Armonización penal en Europa*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., PÉREZ MACHÍO, A.I., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (Dir.), IVAP Herri Ardulararitzaeren Euskal Erakundea, 2013, pp. 78-113; NIETO MARTÍN A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. «El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal: ¿es posible la disuasión?», en DEMETRIO CRESPO E. (Dir.) y MAROTO CALATAYUD M. (Coord.) *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 113-149.

³²⁵ A pesar de esta premisa, la teoría no hace, en absoluto, la presunción de que todas las personas sean racionales. Ver aclaraciones ofrecidas por ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico del derecho y política criminal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2 extraordinario, 2004, pp. 31-75 y

teoría predice que en cuanto se percibe que los costes, es decir, la sanción que se puede sufrir, son inferiores a los beneficios que se puedan derivar de la realización de unos hechos delictivos, se cometerá el delito. GARY BECKER, pionero del enfoque antes expuesto, defendió la pena de multa como la sanción más adecuada debido a que, por un lado, ahorra costes a la sociedad y, por el otro, permite al condenado seguir trabajando. Su estudio sólo contempló a las personas físicas y llegó a la siguiente conclusión en cuanto a la aplicación de la multa se refiere: teniendo en cuenta que algunos delincuentes pueden pagar la multa y otros no, propone que se prevea o imponga para los que sí tienen capacidad de afrontar dicha sanción, mientras que para los demás se busque otro tipo de penas³²⁶. FARALDO CABANA critica muy duramente esta propuesta debido a que, en primer lugar, se determina la pena no en base a la gravedad del delito, sino en la posibilidad de que el delincuente pueda o no pagar la multa y, en segundo lugar y más grave aún, es que el delincuente solvente siempre que pueda pagar la multa nunca sufrirá los efectos de otra pena más grave³²⁷.

No obstante, lo expuesto hasta el momento, si queremos examinar la capacidad disuasoria de la pena de multa impuesta a las personas jurídicas, es necesario tener en cuenta las reflexiones de RICHARD POSNER, autor que sí analizó, desde el enfoque del análisis económico del Derecho, la aplicación de esta sanción pecuniaria a las corporaciones. Sin olvidar la premisa de esta teoría, según la cual las personas, en este caso, las jurídicas, actúan de una manera racional basándose en un cálculo de costes y beneficio, POSNER propone que la multa impuesta a las corporaciones sea equivalente, como mínimo, al beneficio que se espera obtener con la comisión del delito, de tal manera que la empresa, ante esta amenaza de la sanción, se abstenga de realizarlo³²⁸.

FARALDO CABANA, P. «¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?», en *Armonización penal en Europa*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., PÉREZ MACHÍO, A.I., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (Dir.), IVAP Herri Ardulararitzaeren Euskal Erakundea, 2013, p. 98: «*El enfoque de la elección racional en ningún momento sostiene que todas las personas sean racionales, ni que el modelo que propone sea una descripción racional*».

³²⁶ BECKER, G., «Crime and Punishment: An Economic Approach», *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, Núm. 2 (Mar. - Apr., 1968), p. 196 «*This analise implies that if some offenders could pay the fine for a given offense and others could not, the former should be punished solely by fine and the latter partly by other methods. In essence, therefore this methods become a vehicle for punishing "debtors" to society.*» [Este análisis implica que, si algunos infractores pudieran pagar la multa por un delito determinado y otros no, el primero debería ser castigado con multa y el último con otros métodos. En esencia, por lo tanto, estos métodos se convierten en un vehículo para castigar a los "deudores" de la sociedad.].

³²⁷ FARALDO CABANA, P. «¿Es la multa una pena apropiada...? *op. cit.*, p. 99.

³²⁸ POSNER, R. «Optimal Sentences for White-Collar Criminal», *American Criminal Law Review*, Vol.17, 1980, pp.409-418.

Ahora bien, el citado autor opta por considerar que no es necesario que la sanción tenga naturaleza penal, dado que una tutela como la que ofrece el proceso penal sólo tiene sentido económico cuando la pena supone unos costes mayores que la simple transferencia de dinero³²⁹.

Para cerrar este sucinto recorrido por los postulados de los que optan por un modelo racional en base al cual se decide si se viola o no la ley en función de los costes y los beneficios de tal acción, resta hacer una mínima referencia a cómo se llegaría a la multa óptima. Recurriendo, una vez más, a las propuestas de POSNER hay que subrayar el hecho de que se toman en cuenta dos factores: el importe de la sanción pecuniaria y la probabilidad de que se descubra el delito, en definitiva, las posibilidades de que se imponga dicha sanción³³⁰.

Esta propuesta ha recibido críticas en relación con la mayoría de sus aspectos. Así, se ha puesto en entredicho, en primer lugar, que las personas jurídicas actúen, realmente, de una manera racional en los términos antes expuestos. Para demostrar que la maximización de los beneficios no es la única causa que explica la aparición del delito en la empresa, se ha resaltado el hecho de que, muchas veces, ello se debe al deseo de ascender de los cargos intermedios o a las luchas de poder de los accionistas³³¹.

Determinar el nivel óptimo de la pena de multa supone un problema harto difícil. Los delitos socioeconómicos, que son los que en su mayoría se imputan a las personas jurídicas, tienen una elevada cifra negra³³² lo que hará, de acuerdo con la propuesta de POSNER expuesta anteriormente, que se tenga que imponer una multa de cuantía considerable. Esta situación llevará, a su vez a otra complicación del sistema: la «*deterrence trap*» o trampa de la disuasión³³³. Es decir, no se puede predicar ningún tipo de efecto preventivo de aquella multa que no puede ser satisfecha por la persona

³²⁹ PONSER, R., *El análisis económico del derecho*, traducido por Suárez L., Fondo de Cultura, México, 2ªed en español, 2007, p. 673: «Pero dado que el castigo penal corporativo es puramente monetario, no queda claro por qué debiera tener derecho la corporación a las elaboradas salvaguardas procesales del proceso penal. [...] tales salvaguardas tienen sentido económico solo bajo el supuesto de los castigos penales imponen grandes costos y no sólo una transferencia de dinero del delincuente al Estado».

³³⁰ PONSER, R., *El análisis económico del derecho...op. cit.*, p. 352.

³³¹ LEVIN, M.H., «Corporate Probation Conditions: ¿Judicial Creativity or Abuse of Discretion?», *Fordham Law Review*, Vol. 52, 1984, pp.640-641.

³³² FARALDO CABANA, P. «¿Es la multa una pena apropiada...? *op. cit.*, p. 103.

³³³ COFFEE, J.C. JR., «No soul to damn: no body to kick": an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment», *Michigan Law Review*, Vol. 79, Núm.3, 1981, pp. 389 y ss.

jurídica, por ser desorbitada. Dicho de otro modo, la multa en una cuantía óptima para conseguir los efectos disuasorios supondrá poner en peligro la supervivencia de la corporación.

Otro de los efectos negativos que se han puesto de relieve es el fenómeno conocido como «*overspill*» término que vendría a decir que «*cuando la persona jurídica se resfría, estornuda otro*»³³⁴, es decir que los efectos negativos de la pena vendrían a sufrírselos los terceros inocentes como los acreedores, trabajadores, y clientes o consumidores. FARALDO CABANA, con buen criterio, al igual que lo han hecho otros, no incluye entre estos terceros inocentes a los socios y a los obligacionistas³³⁵. También se pueden señalar como la posible pérdida de los empleos y también la posible repercusión del coste de la multa en el precio de los servicios y productos. No obstante, en relación con la posible repercusión del coste, COOTER, señala que en un entorno competitivo es difícil que se aumenten dichos precios debido a que, de haberse podido hacer, ya se habrían aumentado³³⁶. Es decir, si se hubiera podido aumentar los precios sin perder competitividad ya se hubiera hecho antes de la imposición de la multa. Por último, también se expone como un efecto negativo lo que viene a llamarse la «*nullificación*»³³⁷, término que describe aquella situación según la cual los Jueces y Tribunales se muestran reticentes a imponer multas desorbitadas, precisamente por las repercusiones que pueda tener en los terceros inocentes.

Con lo expuesto hasta ahora, podemos observar que, si bien el modelo racional propuesto por la escuela de Chicago puede aportar nuevas perspectivas desde las que abordar tanto la multa como la criminalidad de las personas jurídicas, tiene algún que otro inconveniente que no siempre será fácilmente eludible.

Todos los escollos relacionados, en especial, con los terceros inocentes, se vendría a superar con una nueva forma de configurar la multa. Una de las primeras y más conocidas propuestas de una multa configurada de forma distinta a como se había hecho hasta el momento pertenece, precisamente, a uno de los mayores críticos del modelo expuesto anteriormente, es decir, JOHN COFFEE. El citado autor, bajo la

³³⁴ La traducción en español en estos términos la encontramos en FARALDO CABANA, P. «¿Es la multa una pena apropiada...? *op. cit.*, p. 103, pero la idea es expresada, originalmente, por COFFEE, J.C. JR., «No soul to damn...*op. cit.*, p. 401.

³³⁵ FARALDO CABANA, P. «¿Es la multa una pena apropiada...? *op. cit.*, p. 103.

³³⁶ COOTER R., «Prices and Sactions», *Columbia Law Review*, Vol. 84, Núm. 6, 1984, pp. 1523-1560.

³³⁷ FARALDO CABANA, P. «¿Es la multa una pena apropiada...? *op. cit.*, p. 103.

denominación de «*equite fine*», contempla esta sanción pecuniaria no como un pago de dinero, sino que la configura de manera que las acciones de la sociedad pierdan parte del valor nominativo. Paralelamente a esta operación, la sociedad tiene que ir emitiendo nuevas acciones por valor de la cantidad resultante de la reducción antes mencionada. Estas nuevas acciones pasarían a un fondo estatal cuyo objetivo principal sería resarcir a las víctimas del delito³³⁸. Con esta forma de configurar la sanción es obvio que se superan muchos de los escollos que presentaba el modelo económico racional, propuesto por BECKER y POSNER, de tal manera que la multa sólo afecta a los accionistas³³⁹, quedando a salvo los terceros inocentes. Aunque aquí no hay que perder de vista que también podrían quedar a salvo terceros culpables, como pudieran ser los trabajadores que han participado en el delito.

Otras dos posibilidades, aunque advertimos que mucho más alejadas del Derecho penal, son las planteadas por KENNEDY: la «*pass through fine*» y la «*superaded liability*»³⁴⁰.

La «*pass through fine*» determina que cada uno de los accionistas es responsable civil de una parte alícuota de la multa que tiene que pagar la empresa. La cuantía de la multa a pagar se prorroga entre todos los socios en función del número acciones que tiene cada uno. Por su parte, la «*superaded liability*» viene directamente a romper con una característica esencial del derecho de sociedades: la responsabilidad limitada. En este caso la multa o, mejor dicho, su satisfacción no se vería limitada por el valor de la empresa, sino que podría ser mucho mayor afectando al propio patrimonio de los socios.

En relación con estos tipos de multa, expuestos aquí a grandes rasgos, NIETO MARTÍN afirma que todas ellas deberían estar presentes en un mismo texto legal, de tal forma que el juez pueda disponer de unas u otras en función de la estructura o el tipo de sociedad que tiene que sancionar³⁴¹.

³³⁸ COFFEE, J.C. JR., «No soul to damn... pp. 413 y ss.

³³⁹ NIETO MARTÍN A. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, 283, señala como bondad de esta propuesta no solo el que los únicos «golpeados» sean los accionistas, sino que los están siendo «*de forma inteligente, pues los más afectados son los accionistas de control, que son los que en mejores condiciones están a la hora de presionar a los administradores para que implementen medidas de control*».

³⁴⁰ KENNEDY, C., «Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms», *California Law Review*, 1985, pp. 443-485.

³⁴¹ NIETO MARTÍN A. *La responsabilidad penal... op. cit.*, p.285.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

No obstante, las anteriores fórmulas para configurar la pena de multa no se podrían trasladar a nuestro ordenamiento jurídico, dado que adolecerían de inconstitucionalidad.

CAPÍTULO V: ANÁLISIS DE LAS PENAS INTERDICTIVAS

A. Consideraciones preliminares sobre las penas interdictivas

Antes de entrar en el análisis pormenorizado de cada una de las penas interdictivas, es decir, de las comprendidas en los apartados c) a g) del artículo 33.7 CP es imprescindible hacer alguna reflexión que afecta de manera general a todas estas medidas. Estas reflexiones las podemos agrupar en tres bloques: un primer bloque constituido por algunas notas recordatorias de lo que ya se ha avanzado a través del estudio del régimen jurídico de las penas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas; un segundo grupo de reflexiones irá encaminado a hacer unos breves apuntes sobre los derechos que se pueden ver afectados en función del tipo de ente al que se le puede aplicar alguna de esta medida; la última parte de estas reflexiones previas tiene por objetivo dejar claros cuáles son los parámetros que regirán el estudio del contenido material de estas penas interdictivas.

Así, en primer lugar, tenemos que recordar dos cuestiones que ya hemos tenido ocasión de estudiar y que están directamente relacionadas con el análisis de las penas interdictivas, todo ello con el objetivo de no tener que hacer este recordatorio al hilo del análisis de cada una de las medidas del artículo 33.7 CP. La cuestión fundamental que debemos recordar en estas líneas, a efectos de que no se pierda de vista en ningún momento, es la necesaria observancia del artículo 66 bis CP, con especial énfasis en los criterios generales de imposición de estas penas potestativas: la necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; las consecuencias económicas y sociales con especial atención a los efectos para los trabajadores; el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Todo ello sin perder de vista los demás condicionantes y requisitos que se establecen en el mencionado precepto³⁴². Por otro lado, no tenemos que perder de vista que las penas interdictivas que nos disponemos a analizar en las siguientes líneas no se impondrán de manera autónoma o exclusiva, sino que a su lado siempre estará presente la multa³⁴³ lo que, en ocasiones, puede suponer algún problema para la ejecución de ésta

³⁴² *Vid. supra* Capítulo III «Las reglas de determinación de las penas privativas de derechos susceptibles de imposición a las personas jurídicas».

³⁴³ *Vid. supra* Capítulo IV «La pena de multa» sobre la preeminencia de esta pena pecuniaria.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

o, a la inversa, la imposición de la pena interdictiva se puede ver condicionada por la presencia de esta pena pecuniaria.

Sin que sea el principal objetivo de este trabajo y sin volver a hacer ahora un estudio pormenorizado de los tipos de entes³⁴⁴ que se pueden ver sometidos al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, queremos poner sobre aviso acerca de qué derechos fundamentales se pueden ver afectados con la imposición de estas penas interdictivas, todo ello para poner de manifiesto el importante arsenal punitivo que el legislador ha establecido en el artículo 33.7 CP y que, a pesar de ello, no se ha esforzado lo suficiente o con la máxima rigurosidad en determinar claramente su contenido y alcance. Por otro lado, consideramos necesarias estas reflexiones dado que muchos estudios tienden a hacer referencia únicamente a las empresas y, por lo tanto, parece que sólo está en juego el derecho a la libertad de empresa previsto en el artículo 38 de la CE³⁴⁵, cuando ello no es así.

Siguiendo el orden de los preceptos de la Carta Magna que van consagrando los derechos fundamentales, tenemos que hacer referencia al derecho de asociación³⁴⁶ que tiene una especial importancia dado que no sólo se debe poner en relación con una tipología concreta como pudieran ser las asociaciones³⁴⁷ en general, sino que su contenido esencial se proyecta sobre todos los demás entes³⁴⁸ que se puedan ver afectados por las penas interdictivas. En efecto, el derecho de asociación «*constituye uno de los parámetros básicos del Estado de Derecho, democrático y social*»³⁴⁹. Por otro lado, la posibilidad, como es sabido a partir de la reforma del año 2012, de imponer estas penas a los partidos políticos³⁵⁰ y sindicatos afectan de manera directa a derechos

³⁴⁴ Vid. *supra* Capítulo I «Aproximación al modelo español de RPPJs», en especial el epígrafe dedicado a los entes imputables.

³⁴⁵ Cfr. art. 38 CE «*Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*».

³⁴⁶ Cfr. art. 22 CE «*1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.*».

³⁴⁷ Cfr. Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, Reguladora del Derecho de Asociación.

³⁴⁸ Téngase en cuenta que partidos políticos, sindicatos, en incluso la propia libertad de empresa no constituyen más que formas especiales de asociarse.

³⁴⁹ BERMEJO VERA, J., «La dimensión constitucional del derecho de asociación», *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, p. 119.

³⁵⁰ Ver, ampliamente, LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 73-104.

tales como el de la libertad de participación en asuntos políticos³⁵¹ o la libertad sindical³⁵². El derecho de fundación³⁵³ también es uno de los que se puede ver afectado por las previsiones del artículo 33.7 CP. Por último, resta hacer referencia a las Sociedades mercantiles públicas, que, salvo que se trate de entidades creadas para eludir posibles responsabilidades, sólo se pueden ver afectadas por la multa y por la intervención judicial. En el caso de este tipo de entes, aunque es más difícil señalar un precepto constitucional del que se derivan derechos concretos, sí que podemos señalar el artículo 103 CE³⁵⁴, sin perjuicio de tener en cuenta otros principios rectores que establece la norma fundamental.

Con la breve referencia que hemos hecho anteriormente a los importantes derechos que se pueden ver afectados por estas penas, es suficiente para poner de manifiesto que, en este caso, más que en ningún otro, nos debemos mostrar muy exigentes con el legislador a la hora de concretar y delimitar de la forma más precisa estas medidas. Por ello, de no ofrecer claras directrices sobre el contenido material de estas penas no debemos dudar en proponer una profunda modificación o incluso la supresión de aquellas que son muy imprecisas.

Antes de entrar en el análisis propiamente dicho, debemos poner de manifiesto algunos aspectos que condicionan de una manera importante el estudio de estas penas. En primer lugar, como se tendrá ocasión de ver las penas interdictivas susceptibles de imposición a las personas jurídicas se plantean desde un punto exclusivamente negativo, en el sentido de que sólo consisten en una prohibición lo que tendrá como efecto proporcionalmente directo el incremento del riesgo de que el ente afectado pueda

³⁵¹ Cfr. art. 6 CE «Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos» en relación con el art. 23 CE «1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. [...]».

³⁵² Cfr. art. 28 CE «1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. [...]».

³⁵³ Cfr. art. 34 CE «1. Se reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la ley. 2. Regirá también para las fundaciones lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del artículo 22».

³⁵⁴ Cfr. 103 CE «1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. [...]».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

desaparecer *de facto*. Queda excluida, en parte, de esta reflexión el caso de la intervención judicial, aunque también esta pena, en su configuración actual, está sometida a muchos límites a la hora de determinar su contenido desde un punto de vista positivo, es decir, desde una perspectiva de las obligaciones de hacer que se le puedan imponer al ente condenado.

Por último, tenemos que advertir desde este momento que el estudio y la interpretación de las penas previstas en los apartados c) a g) del artículo 33.7 CP se debe hacer, no en pocas ocasiones, desde un enfoque multidisciplinar. Todo ello debido a que la integración del contenido material de la pena en cuestión encuentra un gran apoyo en lo ya previsto en otras ramas del derecho, como pueden ser el Derecho administrativo o mercantil.

B. La suspensión de actividades [art. 33.7. c)]

1. La aplicación como consecuencia accesoria del art. 129 CP

Como es sabido, la suspensión de las actividades de los entes colectivos no es una medida nueva que se introduce a raíz de la implantación por parte del Código Penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que figura como consecuencia accesoria del artículo 129 desde la entrada en vigor del propio Código. Aunque los regímenes de las consecuencias accesorias y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas son muy distintos, en cuanto a los presupuestos y los requisitos para la aplicación de los mismos, lo cierto es que se puede señalar como puntos comunes los siguientes aspectos:

En primer lugar, el contenido material de las medidas que se puedan aplicar en base a los dos regímenes es el mismo, máxime cuando hoy por hoy el artículo 129 CP establece que las consecuencias accesorias tienen el «*contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33.*». Esta identidad material se traslada también al terreno de las posibles medidas cautelares que se puedan adoptar en relación con el ente a lo largo del procedimiento judicial.

El otro punto común entre los dos regímenes es la finalidad con la que se deben imponer las medidas: la de prevenir la continuidad delictiva. No obstante, es necesario hacer varias matizaciones. La primera es que la redacción actual del artículo 129 del CP

ya no hace referencia expresa a que las consecuencias accesorias están orientadas a prevenir la continuidad delictiva y los efectos de la misma, como sí lo hacía hasta la reforma del año 2010, pero ello no es obstáculo para considerar que la finalidad sigue siendo la misma. La otra puntualización que se debe hacer es que, aun cuando las penas previstas para las personas jurídicas tienen como principal fin evitar la continuidad delictiva o sus efectos, el artículo 66 bis, tal como se expuso en su momento, prevé unos criterios que modulan bastante dicho fin. Todas estas razones no sólo permiten, sino que hacen aconsejable, acercarnos al análisis de los pocos casos en los que esta medida, funcionando como consecuencia accesoria, se ha aplicado.

Aun con el riesgo de adelantar parte de las conclusiones que se extraerán del análisis de los casos, se debe advertir del hecho de que todas las resoluciones que hicieron uso de la medida, que ahora analizamos (suspensión de actividades como consecuencia accesoria del art. 129 en su versión inicial), fueron autos mediante los cuales se impuso la suspensión de actividades como medida cautelar. También se tiene que poner de manifiesto que en la mayoría de los casos se trataba de sociedades o entidades vinculadas a la organización terrorista ETA. Este último dato podría ser decisivo en la determinación de los supuestos en los que, bajo la vigencia del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, podría ser de aplicación la pena de suspensión de actividades.

Una de las primeras resoluciones, aunque no necesariamente la más importante, que adopta la consecuencia accesoria de suspensión de actividades es el Auto de 12 de enero de 1999 de la Sala de lo Penal, Sección 4ª de la Audiencia Nacional que confirma el Auto de 14 de julio 1998 del Juzgado Central de Instrucción número 5 que había decretado cautelarmente la suspensión de todas las actividades y la clausura de los establecimientos y locales de cuatro sociedades mercantiles³⁵⁵ vinculadas a ETA. Dicha suspensión afectaba también a un diario y a una emisora radiofónica. El Auto de la Audiencia Nacional hace un profundo e interesante análisis sobre si es compatible con la Constitución la clausura, aun temporal, de un medio de comunicación, concluyendo que en el supuesto objeto de enjuiciamiento sí es posible³⁵⁶. La resolución analizada,

³⁵⁵ Recordemos que, hasta la entrada en vigor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el régimen previsto en el artículo 129 se aplicaba a cualquier tipo de entidad con independencia de si el ente ostentara o no personalidad jurídica.

³⁵⁶ Vid. FJ 3º del Auto de 12 de enero de 1999 de la Sala de lo Penal, Sección 4ª de la Audiencia Nacional «La injerencia del caso -clausura de una empresa y suspensión de sus actividades, con carácter cautelar-

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

también se pronuncia en relación con la proporcionalidad de la medida que había sido cuestionada por las partes apelantes, determinando la Sala que las medidas de suspensión de actividades y clausura de locales y establecimientos habían sido acordadas en base a indicios racionales de que las entidades afectadas estaban integradas en un grupo armado, lo que ponía de manifiesto un *«peligro probable que debía neutralizarse hasta que las responsabilidades penales y sus consecuencias fuesen depuradas y las medidas se juzgan adecuadas a la gravedad del riesgo»*. Por último, nos gustaría resaltar una medida que fue adoptada por el Auto del Juzgado Central pero que no se discutió en apelación y es que, en aplicación de la suspensión de actividades, los bienes, elementos y enseres de titularidad o del uso de las sociedades mercantiles en cuestión debían quedar en depósito y a disposición del Juzgado. Este dato podría cobrar relevancia a la hora de analizar la ejecución de esta pena.

El Auto de 26 de agosto de 2002 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, tiene una especial importancia debido a sus minuciosos pronunciamientos, que ofrecen una idea clara sobre cuál es el alcance y contenido de la suspensión de las actividades de un ente y qué medidas adicionales se deben adoptar para que dicha suspensión sea realmente efectiva. Esta resolución adopta la medida cautelar de suspensión de todas las actividades y clausura de los establecimientos y locales del partido político Herri Batasuna-Euskal Herritarrok-Batasuna (en adelante HB) al considerarse que éste estaba integrado y al servicio de la organización terrorista ETA³⁵⁷.

Antes de analizar los efectos y alcance de la suspensión de actividades, queremos detenernos en el juicio de proporcionalidad plasmado en el FJ 4º de la resolución. En dicho razonamiento jurídico se examinan tres parámetros: la especialidad, la necesidad y la subsidiariedad de la medida impuesta. En cuanto a la especialidad, considera el auto que el primer requisito que se debe cumplir es que el

no estaría prohibida por la Constitución a fin de evitar que una organización terrorista mantuviese la actividad de un medio de comunicación social integrado en su sistema al servicio de los objetivos de la organización terrorista».

³⁵⁷ Excedería del objetivo de este análisis una enumeración exhaustiva de cada uno de los indicios que el Auto comentado recoge y en base a los cuales llega a la conclusión de que hay una fuerte vinculación entre la organización política cuyas actividades se suspenden y la organización armada ETA. Por ello baste con señalar que a lo largo de los hechos primero al decimocuarto del auto toma en consideración el propio origen de la HB llegándose a la conclusión de que fue creada por ETA, la financiación directa e indirecta por parte de Eta. También se aprecia y se demuestran los vínculos entre las dos organizaciones a través de la configuración de las listas electorales o de los censos electorales.

supuesto al que se aplica se encuadre en «*la categoría de infracciones criminales graves*». Tal circunstancia se aprecia en el caso concreto, debido a que el delito investigado es el de integración en organización terrorista, previsto en los arts. 515.2 y 516 en relación con los arts. 571 y ss. del CP. A diferencia del anterior supuesto, donde también se había examinado la proporcionalidad de la medida, aquí, en aras del respeto de este principio, se acota la aplicación de la misma a supuestos graves, o, mejor dicho, a casos en los que se investigan o hay indicios de infracciones criminales graves.

Asentado lo anterior, se procede a determinar si concurre la necesidad de la medida, llegándose a la conclusión de que sí es necesaria para procurar la aminoración de los efectos de la actividad delictiva, al estar HB al servicio de un grupo armado que atenta contra la vida, la seguridad, la libertad y el patrimonio de las personas e instituciones, con la finalidad de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública. Por último, el Juzgado, en relación con la subsidiariedad de la medida, determina que ésta «*previene la continuidad o reiteración de la actividad delictiva, y, en este caso, la utilización de la estructura o medios económicos o bienes a favor de la acción terrorista del conjunto*».

Puesto el foco sobre un importante punto, el de la comprobación de la proporcionalidad de la medida, es momento de acercarnos a los efectos y alcance de ésta. Para ello es necesario acudir al FJ 7º y a la parte dispositiva del auto que ahora analizamos. Una de las cuestiones a destacar es lo rigurosa que se muestra la resolución con el hecho de que está suspendiendo la totalidad de las actividades de un partido político. Por ello, a la hora de determinar los efectos de la medida cautelar adoptada, hace una estricta separación entre el ámbito parlamentario y el extraparlamentario. El auto establece que las labores de los parlamentarios no se pueden ver afectadas por la medida adoptada, dado que la titularidad del escaño es personal. Considera el Juzgado que la determinación de las posibles repercusiones derivadas del hecho de que HB vea suspendidas todas sus actividades pertenece al ámbito de las competencias de las Cámaras legislativas, Ayuntamientos, Juntas Generales, Diputaciones, etc. Por lo tanto, en este punto es de apreciar que la resolución judicial determina con mucha claridad hasta dónde pueden llegar los efectos de una suspensión de actividades de un ente como un partido político.

En relación con el ámbito extraparlamentario, el Juzgado concreta esta medida cautelar haciéndola extensiva a todas las actividades públicas y privadas con independencia de la dimensión territorial o espacial. En concreto declara la suspensión de: todas las ayudas financieras que como tal grupo, coalición o partido perciba, las cuales quedarán suspendidas y depositadas a disposición del Juzgado; todas las ayudas financieras, económicas, o de otro tipo de entidades financieras, bancarias o de crédito o de cualquier otro orden que pudieran prestarles o le hubieren prestado, quedando tales fondos a disposición del procedimiento; la capacidad de contratar, negociar, otorgar representaciones, salvo las que estrictamente se autoricen por la Autoridad Judicial; de suscribir préstamos, operaciones bancarias de cualquier tipo; de enajenar y gravar bienes; de disponer de cualesquiera bienes muebles o efectos; de disponer de cualesquiera fondos o inversiones; de participar directa o indirectamente, como grupo o partido, en cualquier ámbito nacional o internacional institucional, incluido el electoral; la capacidad para ser titular o participar, directa o indirectamente, en instituciones, fundaciones o asociaciones, comunicándose tal circunstancia a todos los registros, bancos, entidades y organismos correspondientes; todas las actividades que como persona jurídica le correspondan para solicitar o participar en manifestaciones, concentraciones, reuniones autorizadas, debiendo tomar las medidas necesarias las autoridades gubernativas, para cumplir la resolución judicial y prevenir situaciones que quebranten la legalidad.

Para finalizar el análisis de este Auto, resta hacer referencia a algunos aspectos contemplados en la parte dispositiva. El primero de ellos es que la suspensión se decreta por un plazo de tres años. El segundo aspecto a resaltar es que, en aras de la efectividad de la medida, el auto ya prevé la posibilidad de que la formación política pueda ser o haya sido ya sustituida por algún «*sucedáneo*». Aunque no es ahora objeto de nuestro análisis, sí que es interesante el hecho de que la resolución se adelante a un problema que años más tarde el propio Código Penal contemplaría en el artículo 130.2 CP y que es la fusión, transformación o la disolución meramente aparente de los entes colectivos declarados responsables penalmente. Por último, hay que señalar que el auto hace expreso pronunciamiento sobre una cuestión que parece obvia pero que no se contempla en muchas de las resoluciones que declaran la suspensión de actividades. En concreto, se trata de suspender todos los suministros, contratos o acuerdos con compañías o empresas que prestan servicios de electricidad, agua, telefonía o similares de

comunicaciones o cualesquiera otros. En la misma línea se decreta la cancelación de las páginas web y de otros servicios que pudiera tener contratados la organización en internet.

A la vista de lo expuesto, podemos afirmar que el Auto de 26 de agosto de 2002 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional podría convertirse en ejemplo a seguir a la hora de aplicar la suspensión de actividades. De hecho, esta resolución fue confirmada por el Auto de 7 de octubre de 2002 de la Sala de lo Penal, Sección 1ª de la Audiencia Nacional, que resuelve el recurso de queja interpuesto contra la misma. Finalmente, como es sabido el procedimiento terminó con la disolución de este partido a través de lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala especial del art. 61 de la LOPJ) de 27 de marzo de 2003.

Siguiendo con nuestro análisis, consideramos relevante traer a colación el Auto de 17 de enero de 2005 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional que decreta la suspensión de actividades de la organización política Herri Batasuna-Euskal Herritarrok-Batasuna que, tal como pusimos de manifiesto, ya había sido declarada ilegal y disuelta por el propio Tribunal Supremo. Los argumentos jurídicos y la parte dispositiva no difieren de los contenidos en el Auto de 26 de agosto de 2002 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, pero que esta peculiar situación, la de volver a suspender las actividades de un ente supuestamente ya sometido a esta medida, e incluso ya disuelto, se debe poner de manifiesto dado que incita a la reflexión de si la suspensión de actividades puede llegar a ser efectiva o no.

Por su parte, el Auto de 8 de febrero de 2008 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional que declara la suspensión de actividades de Acción Nacionalista Vasca/Eusko Abertzale Ekintza, es, en cierta manera, el colofón de todas las resoluciones judiciales en las que se aplica esta medida en relación con las organizaciones vinculadas a ETA. El auto no tiene mayor interés, pues es una copia calcada en cuanto a argumentos y parte dispositiva del, ya tan repetido, Auto de 26 de agosto de 2002 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional.

Fuera ya de un contexto de procesamiento de miembros y organizaciones vinculadas a bandas terroristas, la aplicación de la suspensión de actividades como

consecuencia accesoria del artículo 129 es realmente escasa y no aporta nuevas perspectivas sobre el contenido y alcance de la medida o sobre ejecución de la misma. A modo de ejemplo de resoluciones que adoptan como medida cautelar la suspensión de actividades se pueden mencionar las siguientes: el Auto 390/2004 de 28 de diciembre de 2004 de la Audiencia Provincial de Castellón; el Auto de 17 de diciembre de 2007 del Juzgado de Instrucción de Barcelona que adopta la medida de suspensión de actividades pero no la fundamenta en el artículo 129 sino en base al artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; el Auto 428/2007 de 14 de septiembre de la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1ª); el Auto 572/2010 de 16 de julio de 2010 de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 1ª).

Este análisis retrospectivo de la aplicación de la suspensión de actividades nos lleva a las siguientes observaciones y conclusiones. En primer lugar, nunca se ha aplicado como medida definitiva, haciéndose uso de la misma sólo como medida cautelar, y adoptándose, finalmente, o bien la disolución o bien otro tipo de medida. En segundo lugar, parece que ha gozado de mayor protagonismo en casos tan graves como organizaciones y entidades vinculadas a una banda armada. En tercer lugar, en todos los casos que hemos analizado la suspensión siempre ha sido de todas las actividades, es decir se ha pretendido una paralización absoluta del ente sometido a la medida. Todas estas circunstancias podrían ser buenos indicadores de que, probablemente, la suspensión de actividades encuentre su sentido en el terreno de las medidas cautelares, pero no en el de las penas o de las consecuencias accesorias como medida definitiva. Sobre esta última reflexión volveremos líneas más adelante al hilo del análisis del artículo 33.7 c) del Código Penal.

2. El difícil encaje en el catálogo de penas

En las líneas que siguen nos proponemos examinar las distintas interpretaciones que se han realizado en relación con, ahora sí, la pena de suspensión de actividades del artículo 33.7 c) CP. El análisis será exclusivamente doctrinal dado que, a diferencia de lo ocurrido cuando se aplicaba como consecuencia accesoria, la suspensión de actividades hasta la fecha nunca se impuso ni como pena definitiva ni como medida cautelar.

El debate propiciado por la sucinta redacción mediante la cual el legislador ha configurado esta pena se puede sistematizar en dos grandes opciones interpretativas: la de considerar que la suspensión debe alcanzar la totalidad de las actividades del ente o la de entender que la pena tiene un alcance más limitado y, por lo tanto, afectar sólo a parte de las actividades de la persona jurídica. Las mencionadas propuestas, como tendremos ocasión de ver, vienen condicionadas por las repercusiones que las mismas puedan tener en la coherencia de todo el catálogo de penas de las personas jurídicas. Por otra parte, se debe señalar que la presencia de posiciones intermedias, que propugnan la posibilidad de que la pena ahora analizada comprenda las dos opciones antes expuestas, es decir, que indistintamente se pueda decretar la suspensión de todas o de parte de las actividades, y que constituyen el grueso de las posiciones doctrinales, en nada afecta a la forma en la que queremos enfocar el problema, dado que los inconvenientes que puedan surgir son exactamente los mismos.

2.1. La suspensión total de las actividades

Centrándonos ya en el análisis de la primera posibilidad interpretativa, aquella según la cual la aplicación de esta pena implica la suspensión de todas las actividades del ente, hay que señalar que ésta no se descarta por casi ninguna de las posiciones doctrinales. De aplicarse en este sentido, la pena de suspensión de actividades se traduciría en que la persona jurídica vería paralizadas todas las actividades, pero, desde el punto de vista estrictamente jurídico, no se extinguiría porque mantendría su personalidad jurídica.

Uno de los autores que más claramente se muestra partidario de esta interpretación es DÍEZ RIPOLLÉS, al considerar que la expresión «sus actividades»³⁵⁸ apunta a la suspensión de todas³⁵⁹ las actividades de la sociedad. Por lo que respecta al alcance de la pena considera el citado autor que las actividades paralizadas pueden o no coincidir con el objeto social y que la interrupción no implica la desaparición de la

³⁵⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española.», *Jueces para la Democracia*, núm. 73. 2012, pp. 50-51.

³⁵⁹ En el mismo sentido DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-08, 2011, p.15; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Penas aplicables a persona jurídicas», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Penal 2017*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, p. 586; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales», en AYALA GÓMEZ, I. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coords.), *Penal Económico y de la empresa 2016-2017*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, p. 192.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

persona jurídica y tampoco la prohibición de que acceda a sus locales y establecimientos. No nos mostramos del todo de acuerdo con estas reflexiones. Por un lado, si se trata de una suspensión total de las actividades la correlación entre las efectivamente desarrolladas y el objeto social que pueda tener fijado en los estatutos es una cuestión que pierde relevancia debido a que la imposición de la pena implicará la prohibición de cualquier actividad, se corresponda ésta con el objeto social o no. Por otro lado, y sin perjuicio de que en su debido momento se analizará la clausura de los establecimientos y locales, nos surge la duda de si es posible, desde un punto de vista de la efectividad de la medida, decretar la suspensión de actividades sin que los mencionados espacios se vean afectados de alguna manera. A nuestro parecer creemos que no es posible tal planteamiento, dado que los locales y establecimientos constituyen uno de los primeros aspectos sobre los que esta pena despliega sus efectos al ser un elemento imprescindible para su efectividad.

El tenor literal del precepto también se pone en valor por parte de la Fiscalía General del Estado que considera que el mismo obligaría a la suspensión de todas las actividades, pero propone una interpretación más restrictiva instando a que, a la hora de solicitar esta pena, se concrete el sector o ámbito de la actividad que deba suspenderse y *«que lógicamente habrá de ser el que esté más directamente vinculado con la actividad atribuida a la corporación»*³⁶⁰. Sobre esta última afirmación volveremos más adelante.

FARALDO CABANA, al igual que muchos otros autores³⁶¹, considera que la suspensión puede ser tanto de parte como de todas las actividades. No obstante, en relación con la suspensión de todas las actividades hace la puntualización de que ésta no puede ser superior a un año³⁶² fundamentando dicha propuesta en una previsión legislativa extrapenal. En concreto, la autora trae a colación el artículo 363.1.c) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que establece como causa legal de disolución de las sociedades mercantiles de capital el cese de la actividad o actividades que constituyan

³⁶⁰ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, p. 66.

³⁶¹ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, p.287; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 3 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p.136.

³⁶² FARALDO CABANA, P., «Las penas», en JUANES PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2015, p. 141.

su objeto social, entendiéndose en todo caso que se da dicha situación cuando hay un período de inactividad superior a un año. El mismo cuerpo legal también prevé como causa de disolución la incapacidad manifiesta de conseguir el fin social³⁶³. No obstante, en puridad jurídica, la disolución a la que hace referencia la normativa mercantil en nada difiere a la suspensión de actividades, ya que en los dos casos la personalidad jurídica persiste.

Llegados a este punto es imprescindible hacer la siguiente precisión conceptual y terminológica. Tal como tendremos ocasión de ver en las siguientes líneas la pena de suspensión de actividades entendida como la paralización total de las operaciones del ente en cuestión siempre lleva aparejado el riesgo de «*disolución de facto*». Esto es, la doctrina siempre hace referencia a que la suspensión total de las actividades puede implicar una *disolución de facto*. Es necesario hacer la aclaración de que la mencionada expresión se pone en relación con la pena de disolución prevista en el apartado b) del artículo 33.7 CP que, tal como su tenor literal indica, «*producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita*». Por lo tanto, desde el punto de vista del Derecho penal y sus efectos, el término «*disolución*» implica extinción del ente. Todo esto contrasta, al menos con lo previsto en la normativa mercantil mencionada por FARALDO CABANA, donde el concepto de disolución no coincide o no es sinónimo a extinción del ente. Desde la perspectiva de la legislación mercantil, la disolución no supone la extinción de la sociedad mercantil sino simplemente la apertura de la fase de liquidación³⁶⁴ con la consecuencia de que la sociedad conserva su personalidad jurídica. Por lo tanto, volviendo a la propuesta de FARALDO CABANA, la de no imponer una pena de suspensión de actividades por un tiempo superior a un año, hay que indicar que, al no suponer la disolución mercantil la pérdida de la personalidad jurídica, no hay razón para que el tiempo de la medida se reduzca hasta que encaje con el plazo de la normativa extrapenal. Ahora bien, también hay que reconocer que, al menos en el terreno mercantil, la fase de liquidación tiene como objetivo la ordenada extinción de la empresa, pero aun así consideramos que en

³⁶³ Cfr. art. 363. a) y c) del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

³⁶⁴ Cfr. art. 372 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital «1. La disolución de la sociedad abre el período de liquidación. 2. La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión «en liquidación».».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

ningún caso se debe hacer una equivalencia conceptual entre la disolución entendida desde el prisma del Derecho penal y la disolución mercantil³⁶⁵.

Contempladas las principales propuestas en relación con la suspensión total de actividades y también realizadas las precisiones, que a nuestro parecer eran imprescindibles, es momento de analizar cuál es el gran inconveniente que se deriva de esta primera opción interpretativa. La mayor dificultad es distinguir, desde un punto de vista material, no tanto jurídico, la suspensión de actividades de la pena de disolución prevista en el apartado b) del artículo 33.7 CP.

Decíamos líneas arriba que desde un punto de vista jurídico no parece tan difícil distinguir las dos penas debido a que la diferencia básica es que en el caso de la disolución se pierde la personalidad jurídica y se produce una extinción del ente mientras que, en el caso de la pena de suspensión de actividades, lo que se ve afectado es la capacidad de obrar, persistiendo la personalidad jurídica³⁶⁶.

Aunque teóricamente podríamos distinguir la pena de suspensión de actividades de la de disolución, materialmente creemos que ello es resulta bastante difícil³⁶⁷. No hace falta un gran esfuerzo imaginativo para darse cuenta de que una persona jurídica ante la tesitura de no poder desempeñar las labores que le son propias o, mejor dicho, conseguir el fin para el que fue creada, está en un gran riesgo de desaparecer.

La imposibilidad de conseguir el objeto social tendrá un efecto inmediato sobre los trabajadores, los socios, propietario u otro tipo de inversores que reorientarán sus intereses hacia otros entes que sí son viables y plenamente funcionales. Lo que queremos decir es que con la suspensión de actividades el sustrato organizativo integrado por los terceros anteriormente mencionados irá desapareciendo. Muy ligado a la anterior idea es la cuestión económica. Es evidente que la prohibición de realizar las actividades que le son propias supondrá la privación de cualquier fuente de ingresos lo que, a su vez, hará complicado mantener unos medios materiales y humanos, sin

³⁶⁵ Cfr. art. 371 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital «1. La disolución de la sociedad abre el período de liquidación. 2. La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión «en liquidación».».

³⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las consecuencias...», *op. cit.*, p. 287.

³⁶⁷ Aunque hay algún autor que considera que una suspensión de actividades no necesariamente debe llevar a la desaparición del ente: DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas...», *op. cit.*, p. 51: «No siempre una suspensión temporal de actividades compromete la existencia de la sociedad, cuando menos porque no todas las sociedades desarrollan actividad empresarial o equivalente».

perjuicio de que obviamente habrá empresas u organizaciones con bastante músculo financiero que consigan pagar nóminas y gastos de mantenimiento por determinado período, aunque no tengan actividad.

Aun poniéndonos en la hipótesis de que se ha impuesto esta pena y ha transcurrido el tiempo correspondiente, dándose cumplimiento de la misma, la reactivación de la persona jurídica es muy complicada. La paralización de las actividades, aunque no fuera por un tiempo demasiado largo, siempre supondrá pérdida de clientes, afiliados, socios, etc. Por otro lado, la recuperación de la presencia en el mercado, en la escena política, o en cualquier otro ámbito siempre será difícil dado que el espacio que se ha dejado libre en el sector o ámbito de actividad, normalmente se ocupará por otros actores. Aquí, al igual que apuntábamos líneas arriba también habrá excepciones y máxime cuando precisamente las empresas, pero no sólo, están acostumbradas a lidiar con mercados ocupados y una feroz competencia.

Aunque en aplicación de esta pena se impida que se proceda a la liquidación de la empresa, partido, asociación, etc. la medida no afecta a las personas físicas que podrán dedicarse a la misma actividad a través de otros entes³⁶⁸ lo que supondrá que la parte material de la persona jurídica se convertirá en una especie de patrimonio yacente. Por lo tanto, la calificación de la suspensión de actividades como «*disolución temporal*»³⁶⁹ o como «*pena intermedia*»³⁷⁰ entre la disolución y la prohibición de actividades prevista en la letra e) del artículo 33.7 CP, si bien acertadas desde un punto de vista estrictamente jurídico, materialmente tienden al mismo resultado, la extinción del ente. No obstante, como hemos advertido a lo largo de estas reflexiones el riesgo de desaparición del ente no se concretará siempre y en todos los casos.

2.2. La suspensión parcial de las actividades

Vista la gran dificultad de marcar una diferencia real entre lo que sería la aplicación de una suspensión total de actividades y la imposición de una pena de disolución, dado que ambas consecuencias tendrían, en última instancia, los mismos

³⁶⁸ No entramos ahora en el problema contemplado por el artículo 130.2 CP que precisamente pretende evitar que se eluda la responsabilidad penal a través de la disolución meramente aparente.

³⁶⁹ ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: las Consecuencias Accesorias*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004, p.89: «Esta medida parece que se trata de una suerte de «*disolución temporal*»: la sociedad queda en «*letargo*» hasta que se produzca una especie de reactivación automática de actividades».

³⁷⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las consecuencias...», *op. cit.*, p. 287.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

efectos prácticos, la doctrina se ha esforzado en fundamentar la posibilidad de asignar a la medida un alcance más limitado y, por lo tanto, que se entienda referida a sólo parte de las actividades.

Los argumentos a favor de entender que la suspensión se puede aplicar a sólo una parte de las actividades se resumen en que, por un lado, la falta de concreción del contenido de la pena por parte del legislador implica no encontrar obstáculo alguno para adoptar esta interpretación³⁷¹. Y, por el otro, se aduce el argumento de que quien puede lo más puede lo menos³⁷², máxime cuando no hay una afectación de las garantías³⁷³. Estos argumentos se pueden discutir no sólo en base a lo señalado por autores como DÍEZ RIPOLLÉS que, como vimos, considera que el tenor literal del precepto es muy claro al utilizarse la expresión «sus actividades» sino también en base a la fórmula con la cual el legislador determina que esta pena se puede emplear como medida cautelar. Concretamente, el artículo 33.7 CP *in fine* establece que «la clausura temporal de los locales y establecimientos, la suspensión de **las actividades sociales** y la intervención judicial» podrán ser acordadas como medida cautelar. Los términos en los que el legislador hace referencia a la suspensión de actividades, utilizando una expresión, a nuestro parecer bastante más clara que la que se empleó para configurar la propia pena, denotan, una vez más, que la suspensión debe ser total.

No obstante, el mayor problema no reside en argumentar si es o no posible la suspensión parcial, sino que las complicaciones aparecen en el momento de diferenciar ésta de otra de las penas previstas en el catálogo del artículo 33. 7 CP, la prohibición de actividades³⁷⁴. Sin ánimo de adelantarnos respecto de lo que va a ser el análisis de esta última pena, simplemente decir que su alcance es en todo caso parcial, dado que la prohibición va referida a aquellas actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Dicho esto, es evidente que el mayor problema va a ser distinguir la suspensión parcial de las actividades de la pena de prohibición.

³⁷¹ ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, p. 136.

³⁷² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) y MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, p. 85.

³⁷³ ROCA AGAPITO, L. «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en ONTIVEROS ALONSO, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara a futuro*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 393.

³⁷⁴ Cfr. art. 33.7 e) CP: «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.».

Como se puede observar, el elemento central que puede ayudar a marcar la diferencia entre las dos medidas es si la suspensión debe ser o no vinculada al delito. Si en relación con la suspensión de actividades³⁷⁵ se exigiera una vinculación con el delito se privaría de fundamento a la prohibición de actividades prevista en la letra e) del artículo 33.7 CP, lo que llevaría a una imposibilidad de distinguir las dos medidas³⁷⁶.

Ante tal situación, y siempre con el objetivo de encontrar una diferencia real entre las dos penas, parece que los esfuerzos interpretativos deben orientarse a fundamentar que la suspensión parcial puede ir referida a actividades no estrictamente vinculadas a los delitos cometidos en el seno del ente en cuestión. Es cierto que la pena de suspensión de actividades en ningún momento exige una vinculación entre el delito y las actividades suspendidas. Ahora bien, cabe preguntarse si es posible o si tiene sentido que se suspendan unas actividades que no estén vinculadas al delito o delitos que se han cometido en el seno de la persona jurídica.

Así, FARALDO CABANA considera que no es posible dicho planteamiento debido a que la falta de vinculación entre el delito cometido y las actividades suspendidas dejarían sin justificación³⁷⁷ la imposición de la pena de suspensión, al no ser necesaria para prevenir la actividad delictiva o sus efectos, como exige el CP en su artículo 66 bis. 1 a). Recordemos que el Ministerio Fiscal se pronunciaba en la misma línea al considerar que por parte de los Sres. Fiscales se debía solicitar la suspensión parcial de aquellas actividades más estrechamente vinculadas con la comisión del delito. No obstante, en este punto la Fiscalía General no se plantea en ningún momento el problema del solapamiento entre esta medida y la pena de prohibición de actividades³⁷⁸.

En cambio, hay algún autor que considera que esta vinculación entre la suspensión de actividades y el delito cometido no tiene que estar presente³⁷⁹. Llamativa es la propuesta de LEÓN ALAPONT, que considera que la suspensión parcial va referida a actividades no relacionadas con el delito, aunque a renglón seguido matiza que la actividad suspendida, aunque no esté directamente vinculada con el delito cometido sí

³⁷⁵ Cfr. art 33.7.c) CP «c) *Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años*».

³⁷⁶ DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas...», *op. cit.*, p. 51.

³⁷⁷ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 141.

³⁷⁸ *Vid.* Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, pp. 66 y ss.

³⁷⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2011, pp. 304 y ss.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

que *«debe mostrarse próxima o conexas a la actividad relacionada directamente con aquél»*, como, por ejemplo, la prohibición de poder utilizar algunas redes sociales a través de las cuales se ha cometido algún delito de odio³⁸⁰. Esta propuesta no nos convence debido a que consideramos que la separación entre la actividad directamente vinculada y la conexas o relacionadas con la anterior, es bastante difícil señalarla o encontrarla en la práctica y, en todo caso, creemos que se trataría de algo residual. Por otro lado, parece que la suspensión de actividades no está pensada para cuestiones tan concretas como el uso de redes sociales, sino que más bien está orientada a ser un instrumento cuya incidencia en la persona jurídica afectada es mucho más intensa.

Se puede concluir que la suspensión parcial de las actividades tampoco es una solución dado que, esta vez, la dificultad reside en diferenciarla de la pena de prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito, y por lo tanto y, a pesar de algunas propuestas eclécticas realizadas por parte de la doctrina, no hemos sido capaces de encontrar unos rasgos diferenciadores de esta pena que le confieran un ámbito de aplicación propio.

2.3. Un último intento de buscar un rasgo diferenciador

En las líneas que siguen queremos dejar constancia de algunas reflexiones que, aun cuando puedan constituir una propuesta arriesgada o sin recorrido, no tienen más objetivo que dar por exploradas todas las posibles interpretaciones de la pena de suspensión de actividades en su configuración actual.

Nos preguntamos si la pena de suspensión de actividades se puede contemplar no como una paralización de la persona jurídica sino como una obligación de cambiar el objeto social, es decir, que el ente se vea impelido a interrumpir las actividades que esté llevando en el momento de la condena pero que tenga la opción de dedicarse a otras totalmente distintas. Vaya por delante que somos conscientes que la interpretación se aleja mucho de los términos en los que se configura la pena, dado que en ningún

³⁸⁰ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op. cit.*, pp. 403-404, donde ilustra su posición a través del siguiente ejemplo: *«Piénsese, por ejemplo, en el siguiente supuesto: un determinado partido distribuye entre los vecinos de un municipio un folleto informativo en el que se contienen una serie de declaraciones de corte claramente racista, siendo finalmente condenado por un delito de odio (art. 510 CP) e imponiéndosele, además de la correspondiente pena de multa, la prohibición de realizar envíos de este tipo (mailing). Pues bien, nada obsta, a nuestro parecer para que el juez o tribunal pudiera acordar también la suspensión del uso de redes sociales como Facebook o Twitter, pues, a pesar de que no es una actividad en la que se haya cometido el delito, sí es un medio potencialmente idóneo para que se vuelvan a repetir los hechos anteriormente descritos.»*.

momento el apartado c) del artículo 33.7 hace referencia a otro tipo de actividad. No obstante, esta posibilidad, aunque no exactamente en los términos que ahora la planteamos, se atisba en las reflexiones de los siguientes autores. ECHARRI CASI considera en relación con, en aquel entonces, la consecuencia accesoria de suspensión de actividades que era posible que la persona jurídica se aprovechara de sus locales y establecimientos para iniciar una actividad distinta a la prevista en la resolución judicial³⁸¹. En términos parecidos se pronuncia DIÉZ RIPOLLÉS que sólo hace referencia a la posibilidad de que la persona jurídica utilice los locales y establecimientos³⁸², aunque la lógica nos dice que dicho uso no será para otra cosa que para desempeñar una actividad distinta a la que se ha suspendido por una sentencia condenatoria.

Esta propuesta, aun forzando ciertamente la interpretación de la ley, solventaría muchos de los inconvenientes que se han apreciado en relación con las demás posibilidades. Planteada en estos términos la suspensión de actividades, sería fácil distinguirla de la disolución, dado que no se pondría en riesgo la existencia de la persona jurídica. Igualmente se podría apreciar una diferencia con la prohibición de actividades, que residiría en el alcance de cada una de las penas. Mientras la prohibición de actividades supondría una paralización parcial de la actividad la suspensión implicaría una interrupción total, lo que, a su vez, implicaría un desplazamiento hacia un nuevo objeto social.

A pesar de lo expuesto, lo cierto es que nos vemos nuevamente ante un planteamiento que teóricamente podría funcionar, pero que en la práctica es difícil de aplicar, todo ello sin perjuicio de lo forzado de la interpretación a través de la cual llegamos al mismo. Sin olvidar otras tipologías a las que nos referiremos más adelante, para ver las posibilidades de un cambio de objeto social, hay que partir de los rasgos de las empresas. Éstas se caracterizan por una especialización de sus medios materiales, inmateriales (conocimientos y experiencia) y humanos (la cualificación de las personas físicas integrantes) que hace bastante difícil, poder cambiar la actividad a la que el ente se dedicaba hasta el momento. Esta situación se daría en el caso de la mayoría de las empresas, pero hay personas jurídicas que sólo pueden ostentar un único objeto social, como es el caso de un partido político o sindicato.

³⁸¹ ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones...*, *op. cit.*, p. 90.

³⁸² DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas...», *op. cit.*, p. 50.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Más allá de los anteriores obstáculos materiales, la vía que ahora exploramos tiene un último y gran inconveniente: no queda claro hasta qué punto una reorientación del objeto social sería efectiva para prevenir la actividad delictiva.

Por lo tanto, tal como advertíamos al principio de estas líneas esta última propuesta es arriesgada porque fuerza demasiado el tenor literal del precepto y, además, no tiene ningún recorrido por las razones anteriormente expuestas.

C. Clausura de locales y establecimientos [art. 33.7 d)]

1. La imprecisa redacción de la actual medida y la falta de coherencia con la parte especial.

La pena prevista en el artículo 33.7 d) CP se caracteriza por la misma imprecisión que las demás que conforman el catálogo del mencionado precepto, reduciéndose la misma a la siguiente fórmula: «*Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años*». Una vez más, el legislador se ha limitado al empleo de un enunciado muy genérico, al establecer esta pena de tal manera que se producen unos importantes interrogantes. Pero, además, después de la reforma del año 2015, pero no sólo, nos ha privado incluso de las herramientas que encontrábamos en la parte especial y que ayudaban a comprender o integrar el contenido de esta consecuencia que, aunque con matizaciones³⁸³, se encuentra en nuestro Código Penal desde su versión original.

Consideramos útil echar la mirada hacia atrás y ver cómo en la versión original del Código Penal, pero también después de las sucesivas reformas hasta la de 2010 y 2015, la parte especial estaba relativamente cargada de referencias a la clausura de establecimientos y locales. Así, los siguientes preceptos, en la mayoría de los casos no se limitaban a declarar la imposición de la clausura de establecimiento de, en aquel momento, empresa, locales o establecimientos, sino que aportaban siempre algún que otro dato que ayudaba a la integración del contenido de la consecuencia accesoria. Salvando los artículos 194, 221.3 y 298.2 CP, a los que haremos especial mención, los siguientes preceptos han perdido la referencia expresa a la clausura de locales y

³⁸³ Cfr. art. 129 CP en su versión del año 1995: «a) *Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.*».

establecimientos y, con ello, importantes aportaciones: los artículos 271 b) y 276. 2 ya no hacen referencia a la clausura de la industria; los artículos 299.2, 302, 370 y 430 o bien se han suprimido o bien han perdido la importante referencia relativa a que se podían clausurar los establecimientos abiertos al público; por último, el artículo 366 ya no hace referencia al cierre de fábrica o laboratorio. Estas referencias ayudaban en gran medida a delimitar el contenido de, en aquel entonces, consecuencia accesoria de clausura de empresa, sus locales y establecimientos. No creemos que era tan relevante la variación en la denominación³⁸⁴, aunque era muy útil como el hecho de que se hacía referencia a establecimientos y locales abiertos al público.

Hoy por hoy, sólo quedan en pie las referencias contenidas en los ya mencionados artículos 194, 221.3 y 298.2 CP, cada uno con una fórmula diferente de contemplar la clausura de establecimientos y locales. De esta manera, el artículo 194 establece en relación con los delitos de exhibicionismo y provocación sexual, así como en relación con los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores, la clausura de los establecimientos abiertos o no al público utilizados para la realización de los hechos delictivos. Por su parte, el artículo 221.3 CP, en relación con el tráfico de menores, establece la clausura de las guarderías, colegios u otros locales y establecimientos. Por último, el artículo 298.2 CP establece en relación con los delitos de receptación y blanqueo de capitales la clausura de los establecimientos y locales, pero sin hacer referencia a si deben ser abiertos al público o no. Además, se tiene que mencionar que en los tres supuestos mencionados la clausura se puede decretar de manera temporal o definitiva. Por lo tanto, esto último entra en conflicto con la medida prevista en el artículo 33.7 d), que recordemos también puede funcionar como consecuencia accesoria, y que prevé esta pena por un máximo de cinco años.

Realizado este pequeño análisis, podemos poner de manifiesto algunos de los primeros problemas que surgen en relación con la clausura de establecimientos y locales: no queda claro si la clausura debe ir referida a establecimientos y locales abiertos al público y no sabemos cómo casa el límite temporal de cinco años establecido por el artículo 33.7 d) CP con las previsiones de aquellos preceptos que ofrecen la posibilidad de imponerla como medida definitiva. Como veremos a continuación, los

³⁸⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129), Diario La Ley, núm. 7541, 2011, p. 10.

propios conceptos de establecimiento y local nos ayudarán a pronunciarnos en un sentido o en otro.

2. Concepto de local y establecimiento

Por lo que respecta al concepto de establecimiento y local, debemos acudir, al igual que lo hacen otros autores³⁸⁵, a la definición ofrecida por la RAE. De esta manera, en relación con el término «*local*» la sexta acepción del Diccionario de la RAE ofrece la siguiente definición: «*sitio cercado o cerrado y cubierto*». Por lo que respecta al concepto de establecimiento, desde un punto de vista puramente lingüístico, la quinta y sexta acepción definen el término como «*lugar donde habitualmente se ejerce una actividad*» y como «*local de comercio*». A poco que nos fijemos en las definiciones ofrecidas por el Diccionario de la RAE observaremos que tenemos dos conceptos bien diferentes que, como veremos más adelante, pueden tener relevancia a la hora de interpretar esta pena.

Por un lado, tenemos el concepto de local, sin añadirle ningún otro adjetivo, que va referido a algo estático: un espacio cerrado o cubierto. Por otro lado, el establecimiento es un concepto que añade un plus valorativo en el sentido de que en el mismo se debe ejercer una determinada actividad. Incluso la RAE ofrece una acepción que, a los efectos que aquí nos interesan, concreta mucho el concepto al hacer referencia a local comercial. Esta distinción, lingüística, pero no por ello menos importante, máxime cuando la redacción ofrecida por el legislador es tan vaga, abre la posibilidad de una interpretación jurídica en el siguiente sentido. Al recoger la letra del artículo 33.7 tanto el concepto de local como de establecimiento se puede determinar que la pena del apartado d) del mencionado precepto puede ir proyectada tanto a sitios abiertos al público destinados a actividades, como, por ejemplo, los locales comerciales, como a sitios utilizados por la persona jurídica que no están abiertos al público y que puedan tener otras funciones. De esta manera, el concepto de establecimiento haría referencia a lugares o sitios abiertos al público, mientras que los locales darían pie a clausurar espacios no abiertos al público sino dedicados a otros fines que interesan a la empresa.

³⁸⁵ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, pp. 142-143.

Por lo tanto, a través de esta pena se pueden clausurar un sinnúmero de espacios relacionados con la persona jurídica: almacenes, tiendas, talleres, plantas de producción³⁸⁶, etc.

Todas estas reflexiones se deberán completar con distintas matizaciones, sobre todo, cuando trataremos la cuestión de los terceros afectados.

3. Alcance y requisitos para la imposición de la pena

3.1. ¿Clausura total o parcial?

Hasta ahora, solamente hemos dilucidado y argumentado el hecho de que la pena del artículo 33.7 d), debido a los conceptos que maneja, puede ir referida tanto a sitios abiertos al público como a los que no lo están. Sin embargo, quedan todavía varios aspectos que se deben aclarar. En primer lugar, al igual que pasaba en relación con la suspensión de actividades, es necesario determinar si la clausura debe ir referida a la totalidad o sólo a parte de los establecimientos y locales. En segundo lugar, y muy relacionado con lo anterior hay que centrarse en la necesaria vinculación de la medida con la comisión del delito y en la forma de apreciar dicha vinculación.

En cuanto al alcance de la pena y en coherencia con lo que hemos defendido en el caso de la suspensión de actividades, a priori, deberíamos considerar que ésta debe ser total. El argumento, a primera vista, sería el mismo, el término «sus establecimientos y locales» cuando se establece la pena y el término «los locales y establecimientos» cuando se prevé la posibilidad de que se adopte como medida cautelar. No obstante, esta vez, creemos que, aunque el tenor literal de la pena implicaría o supondría la clausura de todos los locales y establecimientos, no es así debido a que no tendría sentido su previsión como pena separada de la suspensión de actividades. Esto es, no tendría sentido tener, por un lado, una suspensión de actividades, que ya hemos dicho que consideramos que es total, y, a la vez una clausura de establecimientos y locales también total. ¿Dónde estaría la diferencia entre las dos penas y qué sentido tendría poder adoptar por separado cualquiera de ellas cuando tienen las mismas consecuencias? La suspensión total de las actividades, la prevista en el artículo 33.7 c) y

³⁸⁶ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...*, op. cit., p. 405, nota a pie de página 1153 que ofrece un interesante ejemplo de clausura de locales o establecimientos: «Cabe advertir que en el caso de un partido político la clausura no tiene porqué circunscribirse únicamente a sus sedes, sino, en general, a cualquier clase de local que esté a disposición de estos. Piénsese, por ejemplo, en la oficina creada ad hoc para gestionar una determinada campaña electoral.».

la clausura total de locales y establecimientos, la prevista en el artículo 33.7 d) constituirían dos caras del mismo fenómeno que es la paralización de la actividad de la persona jurídica. No obstante, lo dicho, hay algún autor como DÍEZ RIPOLLÉS que considera que también la pena ahora analizada va referida a la totalidad de los locales y establecimientos³⁸⁷.

Así, podemos encontrar tanto posiciones doctrinales, como las de ORTIZ DE URBINA GIMENO³⁸⁸ que considera que la clausura sólo puede ser parcial y otras posiciones intermedias, como la de otros muchos autores³⁸⁹, que consideran que la clausura puede ser tanto parcial como total. Esta última interpretación, la de que la clausura puede ser de todos o parte de los locales y establecimientos, ha sido también acogida por parte de la Fiscalía General del Estado³⁹⁰. Es evidente que la opción mayoritaria de la doctrina por esta solución intermedia se debe al hecho de que una clausura total de los locales y establecimientos implica el riesgo de una disolución *de facto*³⁹¹.

No obstante, hay algún inconveniente de esta posición que, sin embargo, no ha sido puesto de manifiesto por sus defensores. ¿Qué pasa en aquellos casos en los que la persona jurídica dispone de un sólo local o establecimiento? ¿Acaso no seguimos estando ante un riesgo de disolución *de facto*? Es decir, hay situaciones reales en las que, con independencia del posicionamiento que se adopte, la medida del artículo 33.7 d), tendrá el mismo riesgo de disolución *de facto* que la suspensión de actividades que veíamos en el anterior epígrafe. Esta situación se puede reconducir, vía artículo 66 bis y gracias al amplio margen de discrecionalidad que tiene el juez a la hora de imponer alguna de las medidas previstas en el artículo 33.7 CP y decidir, en un caso como el planteado no proceder a la imposición de esta pena.

³⁸⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas...», *op. cit.*, pp. 50-51.

³⁸⁸ ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal...», *op. cit.*, p. 192.

³⁸⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las consecuencias...», *op. cit.*, p. 288; MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Penas...», *op. cit.*, p.586; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal...*, *op. cit.*, p. 137; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Las penas a personas jurídicas», *Diario La Ley*, Núm. 7920, 2012, p. 11; LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op. cit.*, p. 405; ROCA AGAPITO, L., «Sanciones penales...», *op. cit.*, p. 395.

³⁹⁰ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, p. 66. «También aquí parece excesivamente rígido entender como única sanción posible la clausura de todos sus locales y establecimientos. El mismo argumento empleado para la suspensión permite también en este caso una intelección del precepto que permita optar por la clausura de algunos o todos los locales y establecimientos de la persona jurídica, según su vinculación con los hechos penalmente relevantes».

³⁹¹ Ver, entre otros, FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 142.

3.2. La vinculación con el delito

En cuanto a la necesidad de que el local o establecimiento clausurado esté vinculado a la actividad delictiva llevada a cabo en el seno de la empresa o persona jurídica, debemos decir que, en primer lugar, el precepto no exige en ningún momento dicha vinculación. Ahora bien, sería un sinsentido proceder a la clausura de aquellos locales que no han sido utilizados por la persona jurídica para la comisión del delito³⁹². Pero no sólo que no tendría sentido, sino que, de no apreciarse esta vinculación iría en contra del propio artículo 66 bis CP que exige que la imposición de cualquier medida del catálogo del artículo 33.7 se rija por la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de los efectos de la misma.

Hoy por hoy no hay pronunciamientos judiciales en los que encontremos la imposición de la clausura de los locales y establecimientos por aplicación del actual régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, quizá porque en muchos casos ya existe una clausura administrativa. Pero, una vez más, podemos acercarnos a alguna resolución que ha recurrido a esta medida cuando la misma funcionaba como consecuencia accesoria y que, al igual que ahora, se debía apreciar la necesidad para prevenir la actividad delictiva.

El Auto 90/3004 de 22 de marzo de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª) es un ejemplo muy ilustrativo en cuanto a la necesidad de que el local clausurado deba ser aquel que está estrechamente vinculado con la actividad delictiva llevada a cabo. En este caso se resuelve un recurso contra una resolución que había adoptado la clausura de tres locales por considerar que había indicios racionales de que en los mismos se realizaban conductas encuadrables en los artículos 188.1º, 311 y 318 del Código Penal. Sin entrar en los pormenores de la resolución que resuelve este recurso de apelación lo que nos interesa destacar es hecho de que la Audiencia Provincial había apreciado indicios de que se estaba coaccionado a personas sólo en uno de los locales y, por lo tanto, en base al principio de proporcionalidad y la exigencia de que esta medida se tome para prevenir la continuidad de la actividad delictiva levanta la cautelar en relación con los otros dos locales³⁹³.

³⁹² DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Penas...» *op. cit.*, p. 87.

³⁹³ *Vid.* FJ 2º Auto 90/3004 de 22 de marzo de la Audiencia Provincial de Soria (Sección 1ª): «A la vista de las diligencias referidas, y desde el juicio de proporcionalidad apuntado anteriormente, debemos

Otro ejemplo en el que podemos encontrar la necesidad de que haya una vinculación entre el establecimiento clausurado y la actividad delictiva llevada a cabo es el Auto 38/2005 de 18 de febrero de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6ª, Ceuta) que, al igual que la anterior resolución analizada, desestima el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que desestima la solicitud de apertura de una de las naves que había sido clausurada en el marco de una instrucción. El argumento de la Audiencia en base al cual considera adecuada la medida adoptada es que la nave clausurada es el lugar donde se llevó a cabo la actividad delictiva³⁹⁴.

Igualmente, interesante es el caso del Auto de 3 de noviembre de 2008 de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) que esta vez estima la solicitud del levantamiento de la medida cautelar de clausura de locales y establecimientos, dado que no se consideran suficientes los indicios de criminalidad que habían sido tomados por parte del Juzgado de Instrucción al decretar dicha clausura. Aunque el auto hace una reflexión sobre una norma que, hoy por hoy, se ha modificado sustancialmente³⁹⁵, ello no resta valor a lo que afirma en relación con la clausura de establecimientos y locales. En concreto, en el FJ 1º de este auto se manifiesta lo siguiente: *«Sin embargo, en el testimonio remitido a este Tribunal no se concretan cuáles son los indicios de los que se deduce que la actividad de tráfico se llevaba a cabo dentro del establecimiento aprovechado la actividad lícita del mismo y el trasiego de gente y posibles clientes para su comisión. La cuestión es muy relevante, toda vez*

considerar que, por un lado, la medida deberá ser adecuada para superar una concreta situación de peligro, y estrictamente necesaria para asegurar la consecución de la finalidad prevista por la ley, esto es, impedir la continuidad de la actuación delictiva y de sus efectos. [...] Pues bien, con estas directrices, consideramos adecuada y proporcionada la medida de clausura temporal adoptada respecto del establecimientos “Siroccos”, que es el lugar donde, presuntamente, y según se desprende del testimonio referido, se sospecha que se cometían las conductas más graves al haber mediado, al parecer coacción. Pero estimamos que la medida de clausura adoptada respecto de los establecimientos “Matahari”, de la localidad de Toledillo, o “Ichan”, de la localidad Boceguillas, podría resultar excesiva teniendo en cuenta tanto el principio de proporcionalidad como el carácter restrictivo de las medidas en fase instructora antes apuntados, dado que no resulta, en principio, que en dichos establecimientos se encuentren personas coaccionadas o contra su voluntad.».

³⁹⁴ Vid. FJ 3º Auto 38/2005 de 18 de febrero de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6ª, Ceuta): *«Así, no existe lugar a dudas de que el Juez de Instrucción está habilitado legalmente para acordar la clausura temporal cuestionada, necesaria fundamentalmente para prevenir la continuidad delictiva tal como refiere la resolución impugnada, dado que si efectivamente la nave sobre la que recae la medida impugnada se desarrollaba principalmente la actividad que ha dado origen a las presentes diligencias, no cabe duda que la autorización para su apertura supondría la continuación de dicha actividad que es lo que se pretende evitar.».*

³⁹⁵ Cfr. art. 369.1.4 en su versión anterior a la reforma del año 2010: *«Artículo 369. 1. Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en el artículo anterior y multa del tanto al cuádruplo cuando concurran alguna de las siguientes circunstancias: [...] 4.ª Los hechos fueren realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos.».*

que la circunstancia regulada en el art. 369.1.4. CP ha sido interpretada restrictivamente por la jurisprudencia: no es suficiente para la apreciación con que la droga se almacene o con que la actividad se organice desde uno de estos establecimientos; sino que es preciso que se aproveche el local para facilitar la distribución».

Sin perjuicio de que se podría presentar algún que otro supuesto más³⁹⁶, consideramos que los casos antes analizados son suficientes para dejar claro que la práctica judicial consideraba, en relación con la consecuencia accesoria de clausura de establecimientos y locales, que lo más acertado era la apreciación de una estrecha vinculación entre los sitios, lugares, tiendas, almacenes, etc. clausurados y la actividad delictiva llevada a cabo.

Por lo tanto, con todo lo expuesto hasta el momento podemos hacer la siguiente reflexión. En nuestra opinión, al igual que en la de otras autoras³⁹⁷, la clausura debería ir referida a aquellos locales donde se ha llevado a cabo la actividad delictiva. Si, por ejemplo, la persona jurídica tiene dos locales y en ambos se ha llevado a cabo la actividad delictiva entonces habrá que cerrar los dos, aun cuando suponga una clausura de todos los establecimientos del ente. Siguiendo con el anterior ejemplo, de darse la situación contraria, es decir, sólo se ha cometido el delito en uno de los locales entonces la pena impuesta a la persona jurídica tendrá que ir referida única y exclusivamente a dicho local. Estos locales o establecimientos pueden verse afectados por la medida tanto si están abiertos al público como si no.

4. Los terceros afectados: en especial la titularidad de los locales

Analizado el alcance de la pena, resta detenernos sobre algún interrogante que surge en función de quién es el titular de local, ahora sólo hacemos referencia al espacio físico y no al establecimiento entendido como actividad mercantil. Los aspectos a dilucidar son distintos según la dos hipótesis que se pueden plantear: la primera que los locales sean de titularidad de la persona jurídica y la segunda es que los locales sean

³⁹⁶ Vid. Sentencia 10/2004 de 26 de enero del Juzgado de lo Penal de Tortosa (Provincia de Tarragona); Auto 89/2009 de 28 de abril de la Audiencia Provincial de Guadalajara (Sección 1ª); Auto 655/2011 de 13 de junio de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 23ª).

³⁹⁷ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 142: «Pese al tenor literal del precepto, que parece exigir la clausura de todos los locales o establecimientos, es preferible abogar por una interpretación que permita optar por la clausura de todos o algunos de los locales y establecimientos, en función de la vinculación con los hechos delictivos cometidos.».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

titularidad de un tercero, esto es, que la empresa o persona jurídica utilice un determinado local mediante cualquier otro título que diera el derecho al uso de los mismos en virtud de cualquier contrato sea éste oneroso o gratuito (alquiler, usufructo, cesión gratuita, etc.).

La primera hipótesis, la de que los locales sean titularidad de un tercero, se resuelve fácilmente dado que, por lógica jurídico-penal, un tercero no estará obligado a soportar unos efectos por unos hechos o circunstancias que nada tiene que ver con él. Incluso se puede dar, la no tan infrecuente situación, como en el caso de la Sentencia 90/2011 de 14 de octubre de la Audiencia Provincial de Las Palmas en la cual se condena a una persona por un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente previsto en el artículo 305 del CP, pero sin declarar la clausura del establecimiento de la empresa al haberse traspasado a otra empresa a la fecha de la sentencia³⁹⁸. Por lo tanto, en el caso de que el local pertenezca a un tercero, simplemente, se le exigirá a la persona jurídica que abandone el mismo³⁹⁹.

La segunda hipótesis, la de que la persona jurídica sea titular de los locales clausurados plantea algún que otro interrogante más que la situación analizada anteriormente. ¿Pueden realizarse medidas de conservación, mejora o reestructuración de los locales precintados mientras dure la condena? ¿Pueden destinarse los locales a actividades totalmente distintas a las que venía dedicándose hasta la fecha de la medida cautelar o la condena? ¿Puede lucrarse la persona jurídica cediendo el uso de los locales a terceros mediante la celebración de contratos onerosos, como la venta o el alquiler, por ejemplo? Esta última pregunta la tenemos que hacer también en relación con los contratos gratuitos, es decir, donaciones o, incluso una cesión gratuita del uso.

A priori, nada parece impedir que se puedan realizar tareas de conservación⁴⁰⁰, mejora o incluso reestructuración de los locales, dado que no se puede apreciar un incumplimiento de la condena impuesta.

En cuanto a la posibilidad de que la persona jurídica dedique el local a una actividad distinta a la que estaba llevando a cabo cuando se cometió el delito, creo que

³⁹⁸ Vid. FJ 10 Sentencia 90/2011 de 14 de octubre de la Audiencia Provincial de Las Palmas: «No se impone la clausura del local al acreditarse en el acto de la vista que está siendo explotado por una tercera entidad por completo ajena a estos hechos.»

³⁹⁹ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 143.

⁴⁰⁰ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 143.

no sería viable dado que el cambio de la actividad lícita no implica que no se pueda seguir con la actividad delictiva que se llevó a cabo. Por lo tanto, en este caso parece que no es posible tal situación dado que sería una frustración clara de los fines de esta pena que es impedir la continuidad de la actividad delictiva. En definitiva, mientras el establecimiento esté clausurado no se puede llevar a cabo actividad alguna, de hecho, dicho espacio estará precintado.

Más problemático resulta dar una respuesta a si es posible o no que la persona jurídica se lucre con el local, vendiéndolo o alquilándolo a un tercero. A priori nada lo impide y ello por las siguientes razones. En primer lugar, como vimos líneas arriba la clausura de los establecimientos encuentra su razón de ser en la necesidad de evitar la continuidad delictiva o sus efectos. Una vez que la persona jurídica ha sido «desalojada» del local se ha cumplido dicha finalidad y, por lo tanto, nada impide que se pueda utilizar por parte de otras entidades o personas físicas dichos espacios. El que la operación de venta o alquiler reporte beneficios a la persona jurídica condenada ello no implica un incumplimiento de la medida. Esta pena no es una pena pecuniaria, esto es, no se persigue afectar el patrimonio de la persona jurídica sino, simplemente, se persigue que en determinado espacio no siga desarrollando su actividad. A pesar de las razones anteriormente expuestas cierto es que en la práctica hasta que no se levante la medida no se puede disponer del objeto sobre el que recae la misma.

Lo dicho anteriormente es totalmente trasladable al caso de que los contratos con terceros no son ya onerosos sino gratuitos.

Todas estas posibilidades tienen sentido siempre y cuando no nos encontremos ante algún supuesto previsto en el artículo 130.2 del CP.

5. ¿Cierre de páginas web?

Hasta el momento sólo hemos hecho referencia a establecimientos y locales físicos como una realidad inherente a la existencia de cualquier empresa o persona jurídica, no obstante, el legislador se ha olvidado, al menos esto es lo que parece, de un fenómeno que tiene vital importancia cuando analizamos la actividad de un ente y es la ostentación y utilización de una o de varias páginas web.

Aunque no nos olvidamos de que el régimen de responsabilidad penal previsto en el artículo 31 bis y ss. está pensado para una amplia tipología de personas jurídicas, los siguientes datos van referidos únicamente a las empresas. Según el informe anual de 2018 (edición 2019) del Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (en adelante ONTSI) del Ministerio de Economía y Empresa entre las empresas de 10 o más empleados con conexión a Internet el 78,2% posee página web⁴⁰¹ mientras que, sobre el total de empresas de menos de 10 empleados conectadas a Internet, el 31,1% cuenta con sitio web en 2018⁴⁰². Por lo tanto, estos datos, aunque sólo estén referidos a la empresa, son muestra suficiente de que la utilización de la página web se torna cada vez más en algo inherente a la actividad de cualquier persona jurídica y, por esta razón, es necesario que esté contemplada por unas medidas que pretenden incidir en la actividad de estos entes.

Aunque hemos identificado la necesidad de contemplar este aspecto ello no implica que la búsqueda de suficientes argumentos para considerar que con la medida de clausura de locales y establecimientos se puedan cancelar páginas web sea fácil. De hecho, en las primeras reflexiones que se han hecho sobre estas medidas, cuando funcionaban sólo como consecuencias accesorias, ya apareció esta problemática. DE LA FUENTE HONRUBIA, al hilo del comentario al Auto del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional de 23 de agosto de 2002, resolución analizada aquí, ya se planteaba dónde encajar la cancelación de las páginas web que había sido decretada en relación con la suspensión de actividades de Herri Batasuna, llegando a la conclusión de que dicha cancelación sólo se puede entender como una actividad más que se suspende⁴⁰³ pero no como una medida aparte o distinta al carecer de fundamento.

⁴⁰¹ ONTSI (2019). La Sociedad En Red. Transformación digital en España. Informe Anual 2018, Madrid, ONTSI. <http://doi.org/10.30923/1989-7424-2019>, p. 146.

⁴⁰² ONTSI (2019). La Sociedad En Red. Transformación digital en España. Informe Anual 2018, Madrid, ONTSI. <http://doi.org/10.30923/1989-7424-2019>, p. 185.

⁴⁰³ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., «Las consecuencias accesorias de clausura y suspensión de actividades (Comentario al auto de 23-VIII-2002 del Juzgado Central de Instrucción núm.5 de la AN)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.11, 2003, p. 372 «Formalmente en el auto no aparece como una actividad que se suspenda, dado que aparece en un apartado independiente a los que se decretan las medidas de clausura y suspensión. Desde este punto de vista, podríamos establecer dos posibilidades: En primer lugar, que el juez instructor entienda que la «cancelación de páginas web u otros servicios (informáticos)» no es más que una actividad más a suspender, por lo que estructural y formalmente el autor sería impreciso al no incluir y fundamentar esta medida junto con las demás actividades suspendidas. En segundo lugar, puede interpretarse que el juez instructor configura esta medida de forma independiente a las demás, haciéndola constar en un apartado distinto. Esta interpretación no sería posible dado que la medida expuesta no viene recogida expresamente en el art. 129 ni con carácter cautelar ni definitivo.».

Observamos que no se plantea en ningún momento que el cierre de la página web sea consecuencia de la aplicación de la medida de clausura de los establecimientos y locales.

La idea de considerar que la cancelación de una página web representa, en realidad, una suspensión de actividad la encontramos en algunas de las pocas sentencias que, por mor del artículo 129 y no por del 31 bis, decretan la cancelación o cierre de una página web. También se debe advertir que los siguientes casos se dictaron en relación con actuaciones delictivas de personas físicas.

Así la Sentencia 30/2015 de 15 de junio de la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Sección 3ª decreta el cierre de la página web, a través de la cual la persona física condenada llevaba a cabo conductas constitutivas de un delito de enaltecimiento de terrorismo. Si bien es cierto que la resolución sólo menciona el artículo 129 sin hacer referencia a si se trata de suspensión de actividad o cierre de local está más que claro que, en definitiva, se trataba de una prohibición de realizar determinados actos, es decir, de suspender una actividad. Por el contrario, la Sentencia 10/2019 de 7 de mayo de la Audiencia Nacional Sala de lo Penal, Sección 4ª sí que fundamenta de manera algo más clara el cierre de la página web a través de la cual se llevaban a cabo labores de adoctrinamiento terrorista a terceros. En concreto la citada sentencia determina que la cancelación de la página web se decreta en base al artículo 129.1 *in fine* que establece la posibilidad de acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita. Por lo tanto, una vez más, observamos que la cancelación de una página corresponde o se identifica con la suspensión de una actividad no con un cierre de establecimiento o local. Por último, hay que mencionar la Sentencia de 11 de diciembre de 2017 del Juzgado número 22 de Barcelona que fundamenta el cierre de la página web, no en base a una consecuencia accesoria del artículo 129, sino utilizando como fundamento el artículo 127 CP⁴⁰⁴ y trayendo a colación los artículos 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁴⁰⁵.

⁴⁰⁴ Cfr. art 127 CP «1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar».

⁴⁰⁵ Cfr. arts. 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico «Artículo 8. Restricciones a la prestación de servicios y procedimiento de

Si hasta ahora vimos reflexiones y también prácticas judiciales que ni se acercan a la posibilidad de que una cancelación de una página web sea consecuencia de la aplicación de la pena prevista en el artículo 33.7 d) ahora vamos a recoger alguna propuesta que sí va en esta línea. Sin apartarnos demasiado de la práctica podemos encontrar al juez VELASCO NÚÑEZ que dice claramente que *«la primera medida cautelar que prevé el art. 33.7 d) CP recae sobre elementos patrimoniales de la persona jurídica mediante el cierre del local o establecimientos que esta posea, en el mundo físico, y si actúa a través de Internet, de los sitios Web en que residencia su actividad. La medida, obviamente, trata de evitar/prevenir futuras acciones delictivas, mediante la clausura y cierre del lugar físico o virtual a través del cual desarrolla su actividad»*⁴⁰⁶. De la misma opinión se muestra también ESCALADA LÓPEZ⁴⁰⁷.

Con las distintas posibilidades que existen para fundamentar el cierre de una página web el problema podría darse por resuelto; no obstante, consideramos que debe precisarse, sobre todo en relación con la clausura de los establecimientos y locales si es posible o no proceder a adoptar tal medida. Si se decreta la cancelación de una página web como consecuencia de la imposición de una pena de suspensión de actividades no nos encontramos con ninguna dificultad, dado que el cierre de dicha página web es un efecto inherente de la propia pena. En cambio, cuando estamos ante la pena de clausura de establecimientos y locales las cosas no son tan claras, por ello consideramos

cooperación intracomunitario. 1. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes: a) La salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional. b) La protección de la salud pública o de las personas físicas o jurídicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores. c) El respeto a la dignidad de la persona y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social, y d) La protección de la juventud y de la infancia. e) La salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual [...] Artículo 11. Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación. 1. Cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de las competencias que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España, y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente [...]».

⁴⁰⁶ VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincente», *Diario La Ley*, núm. 8169, 2013, p. 6.

⁴⁰⁷ ESCALADA LÓPEZ, M.L., «Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, p. 6.

conveniente que se contemple expresamente esta posibilidad, debido a que de esta manera los operadores jurídicos tendrán la certeza de que no vulneran el principio de legalidad.

6. Reflexión final

Junto a las demás observaciones y propuestas formuladas a lo largo de todo el análisis de esta pena, queremos hacer la siguiente reflexión. A pesar de todo lo expuesto y las propuestas de mejora lo que no hay forma de asegurar es la eficacia de esta pena. Al menos la configuración actual de la pena no asegura que la clausura de un determinado local vaya a evitar efectivamente la continuidad delictiva. Si se impusiera esta pena de manera exclusiva, nada impide que la persona jurídica, en un momento inmediatamente posterior al decreto de la medida cautelar o de la imposición de la condena, proceda a abrir otro local o, si se acepta lo defendido en el anterior párrafo, una nueva página web. Este es un grave problema para la eficacia de esta pena dado que, para evitar esta situación, la pena del artículo 33.d) parece que tiene que ir acompañada de otras como pudiera ser la suspensión de actividades o la prohibición del artículo 33.7 e). No obstante, la aplicación conjunta con alguna de estas dos penas no es satisfactoria por las siguientes razones.

Si se impone la suspensión de actividades prevista en el artículo 33.7 c) que consideramos que es una suspensión total, la clausura de los establecimientos y locales no tendrá entidad propia, sino que sería un efecto intrínseco de la mencionada pena de suspensión de actividades. Si se decreta la prohibición de las actividades prevista en el artículo 33.7 e) que, como veremos más adelante, veta la posibilidad de actuar en sectores concretos, tampoco se resuelven los problemas, dado que la clausura de establecimientos y locales será nuevamente una consecuencia lógica y no una consecuencia penal autónoma.

Entonces la única posibilidad que nos queda es que la pena prevista en el artículo 33.7 d), es decir, la clausura de locales y establecimientos se complemente con una prohibición expresa y específica de poder abrir nuevos locales o establecimientos. De esta manera, no sólo se podría aplicar de manera autónoma, sino que, además, gozaría de mucha más eficacia, todo ello, sin perjuicio de la falta de previsiones para el caso de que una pena impuesta a una persona jurídica sea quebrantada.

D. La prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito [art. 33.7 e)]

1. Breve referencia al antecedente histórico de esta pena.

Hasta la reforma del año 2010, el artículo 129 del CP en relación con esta medida contenía una importante previsión que ayudaba a aclarar hasta dónde se podía extender el ámbito de la prohibición. Así, el artículo 129 tenía la siguiente redacción: «*prohibición de realizar en el futuro actividades, **operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito***». A nuestro entender, la referencia a operaciones mercantiles o negocios permitía al intérprete y, también al operador jurídico que tuviera que hacer uso de la misma, interpretarla e imponerla en un sentido muy reducido. Es decir, no se tenía que prohibir la presencia en un determinado sector o ámbito específico, sino que la medida podía ir referida a una determinada clase o tipo de operación. De hecho, y, a pesar de la desaparición de estas referencias a las operaciones mercantiles, a día de hoy, sigue habiendo una discusión sobre la extensión de la prohibición. Sobre esta cuestión volveremos líneas más abajo.

2. Alcance de la expresión «en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito»

Como señalábamos antes, el contenido del apartado e) del artículo 33.7 CP sigue manteniendo casi la misma redacción que cuando formaba parte del artículo 129 CP, con la única diferencia de que ha desaparecido la referencia a las operaciones mercantiles. La primera cuestión a la que se tiene que dar respuesta es al presupuesto o al requisito que permite aplicar esta medida. Lo relevante es que esta prohibición debe recaer sobre aquella actividad en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Ahora bien, a qué persona o sujeto se hace referencia cuando se emplean los verbos cometer, favorecer o encubrir. La respuesta es obvia, la pena ahora analizada prohíbe «*aquellas actividades societarias de las que se ha servido la persona física transferente para realizar por cuenta y en provecho de la persona jurídica el injusto a ella transferido*»⁴⁰⁸. No hay razones para no estar de acuerdo con este planteamiento, máxime cuando «*la persona jurídica no comete delitos, sino que es penalmente responsable de los delitos cometidos en nombre y por cuenta, y en su*

⁴⁰⁸ DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas...», *op. cit.*, p. 51.

*beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o gestores»*⁴⁰⁹. Por lo tanto, será la actuación de la persona física que, al cometer el delito, y, salvo que proceda la aplicación de otra pena de alcance más amplio como la suspensión de actividades determinará el ámbito sobre el que recaerá esta prohibición.

Determinado el primer aspecto, es decir, el sujeto que puede cometer, favorecer o encubrir, resta hacer unas reflexiones sobre el contenido de estos términos. La referencia a la autoría y participación tiene todo el sentido, no obstante, lo que está fuera de lugar es la mención del encubrimiento que sólo podrá dar lugar a responsabilidad penal de la persona física, pero no a la jurídica debido a que el delito de encubrimiento⁴¹⁰ no forma parte del catálogo de delitos por los que se le puede exigir responsabilidad a los entes colectivos.

3. La concreción de actividad vetada: en especial el grado de vinculación con el delito.

Como apuntábamos al inicio de este epígrafe no queda tan claro cuál es el ámbito concreto que se puede prohibir. A primera vista y a diferencia de lo que ocurría en el caso de la suspensión de actividades, parece claro que en este caso las actividades del ente castigado sólo se pueden ver afectadas de manera parcial. Ahora bien, dentro de esta prohibición parcial no queda siempre claro si se deben ver afectadas todas las actividades de un determinado sector o, por el contrario, se puede prohibir una actividad concreta. FARALDO CABANA parece inclinarse por la posibilidad de apreciar cualquiera de las dos opciones, al señalar que *«se puede prohibir cualquier tipo de actividad relativa a un determinado sector o especificar una actividad en concreto, pero en cualquier caso ha de explicarse en la sentencia de la condena cuál es la relación con el delito cometido»*⁴¹¹.

En cambio, LEÓN ALAPONT se muestra más exigentes en cuanto a la concreción que debe revestir la aplicación de esta pena. El citado autor hace referencia a actuaciones concretas llevadas a cabo en hechos delictivos como, por ejemplo, comisión por parte de un partido político de una estafa mediante la venta ilegal de lotería, un delito contra la propiedad industrial por la venta del *merchandising*, o si el partido organiza una gala benéfica para una ONG, apropiándose de parte de los fondos

⁴⁰⁹ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 144.

⁴¹⁰ *Cfr.* arts. 451 a 454 del CP.

⁴¹¹ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 144.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

recaudados. Ante estas hipótesis considera que la prohibición de actividades del artículo 33.7 e) CP debe ir referida a esas concretas actuaciones o eventos, es decir, siguiendo con sus ejemplos, lo que se debe prohibir, en este caso al partido es la posibilidad de vender, lotería u organizar galas benéficas⁴¹².

En nuestra opinión y, salvando la necesaria vinculación con el delito cometido por la persona física, la pena prevista en el apartado e) del artículo 33.7 CP comprende la prohibición de actuar en un determinado ámbito o sector. Incluso nos atreveríamos a hacer una comparativa, salvando las abismales diferencias, entre esta medida y la pena de «*inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio u otras actividades*» prevista en el artículo 39 b) del CP.

Los problemas surgen, al igual que pasaba en el caso de la clausura de establecimientos y locales, cuando la actividad en la que se cometió o favoreció el delito es el único tipo de actividad que desarrolla la persona jurídica condenada. De aplicarse esta pena a un tipo de ente como el mencionado no habría diferencia alguna con la pena de suspensión de actividades. Por lo tanto, todo indica que esta pena parece tener virtualidad en relación con aquellos entes muy desarrollados y cuya actividad se proyecta sobre una multitud de sectores y ámbitos.

E. Las inhabilitaciones [art. 33.7 f)]

1. Reflexiones preliminares

El artículo 33.7 f) del CP prevé la posibilidad de imponer las siguientes penas: inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas; inhabilitación para contratar con el sector público e inhabilitación para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social. Todas estas inhabilitaciones se pueden imponer por un plazo máximo que no puede exceder de quince años. En estas líneas defenderemos, al igual que lo hace la doctrina en general⁴¹³ que estamos ante varias penas.

Ahora bien, el problema que se suscita es si se deben aplicar de manera conjunta o bien se deben imponer por separado. Consideramos al igual que FARALDO CABANA que, con la configuración actual de estas penas, no es necesario imponer todas las

⁴¹² LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...*, *op. cit.*, pp. 407-408.

⁴¹³ Ver, entre otros, DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas...», *op. cit.*, p. 52.

medidas previstas en el artículo 33.7 f) en el caso de que con una de ellas sea suficiente para lograr los fines pretendidos⁴¹⁴. Ante esta posibilidad autores como DE LA CUESTA ARZAMENDI consideran que sería difícil encontrar razones que nos hagan optar por sólo una o dos de las medidas previstas⁴¹⁵. No obstante, sí que hay situaciones que podrían justificar la elección de sólo alguna o algunas de las medidas. En primer lugar, una vez más, en relación con los partidos políticos traemos a colación un ejemplo que nos ofrece LEÓN ALAPONT, al poner de manifiesto que la inhabilitación para contratar con el sector público resulta del todo inoperante en el caso de un partido político, aunque este fuera el socio mayoritario de una empresa⁴¹⁶. Por otra parte, como veremos más adelante, consideramos que otra situación en la que es hasta aconsejable no aplicar alguna de las medidas es el caso de la inhabilitación para gozar de beneficios o incentivos de la Seguridad Social. Como argumentaremos en su momento, esta previsión es contraproducente, dado que los beneficios de la Seguridad Social afectan, en un sentido positivo, a los trabajadores o al empleo en general, lo que sería un sin sentido privar a la empresa de tales facilidades, dado que afectarían directamente a un colectivo que se pretende proteger a pesar de la aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Por lo tanto, consideramos que es posible que las penas del artículo 33.7.f) se apliquen de manera separada. No obstante, se esté o no de acuerdo con ello, el análisis sí que se debe hacer de manera diferenciada, dado que cada una las penas presentan problemas y características específicas.

⁴¹⁴ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 143.

⁴¹⁵ DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Penas...» *op. cit.*, p.88 «no resulta fácil de imaginar las razones, que, en el caso concreto, podrían apoyar una determinada selección». En el mismo sentido ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el código penal español», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 44-43.

⁴¹⁶ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op. cit.*, p. 410, no obstante, la explicación pormenorizada de este planteamiento nos lo ofrece en la nota a pie de página 1173: «Adviértase que, aunque los partidos no puedan desarrollar actividades de carácter mercantil de ninguna naturaleza (art. 6.1. LOFPP), el art. 6.2 LOFPP establece que no se reputarán actividades mercantiles: las actividades propias del partido; aquellas que se vengán desarrollando tradicionalmente en sus sedes y faciliten el contacto y la interacción con los ciudadanos; los rendimientos procedentes de la gestión de su propio patrimonio; los beneficios procedentes de sus actividades promocionales; y, los que puedan obtenerse de los servicios que puedan prestar en relación con sus bines específicos (art. 2.2.b) LOFPP».

2. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas

2.1. Concepto de subvención y ayuda pública

2.1.1. Aproximación a las modalidades de ayudas estatales en general

Antes de entrar en el tortuoso camino de dilucidar qué se debe entender por subvención o ayuda pública, debemos recordar una cuestión que, por lo general, se suele pasar por alto. La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas estaba prevista como pena autónoma para el caso de las personas físicas. Con la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se introduce en el artículo 33.3, el apartado m) que tenía la siguiente redacción *«la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social, cualquiera que sea su duración»*. No obstante, esta previsión duró muy poco tiempo, concretamente hasta la reforma del Código Penal de 2015 llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Lo llamativo es que, en ninguno de los casos, es decir, ni cuando se introdujo tal previsión ni cuando se eliminó, el Preámbulo de las distintas reformas no ofreció explicación alguna en relación con la introducción o la eliminación de esta pena. Por otro lado, ni la doctrina ni la práctica judicial se hicieron eco de esta nueva pena que, a nuestro entender, de prestársele la debida atención en su momento, hoy hubiéramos podido gozar de un gran conocimiento sobre la misma y, más que seguro, hubiéramos tenido ya un concepto penal autónomo de subvención pública o ayuda estatal.

Así las cosas, no queda otra opción que profundizar en estos conceptos al hilo del estudio de la pena prevista para las personas jurídicas. Es preciso decir que esta pena se ha aplicado en contadas ocasiones en el caso de las personas jurídicas y siempre en supuestos en los que se preveía como obligatoria como sucede en el caso del artículo 310 bis CP⁴¹⁷.

La dificultad de la determinación del objeto sobre el que recae esta primera inhabilitación del artículo 33.7 f) CP reside en el hecho de que la actividad de fomento

⁴¹⁷ Sirva de ejemplo el caso de la Sentencia 38/2017 de 30 de junio de la Audiencia Provincial de Pontevedra de la Sección 4ª; la Sentencia 7/2018 de 2 de marzo de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 4ª; La Sentencia 113/2018 de 11 de febrero de la Audiencia Provincial de Barcelona Sección 5ª.

de la Administración Pública ha sufrido un amplio incremento lo que, a su vez, ha llevado a la creación de múltiples instrumentos e incluso conceptos de subvención pública o de ayuda estatal. Sin ánimo exhaustivo, en las siguientes líneas queremos, con el objetivo de contextualizar el concepto de subvención o ayuda pública, hacer una breve aproximación a la evolución de la actividad de fomento de la Administración Pública, así como a la tipología de las ayudas públicas. Esta contextualización servirá, a su vez, para sacar alguna conclusión sobre la naturaleza de las subvenciones o ayudas públicas, así como para poder excluir cuestiones que deben estudiarse al hilo de las otras inhabilitaciones previstas en el artículo 33.7 f) CP. Todo ello sin perjuicio de ayudarnos a dar un primer paso en el recorrido argumentativo encaminado a demostrar la necesidad de una creación de un concepto penal autónomo de ayuda pública.

Dejando de lado los diferentes hitos históricos y, en especial, la evolución del concepto de un Estado liberal a un Estado Social, Democrático y de Derecho, conviene recordar que nuestra Carta Magna, recoge una gran cantidad de normas que compelen a los poderes públicos a la adopción de medidas de fomento⁴¹⁸. Por otro lado, también se tiene que poner de manifiesto que se ha necesitado bastante tiempo para que la subvención mute en cuanto a su configuración. Aunque mantiene lo esencial, ha pasado de ser algo personalista, coyuntural, discrecional a convertirse en una de las principales funciones del Estado Social hasta el punto de parecer que hoy es imposible gobernar sin subvencionar⁴¹⁹. Puede que ésta sea la razón por la cual la subvención se contemple casi como un derecho, aunque en un sentido estricto no lo sea⁴²⁰.

En cuanto a la clasificación de las modalidades de ayudas vamos a seguir la realizada por SÁNCHEZ MORÓN⁴²¹. Las ayudas públicas que consisten en una aportación dineraria con cargo a fondos públicos sin contraprestación directa por quién las recibe y

⁴¹⁸ Ver, entre otros, los siguientes artículos de la Constitución Española: art. 40.1 (condiciones favorables para el progreso social y económico en general y del pleno empleo); 44.2 (fomento de la ciencia y la investigación); art. 51 (fomento de la información, educación y organizaciones de los consumidores); art. 130.1 (fomento de la modernización de los sectores económicos y, en particular, la agricultura, la ganadería, la pesca y la artesanía).

⁴¹⁹ SESMA SÁNCHEZ, B., «El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción», en GARCÉS SANAGUSTÍN, M., y PALOMAR OLMEDA, A. (Coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 245 y ss.

⁴²⁰ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 144 «Cierta es que la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas, contratar con el sector público o gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social no es un derecho en sentido estricto, pero en sentido amplio se priva al condenado de la posibilidad de realizar una actividad a la que se tiene derecho.».

⁴²¹ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo Parte General*, 9ª ed. Madrid, Tecnos, 2013, pp. 800 y ss.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

para fines de interés público, constituyen lo que solemos conocer como subvención. Los beneficios y desgravaciones fiscales constituyen otro tipo de ayuda pública, pero en este caso las vamos a dejar al lado por ser el contenido de otra de las inhabilitaciones que vamos a analizar. Las ayudas crediticias, es decir la financiación privilegiada o bajo coste⁴²² por parte de entidades oficiales de crédito se debe incluir en esta lista amplia de ayudas públicas. También existen ayudas de carácter real o en especie, que se caracterizan por aportación de bienes a personas, empresas o entidades con cargo al patrimonio público. SÁNCHEZ MORÓN cierra esta clasificación de las modalidades de ayuda con lo que él denomina medida de fomento de contenido jurídico y con una referencia a algunas ayudas indirectas. Las medidas de fomento de contenido jurídico consisten en la adopción por parte de una Administración pública de un acto jurídico sin aportación económica o patrimonial para promover actividades o iniciativas de las que se benefician determinadas personas. El citado autor pone como ejemplo de esta modalidad *«la expropiación forzosa por razones de interés social a favor de beneficiarios particulares»*. Por último, en relación con las ayudas públicas indirectas que implican un estímulo o ventaja económica para el que se beneficia de las mismas se ponen como supuestos ilustrativos los siguientes: *«actividades públicas de propaganda o publicidad de productos o servicios de carácter privado, la organización de exposiciones, ferias, la aportación de capital por Administraciones, la adquisición de bienes y servicios por aquéllas con el fin de sostener o impulsar a las empresas que los producen o prestan o la prestación gratuita de servicios o de asistencia por parte de una Administración que favorezca a sujetos o entidades determinados o reduzca sus cargas económicas»*. En línea con lo apuntado el citado autor pone ejemplos como los viajes del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) o los planes PIVE⁴²³.

Esta amplia lista de ayudas públicas nos hará entender por qué normas como la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones no son suficientes para comprender todos los supuestos que podrían llegar a constituir una subvención o ayuda pública.

⁴²² No se debe confundir esta modalidad con la prevista en el artículo 2.4 h) de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones *«4. No tienen carácter de subvenciones los siguientes supuestos: [...] h) El crédito oficial, salvo en los supuestos en que la Administración pública subvencione al prestatario la totalidad o parte de los intereses u otras contraprestaciones de la operación de crédito.»*.

⁴²³ Ver, entre otros, Real Decreto 648/2011, de 9 de mayo, por el que se regula la concesión directa de subvenciones para la adquisición de vehículos eléctricos durante 2011, en el marco del Plan de acción 2010-2012 del Plan integral de impulso al vehículo eléctrico en España 2010-2014.

2.1.2. Reflexiones sobre la abundante y dispersa normativa de regulación de las subvenciones y ayudas públicas

Como advertíamos líneas arriba la expansión de la actividad de fomento de la Administración pública se traduce en una multitud de modalidades de ayudas públicas que tienen como efecto la proliferación de normas y otros instrumentos jurídicos a través de los cuales se crean dichas ayudas. Obviamente, no es objeto de nuestro trabajo acercarnos o recopilar cada una de estas normas, pero sí es necesario hacer alguna matización en relación con alguna de ellas, sobre todo, cuando, por su denominación, pueden llevar a confusión y pensar que el problema del concepto de subvención y ayuda pública se puede resolver con una simple remisión a la normativa del orden administrativo.

Vamos a obviar en este análisis la normativa y las reglas de la Unión Europea⁴²⁴ en esta materia, máxime cuando las mismas, de una forma directa o indirecta, acaban teniendo reflejo en nuestras normas nacionales. Apuntado esto, conviene señalar que las normas más destacadas en materia de subvenciones y ayudas públicas son, como es sabido, la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (en adelante la LGS) junto con el Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones. No obstante, encontramos importantes referencias a subvenciones públicas en normas como las siguientes: la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos; la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; el Real Decreto 794/2010, de 16 de junio, por el que se regulan las subvenciones y ayudas en el ámbito de la cooperación internacional.

La idea principal que queremos destacar es que la Ley General de Subvenciones, desde el punto de vista del Derecho penal se debe tratar como un falso amigo, dado que, como se explicará ahora, no es una norma aplicable de manera omnicompreensiva a

⁴²⁴ Para profundizar en el estudio de las ayudas públicas estatales y su relación con las normas y pautas de la Unión Europea ver, entre otros los siguientes estudios: BACIGALUPO SAGGESE, M., «El derecho comunitario de las ayudas de Estado y su articulación con el Derecho español de las subvenciones y las ayudas a las actividades económicas», en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (Dir.), *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 191-221; ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 7, 2005, pp. 115-141; FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El régimen de las ayudas de Estado y su impacto en el derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 231-250.

todas las ayudas públicas. Esta es una idea ya apuntada por otros penalistas⁴²⁵ pero también defendida y clarificada por autoras expertas en esta materia como SESMA SÁNCHEZ que afirma contundentemente que «*La LGS no es una Ley de «ayudas públicas», sino una Ley de subvenciones, en sentido estricto o restringido. Así se deduce de los requisitos que se exigen para que una entrega dineraria sea calificada de subvención – con independencia de su denominación formal – y de los supuestos que no se consideran subvención o que siéndole, quedan al margen de la Ley y que están citados en los apartados 2, 3, y 4 del artículo 2 de la Ley*»⁴²⁶.

Efectivamente la LGS ofrece unos criterios para determinar qué se entiende por subvención⁴²⁷ a efectos de la propia ley, para, a continuación, pasar a establecer los supuestos que quedan excluidos. Son, precisamente, algunos de estos supuestos excluidos los que ponen de manifiesto la insuficiencia de esta ley a efectos de determinar el objeto de la inhabilitación penal que ahora estudiamos. A los efectos que a nosotros nos interesan quedan fuera del concepto de subvención pública que maneja la LGS cuestiones como los beneficios fiscales y de la Seguridad Social y también los créditos oficiales. Por otro lado, como ya apuntamos, las subvenciones electorales, de los partidos políticos, de los grupos parlamentarios quedan excluidas expresamente de esta ley.

La exclusión de los beneficios fiscales y de la Seguridad Social no supone un grave problema, dado que la pena prevista en el artículo 33.7 f) del CP ya vimos que contempla expresamente la posibilidad de que se inhabilite a la persona jurídica condenada a disfrutar de estas prerrogativas contempladas por la normativa tributaria y administrativa.

⁴²⁵ GÓMEZ RIVERO, C. Y NIETO MARTÍN, A., «El delito de fraude de subvenciones ante la Ley General de Subvenciones», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 2, 2004, pp. 7-8.

⁴²⁶ SESMA SÁNCHEZ, B., «El concepto...» *op. cit.*, p. 249.

⁴²⁷ Cfr. art. 2.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones: «*Artículo 2. Concepto de subvención. 1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios. b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido. c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.*».

En cambio, el hecho de que precisamente un instrumento como los créditos oficiales no formen parte del concepto de subvención empleado por la LGS pone de manifiesto que esta norma administrativa es insuficiente para integrar el concepto de subvención y ayuda pública al que hace referencia la pena de inhabilitación que ahora estamos analizando.

Ponemos el foco sobre el crédito oficial dado que es un supuesto paradigmático de aquellos casos que por no encajar del todo en el concepto tradicional de subvención o, si se quiere, en el concepto administrativo de subvención cabe el riesgo de que quede fuera de la inhabilitación del artículo 33.7 f) CP, lo que sería muy desaconsejable desde un punto de vista político-criminal.

Por lo tanto, ante la dispersa normativa y los distintos conceptos de subvención o ayuda pública podemos concluir que a los efectos de esta pena que ahora analizamos no resulta conveniente, por insuficiente, tomar una única referencia. Ahora bien, cabe preguntarse si es posible dotarnos, si no lo hemos hecho ya, de un concepto de subvención pública a los estrictos efectos de la aplicación de la normativa penal o, por el contrario, hay que estar en cada caso a lo que determine el Derecho administrativo. Dicho de otra manera, ¿tiene la normativa penal suficiente margen de maniobra para englobar las diversas modalidades de subvenciones y ayudas públicas? En las siguientes líneas nos vamos a dedicar a dar respuesta al anterior interrogante.

2.1.3. ¿Un concepto penal autónomo de subvención o de ayuda pública?

Si bien es cierto, como apuntamos al principio de estas explicaciones, que la doctrina ha perdido una oportunidad de pronunciarse sobre la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas mientras estuvo prevista como pena autónoma para la persona física en el artículo 33.3 CP, no es menos cierto que sí se ha trabajado en estos conceptos cuando se ha estudiado el delito de fraude de subvenciones⁴²⁸.

⁴²⁸ Cfr. art. 308 CP «Artículo 308. 1. El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a cien mil euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6. [...]».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

El que nosotros queramos determinar el concepto de subvención o ayuda pública, a los efectos de una pena ayudándonos de la labor realizada en relación con el estudio de un delito, no creo que suponga inconveniente alguno. ¿Qué sentido tendría que para la apreciación de un injusto penal empleáramos un concepto de subvención y ayuda pública y para la pena⁴²⁹ con el que castigemos dicho delito empleáramos otro?

Por ello, aunque sea de manera somera, es necesario recoger alguna de las reflexiones que se han llevado a cabo en relación con el concepto de subvención y ayuda pública empleado para la tipificación del delito de fraude de subvenciones.

Uno de los primeros aspectos que se ha planteado en relación con el concepto de subvención pública prevista en el artículo 308 CP es el hecho de que ésta debe comportar, en todo caso, un desplazamiento o transmisión de fondos dinerarios o de otros conceptos como es el caso de las ayudas en especie⁴³⁰. Por lo tanto, quedarían fuera de este concepto casos que, en lugar de atribuir fondos, del tipo que sea, generan ahorro al evitar gastos, no obstante, ello no supone un problema para las penas previstas para las personas jurídicas dado que tenemos expresamente prevista la posibilidad de inhabilitar al ente para gozar de beneficios o incentivos fiscales.

El siguiente aspecto que se pone de manifiesto es que la subvención tiene que estar ligada a un fin. Ahora bien, salvando casos anormales o ilegales ¿existe alguna actuación de la Administración de esta naturaleza (de auxilio, prestación, fomento) que no responda a una finalidad concreta? Por otro lado, se pone de manifiesto como un elemento esencial de este concepto, la no devolución de lo recibido. Por último, hay que señalar que a veces han surgido discusiones en torno a la extensión del ámbito de tutela de este tipo penal y, en concreto se discute si en el concepto de subvención pública pueden encuadrarse estímulos a una actividad económica o, por el contrario, pueden tutelarse actividades de fomento de otras actividades no necesariamente económicas. MORALES PRATS considera que en el concepto de subvención pública sólo pueden entrar

⁴²⁹ Recordemos que el art. 310 bis prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con cualquier delito previsto en el Título XIV dedicado a los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (entre los cuales, sabido es, se encuentra el delito de fraude de subvenciones también) y es el uno de los pocos supuestos que prevé la imposición de una pena obligatoria, entre las que se encuentra también la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas.

⁴³⁰ MORALES PRATS, F., «Título XIV De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.) *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 7ª Ed., 2016, p. 661.

ayudas a la actividad económica, mientras que otras actividades fomentadas deben entrar en el concepto de ayudas públicas⁴³¹.

Hechas las oportunas reflexiones en relación con los conceptos de subvención y ayuda pública empleados para el caso de del delito de fraude de subvenciones resta hacer referencia a aquellas opiniones vertidas estrictamente en relación con esta pena que ahora analizamos. Así, FARALDO CABANA ha propuesto un concepto penal de subvención omnicompreensivo para la interpretación y aplicación de esta inhabilitación, entendiéndolo por tal *«un acto dispositivo realizado por la Administración pública, del que deriva un beneficio económico para el particular, que no genera en el beneficiado la obligación de devolver lo recibido, destinado al fomento de una determinada actividad de interés público o social»*⁴³². No obstante, la propuesta está referida exclusivamente al concepto de subvención, dejando claro la citada autora que el legislador penal ha recurrido al concepto de *«ayudas públicas»*, al que califica como *«un concepto carente de significación jurídica precisa con el que se pretende superar los problemas derivados de la falta de unanimidad en cuanto al concepto de subvención pública»*, para incluir cualquier forma de intervención pública de la economía a través de asignación de prestaciones o auxilios directos o indirectos, de carácter evaluable⁴³³. En relación con esta última reflexión no nos podemos mostrar más de acuerdo, pero la pregunta que surge es: ¿la existencia de tal previsión indeterminada debe verse necesariamente como algo negativo? Creemos que no, dado que puede ser una oportunidad para que, una vez que se dote de las características oportunas, sirva como un concepto general que pueda ser aplicado a cualquier tipo de beneficio, ayuda, favor, gratificación, subsidio ofrecido por parte de la Administración con independencia de la norma extrapenal en la que se regule o las notas específicas que presente. Por lo tanto,

⁴³¹ MORALES PRATS, F., «Título XIV De los delitos contra la Hacienda Pública ...» *op. cit.*, pp. 662-663 *«La doctrina se muestra dividida a la hora de delimitar la actividad subvencionadora de las Administraciones que alcanza tutela en el artículo 308 CP. Un sector de la doctrina (BAJO, SUAREZ, BERDUGO, FERRÉ, BOIX y MIRA) se muestra favorable a no limitar el ámbito de incriminación del precepto en razón a la finalidad que se pretende con la medida de fomento público de actividades; de este modo, cabrían también en el referido precepto las subvenciones ligadas al estímulo de actividades económicas, así como culturales o de otra índole. Otros autores postulan por el contrario la limitación de la analizada expresión típica a las medidas de fomento que tiene por objeto la realización de actividades de finalidad económica (ARROYO, MUÑOZ CONDE). La referencia que ahora efectúa el tipo a las «ayudas de las Administraciones Públicas», permite, a mi juicio, interpretar que el concepto de subvenciones debe quedar limitado al estímulo de actividades de carácter económico, de modo que el concepto de ayuda alcanza a los estímulos culturales o de otra índole no estrictamente económica».*

⁴³² FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 145.

⁴³³ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 145.

lo que se debe hacer es dotar de esa significación jurídica de la que está desprovisto el concepto de ayuda pública.

En primer lugar, nos queremos mostrar críticos con la dicotomía entre el concepto de subvención y ayuda pública. Consideramos que no tiene sentido tal separación, dado que lo único que produce es la necesidad de emplear esfuerzos para diferenciar dos conceptos que, en realidad pretenden complementarse, para que de esta manera se abarque el mayor número de casos. Por ello consideramos que sería más conveniente trabajar en la creación y concreción de un único concepto de ayuda pública, con unas notas características, que comprendan no sólo lo que administrativamente se entiende por subvención, sino también todas aquellas ventajas obtenidas gracias a la utilización de cualquier esfuerzo público, sea este monetario, en especie o renunciando a la obtención de recursos propios. Esto es, consideramos que lo importante no es ni el modo en el que se lleva a cabo la ayuda (desplazamiento patrimonial o simple generación de ahorros para el beneficiar), ni la actividad que fomenta (dado que pensamos que esta actividad económica o de otra índole, siempre responderá a un interés público), sino el esfuerzo, aunque sea temporal⁴³⁴ y parcial⁴³⁵, que asume la Administración Pública en beneficio de un sujeto privado. Una consecuencia de este planteamiento es que no haría falta hacer la distinción entre inhabilitación para incentivos y beneficios fiscales y subvenciones y ayudas públicas.

Por otro lado, como ya expusimos, este concepto general con las características anteriormente planteadas debería ser único, tanto para el caso del delito que hoy conocemos como fraude de subvenciones, como para las penas que veten la posibilidad de gozar de ayudas públicas. Básicamente proponemos la regulación de este concepto en una norma de parte general, al igual que se hace con el concepto de autoridad y funcionario público⁴³⁶ o documento⁴³⁷.

⁴³⁴ Es decir, con esta nota se podría encuadrar los créditos oficiales que, a diferencia del tradicional concepto de subvención pública, se tiene que devolver.

⁴³⁵ De esta manera entraría en el concepto de ayuda pública también aquellas ventajas financiadas de manera conjunta por capital público y privado.

⁴³⁶ Cfr. art. 24 CP «1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas.».

2.2. ¿La necesaria vinculación con el delito cometido?

Sin perjuicio de haber plasmado líneas arriba una forma distinta de cómo podrían reconducirse, vía modificación legislativa, los problemas en relación con los conceptos de subvención y ayuda pública, el siguiente análisis irá referido a la actual configuración de la inhabilitación. La cuestión clave a resolver es si para imponer esta pena se debe guardar, al igual que en otras ocasiones, una relación estricta con el delito cometido. Si en el caso de la clausura de locales y establecimientos, así como, en el caso de la prohibición de realizar las actividades, en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la presencia de este vínculo era absolutamente necesaria, en el presente caso creemos que también, aunque no es lo más deseable.

Efectivamente, consideramos, por las razones que a continuación exponremos que lo deseable sería poder imponer esta inhabilitación con independencia de si el delito cometido guarda o no relación con algún fraude a las ayudas públicas. En primer lugar, consideramos que esta pena debería convertirse en una medida accesorias por una simple razón: la Administración pública debe evitar ayudar, en este caso, o incluso contratar con aquellas empresas en las que se hayan cometido delitos, aunque los concretos hechos delictivos no hayan supuesto un ataque directo a los intereses públicos. Aunque estamos analizando la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas lo defendido aquí lo podemos trasladar a las demás inhabilitaciones. ¿No sería llamativo que una empresa condenada por un delito contra la propiedad industrial (aunque el sujeto pasivo del delito fuera otro particular) pudiera obtener una subvención pública o, yendo más allá, celebrar un contrato público?

En definitiva, a nuestro parecer, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, así como las otras dos inhabilitaciones, es decir, la pérdida de la posibilidad de contratar con el sector público y la de gozar de beneficios o incentivos

⁴³⁷ Cfr. art. 26 CP «A los efectos de este Código se considera documento todo soporte material que exprese o incorpore datos, hechos o narraciones con eficacia probatoria o cualquier otro tipo de relevancia jurídica.»

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

fiscales⁴³⁸, debería convertirse o configurarse en una especie de pena accesoria, es decir que se apliquen en todo caso cuando hay una condena a un ente colectivo.

2.3. Problemas de ejecución

En relación con la ejecución de esta pena se plantean dos cuestiones. En primer lugar ¿es posible que mediante la sentencia penal se suspenda la subvención ya concedida o, por el contrario, se debe reservar esta cuestión para el procedimiento administrativo de reintegro? La segunda cuestión que se plantea es en relación con el mecanismo administrativo necesario que ayude a controlar que un determinado ente esté habilitado o no para obtener una subvención o ayuda pública.

En relación con la primera cuestión hay que señalar que el tenor literal de la pena hace referencia a la posibilidad de «*obtener*» subvenciones o ayudas públicas, con lo que parece imposible que en virtud de esta medida se produzca la pérdida de aquellas ya obtenidas. Ahora bien, nada obsta que mediante la utilización de la figura del decomiso⁴³⁹ se puedan obtener los mismos efectos, es decir la recuperación de aquellas subvenciones y ayudas ya recibidas, no obstante, no será necesario acudir a este mecanismo cuando se ha concedido la subvención, pero no se ha recibido todavía⁴⁴⁰.

Por lo que respecta a los mecanismos necesarios para que sea efectiva esta inhabilitación conviene señalar que, aparte de recurrir a las soluciones ya planteadas por la doctrina, como pudieran ser la inscripción de la condena en el Registro Central de penados o la solicitud del certificado negativo de antecedentes penales, en el caso que ahora nos ocupa podemos trabajar sobre una estructura ya establecida por la Administración pública.

Como complemento a las anteriores soluciones, algunas puestas en duda por la doctrina⁴⁴¹, aquí planteamos que se contemple la posibilidad de la reforma de la Base de Datos Nacional de Subvenciones, que ya ha visto ampliado recientemente su ámbito objetivo y subjetivo por el Real Decreto 130/2019, de 8 de marzo, por el que se regula

⁴³⁸ No hacemos referencia a los beneficios e incentivos fiscales de la Seguridad Social debido a que, como ya hemos anunciado al inicio de este epígrafe no consideramos que deben incluirse en el catálogo de penas de las personas jurídicas.

⁴³⁹ Cfr. 127 y ss. CP.

⁴⁴⁰ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op. cit.*, pp. 410-411.

⁴⁴¹ FEJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las consecuencias...», *op. cit.*, p.289 «La mera existencia de un registro de antecedentes penales no parece suficiente».

la Base de Datos Nacional de Subvenciones y la publicidad de las subvenciones y demás ayudas públicas⁴⁴². Aunque esta base de datos está pensada, sobre todo, para dar cumplimiento a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y, obviamente tiene un carácter público, nada impide, mediante una reforma legislativa, crear una sección reservada a la que puedan acceder las distintas Administraciones públicas y dónde puedan figurar precisamente los datos de aquellos sujetos inhabilitados.

En conclusión, aunque pueda suponer una duplicidad, la excesiva sectorialización de la Administración pública hace necesario crear un registro específico para cada inhabilitación. No consideramos que esto sea lo más acertado desde un punto de vista funcional, pero sí lo más realista.

3. Inhabilitación para contratar con el sector público

3.1. La necesaria remisión a la Ley de Contratos del Sector Público

Antes de entrar en el análisis propiamente dicho de esta inhabilitación para contratar con el sector público, consideramos que no hay mejor forma de poner en valor la importancia de una previsión como la que ahora vamos a estudiar que traer a colación algunos datos relativos al número e importe de este tipo de contrato. Así, según las estadísticas que ofrece el Portal de la Transparencia de la Administración General del Estado⁴⁴³ y que han sido elaboradas en base al Registro de Contratos del Sector Público,

⁴⁴² De hecho, esta norma, supone la concreción legislativa de una larga evolución de una base de datos de subvenciones públicas ya existente desde los años 2000 pero que tenía carácter reservado. Este Real Decreto, que viene a completar y dar coherencia a este mecanismo señala en su preámbulo lo siguiente: «En definitiva, con el rediseño de la Base de Datos Nacional de Subvenciones (en adelante, BDNS) se pretende lograr los siguientes objetivos: 1.º Poner en común en un único punto todas las convocatorias cuyo plazo de solicitud esté abierto para cada momento determinado, permitiendo su consulta a todos los posibles interesados. 2.º Extender el ámbito objetivo de la Base de Datos Nacional de Subvenciones a todo tipo de ayudas, avanzando más allá del contenido anterior centrado fundamentalmente en subvenciones. 3.º Extender el ámbito subjetivo de la Base a todas las Administraciones públicas y a sus entidades vinculadas o dependientes, sea cual sea su naturaleza, pública o privada, siempre que concedan subvenciones o ayudas públicas. Además, a partir de la generalización de los principios recogidos en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, se extiende el deber de publicidad de la BDNS a todas las subvenciones y ayudas que concedan los órganos constitucionales del Estado, los órganos legislativos y de control autonómicos y demás instituciones de derecho público. 4.º Dar respuesta a los requerimientos de información establecidos por la Unión Europea en materia de ayudas de estado. 5.º Servir como instrumento para la planificación de las políticas públicas, para la mejora de la gestión y para la lucha contra el fraude.».

⁴⁴³ https://transparencia.gob.es/transparencia/transparencia_Home/index.html

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

en el año 2017 a nivel estatal se han celebrado 22.594 contratos públicos⁴⁴⁴ por un importe que asciende a 5.976.105.795 €⁴⁴⁵. Estos datos, aunque sólo reflejan la actividad a nivel de Administración General, son suficientemente reveladores con respecto a la importante actividad económica que generan, pero también son un buen indicador del incremento del riesgo de que se produzcan todo tipo de fraudes o corruptelas lo que aconseja introducir una inhabilitación de este tipo en el Código Penal. Esta última afirmación, aunque no está respaldada por números, que de hecho van muy en contra de lo que aquí se sostiene⁴⁴⁶ se apoya en un axioma lógico matemático: a más contratos celebrados más incremento de las probabilidades de que se produzca algún tipo de corruptela, aunque esa probabilidad inicial sea muy pequeña.

Puesta de manifiesto, de manera somera, la importancia del «mercado» de los contratos del sector público, así como sus riesgos, es necesario, al igual que hicimos en el caso de las inhabilitaciones para obtener subvenciones y ayudas públicas, acercarnos a la normativa administrativa que nos ayudará a concretar el contenido de esta pena.

También en este caso contamos con una abundante normativa, no obstante, como trataremos de explicar en las siguientes líneas, en este caso sí que podemos encontrar una ley que actúe como norma general de los contratos del sector público. Esto no quiere decir que no existan salvedades, pero, a diferencia de las subvenciones y ayudas públicas, son menos numerosas, y, de una forma u otra, acaban reconduciéndose a la norma general.

⁴⁴⁴<https://www.hacienda.gob.es/esES/Areas%20Tematicas/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Documents/Registro%20de%20Publico%20de%20Contratos/2017/ESTADO/Contratos2017-Estado-Numero.htm> (Fecha de última consulta: marzo 2020)

⁴⁴⁵<https://www.hacienda.gob.es/esES/Areas%20Tematicas/Contratacion/Junta%20Consultiva%20de%20Contratacion%20Administrativa/Documents/Registro%20de%20Publico%20de%20Contratos/2017/ESTADO/Contratos2017-Estado-Importes-Porcentajes.htm> (Fecha de última consulta: marzo 2020)

⁴⁴⁶ Según los datos ofrecidos por el Consejo General del Poder Judicial en relación con la tramitación de proceso de corrupción a nivel nacional (entendiéndose por la fuente citada sólo los siguientes delitos: Ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico. Arts. 320 y 322 CP; Prevaricación de funcionarios públicos. Arts. 404, 405 y 408 CP; Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos. Arts. 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP; Cohecho. Arts. 419, 420, 421 y 422 CP; Tráfico de influencias. Arts. 428, 429 y 430 CP; Malversación. Arts. 432, 433, 434 y 435 CP; Fraudes y exacciones ilegales. Arts. 436, 437 y 438 CP; Negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función Arts. 439, 441, 442 y 443 CP; Corrupción en las transacciones comerciales internacionales. Arts. 286, 3º y 4º CP), en España, en el año 2019, sólo se han dictado 19 sentencias condenatorias con conformidad; 36 sentencia condenatorias sin conformidad; 13 sentencias parcialmente condenatorias y 26 sentencias absolutorias y 8 sentencias se han dictado por otras causas. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/ch.Consulta-de-datos.formato1/?anio=2019&trimestre=4&tipo=RN>.

Una vez más y, por la misma razón que en el caso de la anterior inhabilitación estudiada, vamos a hacer referencia sólo a la normativa nacional dejando de lado otras referencias normativas como pudieran ser las de la Unión Europea⁴⁴⁷. Así en el caso que nos ocupa, la norma de referencia va a ser la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP). En el artículo 2 de la mencionada norma encontramos, en primer lugar, una especie de definición de «contratos del sector público» al señalarse que *«son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3»*. Esta previsión se tiene que completar con la definición legal de contratos subvencionados que encontramos en el artículo 23 del mismo cuerpo normativo⁴⁴⁸.

Junto a las anteriores definiciones, también se debe tener en cuenta, en primer lugar, la larga lista de entes, organismos y entidades que pueden celebrar estos contratos y que están definidas y enumeradas en el artículo 3 de LCSP. Y, en segundo lugar y con una especial importancia a los efectos que nos interesan, también se deben tener en cuenta las características de aquellos que pueden celebrar un contrato con el sector público. A estos efectos el artículo 65 de la LCSP señala que *«solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de*

⁴⁴⁷ No obstante, en este ámbito se pueden mencionar como más recientes y relevantes las siguientes Directivas de la Unión Europea: Directiva 2014/24/UE 5 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, en sustitución de la Directiva de 2004 para Contratos del Sector Público; Directiva 2014/25/UE 6 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; Directiva 2014/23/UE 7 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la adjudicación de contratos de concesión. Estas normas, a pesar de tener la condición de Directiva y no de Reglamento hasta la aprobación de la nueva ley de Contrato del Sector Público fueron declaradas de aplicación directa, tal como se puede apreciar en la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública.

⁴⁴⁸ Cfr. art. 23 LCSP *«1. Son contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada los contratos de obras y los contratos de servicios definidos conforme a lo previsto en los artículos 13 y 17, respectivamente, que sean subvencionados, de forma directa y en más de un 50 por 100 de su importe, por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores, siempre que pertenezcan a alguna de las categorías siguientes: a) Contratos de obras que tengan por objeto actividades de ingeniería civil de la sección F, división 45, grupo 45.2 de la Nomenclatura General de Actividades Económicas de las Comunidades Europeas (NACE), o la construcción de hospitales, centros deportivos, recreativos o de ocio, edificios escolares o universitarios y edificios de uso administrativo, siempre que su valor estimado sea igual o superior a 5.350.000 euros. b) Contratos de servicios vinculados a un contrato de obras de los definidos en la letra a), cuyo valor estimado sea igual o superior a 214.000 euros.»*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas». De todo este precepto lo que más vamos a destacar, y por ello, analizaremos en profundidad son las prohibiciones de contratar que tienen el potencial de convertirse en un mecanismo muy valioso para la ejecución de la pena que ahora analizamos. No obstante, como se indicó, primero tenemos que acabar la tarea de dejar claro que esta Ley de Contratos del Sector Público es una verdadera norma general y por ello, esta vez sí, la podemos tener como única referencia.

Como normas administrativas específicas que, a priori, parecen escaparse de la órbita de la LCSP, tenemos, entre otras, las siguientes: Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad; Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales; Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; Real Decreto-ley 14/2019, de 31 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes por razones de seguridad pública en materia de administración digital, contratación del sector público y telecomunicaciones.

Todos estos cuerpos legislativos que regulan las especificidades de la contratación pública en sectores o áreas muy sensibles, como pudieran ser la defensa o el sector del agua o la energía no implican, ni mucho menos una ruptura total con los conceptos de contratos del sector público, de las características de las personas físicas o jurídicas que pueden celebrar un contrato de esta naturaleza o de las entidades, Administraciones u organismos que pueden promover este tipo de acuerdos. Poner de manifiesto esta estrecha vinculación entre la LCSP y las otras normas específicas mencionadas anteriormente excedería del objeto del presente trabajo. Por ello, simplemente pondremos como ejemplo el caso de la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes o los servicios postales que si bien, como hemos visto, tienen su propia normativa, la LCSP en su disposición adicional octava⁴⁴⁹ determina que

⁴⁴⁹ Cfr. Disposición adicional octava. Contratos celebrados en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales de la LCSP «1. La adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas que tengan por objeto alguna de las actividades enumeradas en el ámbito de aplicación objetiva de la legislación vigente sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, se regirá por la presente Ley, resultando de

a este tipo de contrato le es aplicable la mencionada LCSP, con la salvedad del aspecto relacionado con la determinación de los contratos sujetos a regulación armonizada para lo cual sí se tendrá en cuenta la normativa específica. Esta relación estrecha entre la normativa específica y la LCSP, mediante remisiones directas a esta última o a la inversa, mediante la extensión del ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, se repite en la mayoría de los casos.

3.2. Las prohibiciones de contratar previstas en la Ley de Contratos del Sector Público: algunos problemas interpretativos

Resuelta la cuestión relativa al hecho de que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público es la norma de referencia que debemos utilizar para integrar el contenido de la inhabilitación para contratar con el sector público prevista en el artículo 33.7. f) del CP, resta centrarnos en un problema que puede ser una gran ayuda para hacer efectiva esta pena pero que presenta algunos problemas interpretativos. Como veremos a continuación, hay algunas discordancias entre la LCSP y el CP que pueden llegar a plantear ciertas dudas interpretativas que, de no ser resueltas, cabría el riesgo de dejar sin efecto la imposición de esta pena.

En el artículo 71 de LCSP se prevén las llamadas prohibiciones de contratar. Se trata de una larga lista de circunstancias que, de concurrir en alguna persona física o jurídica, supondrá la imposibilidad para estas de celebrar un contrato con el sector público. Es preciso dejar claro que la naturaleza de estas prohibiciones no es ni mucho menos sancionadora. Sobre esta cuestión, simplemente remitimos al lector a la doctrina especializada en la materia⁴⁵⁰.

aplicación la mencionada legislación vigente únicamente para determinar qué contratos tendrán la consideración de contratos sujetos a regulación armonizada.».

⁴⁵⁰ AYMERICH CANO, C., «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, p. 308 «En cuanto a la finalidad de las prohibiciones para contratar, la jurisprudencia española, de forma mayoritaria, les niega naturaleza sancionadora atribuyéndoles una finalidad «preventiva» que se concreta en «evitar», en aras de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes hayan demostrado poca seriedad en su actividad empresarial; y conduce a concluir que tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, bien haya sido intencional, bien negligente»; Ver en el mismo sentido HUERGO LORA, A., «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 239-259 «¿Qué son, entonces, las prohibiciones de contratar? Se trata de medidas de protección de la Administración, con las que la Ley pretende evitar que celebre contratos que tienen altas probabilidades de ser incumplidos a la vista de, por ejemplo, la situación patrimonial del contratista (cuando está en

Del amplísimo listado de prohibiciones de contratar, nos interesa recoger aquí la previsión que establece el artículo 71.1.a) LCSP y cuyo tenor literal es el siguiente «a) *Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio. La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado*».

Del texto citado se deduce fácilmente que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene un efecto directo en otros ámbitos como el caso del Derecho Administrativo, de ahí también la importancia de resaltar en su momento que estas prohibiciones no tienen naturaleza sancionadora. Ahora bien, es necesario hacer alguna matización dado que corremos el riesgo de caer en el otro lado y estar ante una situación en la que se haga caso omiso de una condena penal a una persona jurídica.

La necesidad de añadir alguna observación viene motivada por el hecho de que hay una falta de concordancia entre los delitos contemplados en el artículo 71.1.a) LCSP y los demás que conforman el catálogo por el que se puede exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas⁴⁵¹. En el caso de que a una persona jurídica se le haya condenado por un delito no contemplado en el artículo 71.1.) LCSP, pero por el cual no se le haya impuesto una inhabilitación para contratar con el sector público, a priori, no

concurso o ha sido declarado insolvente) o de su conducta anterior (incumplimiento de obligaciones tributarias o de seguridad social, o contractuales).».

⁴⁵¹ Sin ser excesivamente exhaustivos se pueden mencionar como delitos que quedan fuera del listado contemplado por el artículo 71.1 a) LCSP lo siguientes: Tráfico de órganos humanos (art. 156 bis); Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores (Art. 187, 188, 189 CP); Delitos contra la intimidad y allanamiento informático (arts.197, 197 bis y 197 ter CP); Estafas (arts. 248 y ss.); Frustración de la ejecución (arts. 257, 258, 258 bis CP); Insolvencias punibles (arts. 259, 259 bis, 260 y 261 CP); Delitos contra la propiedad intelectual industrial, el mercado y los consumidores, entre muchos otros.

hay ningún problema en que se le permita que contrate con la Administración Pública. Esto no quiere decir que el ordenamiento jurídico, y en concreto, el ordenamiento administrativo no adolezca de incoherencia en este punto, dado que, a nuestro modo de ver, los intereses públicos se pueden poner en riesgo igualmente si se realizan actuaciones con entes que, por ejemplo, han sido condenados por estafa o por un delito contra la propiedad industrial. Este es un argumento más para la idea que venimos defendiendo desde el análisis de la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas y es que las medidas previstas en el artículo 33.7 f) deberían tener la condición de penas accesorias.

Ahora bien, más problemático podría llegar a ser la situación en la cual se condena a una persona jurídica por un delito no previsto en el artículo 71.1.a) de la LCSP, pero como consecuencia del cual se ha impuesto una pena de inhabilitación para contratar con el sector público. Aunque puede parecer obvio, tiene que quedar escrito negro sobre blanco la idea de que prevalecerá lo establecido en la condena penal. Esto es, más allá de lo previsto en el artículo 71.1.a) de LCSP, una persona jurídica sometida a una pena de inhabilitación para contratar con el sector público no puede llevar a cabo ninguna actuación de esta naturaleza con la Administración.

Esta idea obvia, sencilla y clara debe ponerse en relación con otra previsión ambigua y susceptible de interpretación errónea de la LCSP y que es la establecida en el artículo 72.5 del mencionado texto legislativo⁴⁵². Esta norma establece una vía de eludir la apreciación de una prohibición de contratación en el de que la persona jurídica que ha incurrido en dicha prohibición acredita el pago o el compromiso del pago de la multa o indemnización fijadas en sentencia o la resolución administrativa y, además haya adoptado las medidas necesarias para evitar infracciones administrativas⁴⁵³, sean estas

⁴⁵² Cfr. art. 72.5 LCSP «[...] No procederá, sin embargo, declarar la prohibición de contratar cuando, en sede del trámite de audiencia del procedimiento correspondiente, la persona incurso en la causa de prohibición acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas, entre las que quedará incluido el acogerse al programa de clemencia en materia de falseamiento de la competencia. Este párrafo no resultará de aplicación cuando resulte aplicable la causa de prohibición de contratar a que se refiere el artículo 71.1, letra a) [...]».

⁴⁵³ Aquí podríamos entrar a discutir si se trata de una norma que viene a copiar los planes de prevención previstos en el artículo 31 bis o es una norma que se dicta en consonancia con la misma como un paso más en esa idea de cumplimiento normativo que debe reinar en el seno de las empresas, y, en general de las personas jurídicas. No obstante, al exceder del objetivo de este trabajo baste señalar que, a nuestro

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

técnicas, administrativas o de personal. A renglón seguido se dice que esta previsión no será aplicable a la causa de prohibición del artículo 71.1.a). Esta exclusión de la vía de escape de la apreciación de la prohibición de contratación puede llegar a ser tan ambiguo como en el caso anterior, ¿qué pasa con aquellos delitos que no están contemplados en el ya tantas veces repetido artículo 71.1.a)? Una vez más, se tiene que dejar claro que, aunque la condena a la persona jurídica va referida a alguno de los delitos no contemplados en la LCSP y hay una imposición de inhabilitación para contratar con el sector público, dichas medidas de prevención de infracciones administrativas no pueden desplazar la condena penal⁴⁵⁴.

En definitiva, las prohibiciones de contratar previstas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público pueden constituir una ayuda para que efectivamente una persona jurídica condenada a no poder contratar con el sector público no pueda quebrantar la inhabilitación, pero se tiene que hacer hincapié que esta prohibición se debe extender a todo el catálogo de delitos por los que se pueden hacer responsables a los entes colectivos, es decir, incluidos los no previstos en la LCSP siempre y cuando la sentencia penal prevea esta medida.

3.3. Otros problemas relacionados con la ejecución

En primer lugar, al igual que ocurría en el caso de la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para que la pena sea efectiva la comunicación de la condena a los órganos, entes, Administraciones públicas y organismos es fundamental. No obstante, y una vez más, en contraposición con la inhabilitación para obtener

parecer no creemos que la previsión se ha configurado pensando en los planes de prevención de delitos, máxime cuando expresamente se pide la prevención de infracciones administrativas, pero podría ser un buen punto de apoyo para la concreción de los planes exigidos por el artículo 31 bis CP.

⁴⁵⁴ VALEJE ÁLVAREZ, I., «La prohibición de contratar con el sector público y otras consideraciones accesorias», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII extra, 2018, pp. 505-506 «Pero, seguidamente el art. 72.5 LCSP establece que no resultará de aplicación cuando la prohibición de contratar se derive de la causa a la que se refiere el art. 71.1 letra a). Una lectura que respete el tenor literal del texto parece indicar que la posibilidad de autocorrección para obviar la incapacidad para concurrir no tendrá lugar cuando la causa de exclusión derive de una sentencia firme. Pero cabe preguntarse si se refiere a la sentencia firme condenatoria por cualquiera de los delitos comprendidos en el art. 71.1 letra a) o solo por las sentencias firmes que recogen en el fallo la referencia expresa a la pena de prohibición de contratar. En este punto, el texto de la LCSP no está claro, y es en cierta forma ambiguo, lo que dificulta comprender si solo para estos últimos está vedada la posibilidad de adoptar medidas de autocorrección por cuanto se trata de la ejecución de una condena penal que debe ejecutarse en sus propios términos y que, obviamente, no podría ser desplazada por ningún programa de prevención de delitos, ya que la Administración carece de poder para rehabilitar a una empresa que ha sido condenada por un tribunal penal, o si, por el contrario, se refiere a la totalidad de los supuestos delictivos que contempla el art. 71.1 letra a).».

subvenciones y ayudas públicas, aquí tenemos mucho avanzado gracias a la existencia del Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público⁴⁵⁵. A estos efectos, el artículo 338 de la LCSP tiene especial importancia dado que regulan las inscripciones y obligaciones que se deben realizar de oficio y sobre todo se debe destacar la posibilidad que tiene la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado de proceder a la inscripción de aquellas sentencias que puedan constituir una prohibición de contratación aun cuando no ha recibido el testimonio de la misma. Es decir, es suficiente el simple conocimiento del tal extremo, para que la Junta Consultiva pueda hacer dicha inscripción. Más allá de que esto no es tan fácil de poner en práctica, ya que el mencionado órgano carecerá de muchos datos para proceder a dicha inscripción, sí que es de alabar el hecho de que se pretenda primar la efectividad sobre el formalismo.

Por lo demás, en cuanto a la comunicación se refiere, conviene recordar la existencia de mecanismos como el Registro Central de penados o la solicitud del certificado negativo de antecedentes penales que son muy efectivos dada la facilidad con la que la Administración puede comprobar cuestión como las analizadas aquí.

Dicho esto, resta un único aspecto por mencionar y es el tratamiento de aquellos contratos del sector público que se encuentran en ejecución en el momento en el que recae la sentencia condenatoria que impone esta inhabilitación. Esta situación se da en aquellos casos en los que el delito enjuiciado afecta o está relacionado con algún contrato del sector público. Tenemos que señalar que, salvando la posibilidad de utilizar la figura del comiso, el juez penal no puede dejar sin efecto el contrato que se encuentra en ejecución⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Cfr. arts. 337 a 345 de la LCSP.

⁴⁵⁶ VALEIJE ÁLVAREZ, I., «La prohibición de contratar con el sector público y otras consideraciones accesorias», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII extra, 2018, p. 493 «Sin embargo, aun cuando existe una expresa previsión legislativa, algunos administrativistas han puesto de manifiesto su ineficacia práctica cuando se trata de anular los actos administrativos constitutivos de delito. Las causas son variadas, Aymerich Cano señala en primer lugar, la compleja relación entre la jurisdicción penal y la contenciosa administrativa (en especial por lo que hace a la prejudicialidad administrativa en el proceso penal)13. Señala el citado autor que, a diferencia de lo que sucede en otros tipos delictivos, como los relacionados con la ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico (arts. 319, 321, y 323 del CP), los relativos a la corrupción en materia contractual no apoderan al juez penal para dejar sin efecto el contrato, decisión que solo de forma muy forzada podría calificarse como responsabilidad civil derivada de delito.» La obra a la que hace referencia la autora es AYMERICH CANO, C., *Un problema pendiente: la anulación de los contratos administrativos afectados por actos de corrupción*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2015.

4. Inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social

4.1. Los beneficios e incentivos fiscales

Finalmente llegamos a la última de las tres inhabilitaciones contempladas por el artículo 33.7. f) CP. No obstante, consideramos oportuno que esta inhabilitación, la de gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, debe dividirse y estudiarse de manera diferenciada. Así, en las líneas que siguen vamos a hacer algunas reflexiones en torno a los beneficios e incentivos fiscales, dejando para el siguiente punto el análisis relativo a estos mismos instrumentos ofrecidos por la Seguridad Social. Esta división responde no sólo a una necesidad de ordenar la exposición de las ideas sino también al hecho de que, como venimos anunciándolo, los beneficios e incentivos de la Seguridad Social deberían tener otro tratamiento cuando se pone en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Para determinar el objeto de esta inhabilitación y ante la falta de determinación de un concepto de beneficio o incentivo fiscal en la Constitución Española o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria vamos a seguir la misma senda que FARALDO CABANA⁴⁵⁷ y recoger aquí las características que contempla la Memoria de Beneficios Fiscales anexa al Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2018.

Según el mencionado documento *«se deduce que los rasgos o condiciones que un determinado concepto o parámetro tributario debe poseer para que se considere que genera un beneficio fiscal son los que se resumen seguidamente: a) Desviarse de forma intencionada respecto a la estructura básica del tributo, entendiéndose por ella la configuración estable que responde al hecho imponible que se pretende gravar. b) Ser un incentivo que, por razones de política fiscal, económica o social, se integre en el ordenamiento tributario y esté dirigido a un determinado colectivo de contribuyentes o a potenciar el desarrollo de una actividad económica concreta. c) Existir la posibilidad legal de alterar el sistema fiscal para eliminar el beneficio fiscal o cambiar su definición. d) No presentarse compensación alguna del eventual beneficio fiscal en otra figura del sistema fiscal. e) No deberse a convenciones técnicas, contables, administrativas o ligadas a convenios fiscales internacionales. f) No tener como*

⁴⁵⁷ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 146 que toma en consideración la Memoria de Beneficios Fiscales anexa al Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2011.

*propósito la simplificación o la facilitación del cumplimiento de las obligaciones fiscales»*⁴⁵⁸. Estos rasgos comunes a todos los beneficios e incentivos fiscales se plasman en cada uno de los impuestos a los que se pueda ver sometida la persona jurídica. Hacer un análisis de cada una de las figuras tributarias que prevea algún tipo de beneficio excedería de los objetivos de este trabajo. No obstante, a los solos efectos de poner de manifiesto la dificultad que supondrá ya no la concreción de esta pena sino, la aplicación efectiva, tomaremos uno de los tributos a modo de ejemplo y señalaremos que beneficios fiscales contempla.

A nuestro entender el impuesto sobre sociedades⁴⁵⁹ puede resultar paradigmático. Ayudándonos, una vez más, de la Memoria de Beneficios Fiscales anexa al Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2018⁴⁶⁰ vamos a señalar cuatro grandes grupos de beneficios fiscales: los derivados de los ajustes en la base imponible por correcciones en el resultado contable; tipos reducidos de gravamen; bonificaciones de la cuota íntegra y deducciones en la cuota íntegra. En cada uno de estos cuatro grupos se pueden encontrar un sinnúmero de previsiones que habilitan y concretan el beneficio fiscal correspondiente. Esta misma técnica se repite en cada uno de los impuestos. Ante este panorama, es imposible para el juez penal determinar la pena de una manera exacta, pero más preocupante aun es que la efectiva aplicación de esta pena se antoja difícil, máxime cuando no hay constancia de que la Agencia Tributaria haya habilitado los procedimientos necesarios para la comprobación de estos extremos.

En el caso de esta inhabilitación sí que parece insuficiente la inscripción en el Registro Central de penados.

⁴⁵⁸ *Vid.* Memoria de Beneficios Fiscales anexa al Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2018, pp. 7-8.

⁴⁵⁹ *Cfr.* Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades.

⁴⁶⁰ *Vid.* Memoria de Beneficios Fiscales anexa al Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 2018, pp. 124-136.

4.2. Los beneficios o incentivos de la Seguridad Social

Si los beneficios o incentivos fiscales tenían o tienen una repercusión directa en los propios beneficios económicos de la persona jurídica condenada⁴⁶¹, los estímulos de la Seguridad Social proyectan sus efectos sobre un colectivo que el propio régimen de responsabilidad penal de las personas trata, en muchas ocasiones, de proteger. Es decir, estamos refiriéndonos a los trabajadores.

Sin ánimo exhaustivo se pueden mencionar una multitud de normas⁴⁶² que prevén beneficios de la Seguridad Social que tienen, como no podía ser de otra manera, el denominador común la incentivación de la contratación de trabajadores por cuenta ajena, sin perjuicio de la existencia de normas similares en relación con los trabajadores autónomos pero que no nos interesan a los efectos aquí estudiados.

La abundante normativa va referida a casi todas las clases de contratación: contratación indefinida inicial, a la transformación de los contratos temporales en indefinidos, a los distintos contratos formativos y un largo etc. Pero incluso más importante que estas figuras contractuales son determinados grupos específicos de trabajadores que se pretende proteger como pudiera ser el caso de: excluidos sociales, víctimas de violencia de género, víctimas de terrorismo y trata de seres humanos, personas con discapacidad, parados de larga duración, entre muchos otros grupos vulnerables.

⁴⁶¹ No quiere ello decir que no podamos encontrar beneficios o incentivos fiscales que respondan precisamente al fin de estimular la contratación de determinada clase de trabajadores, pero, por lo general, este tipo de ayudas tienen un efecto directo en los beneficios económicos de la persona jurídica.

⁴⁶² Ver, entre muchas otras las siguientes normas: Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo; Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad; Ley 45/2002, de 12 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad; Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; Ley 27/2009, de 30 de diciembre, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo; Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social; Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero; Real Decreto-ley 6/2016, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso del Sistema Nacional de Garantía Juvenil; Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; Real Decreto-ley 8/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo; Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo.

Con esta somera referencia a los verdaderos beneficiarios de los incentivos de la Seguridad Social, lo que queremos poner de manifiesto es el hecho de que la persona jurídica castigada no es la verdadera afectada por esta medida, aun cuando se reduce su capacidad de contratación. Es bastante contradictorio dentro del conjunto del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que el artículo 66 bis CP tenga en cuenta los efectos sociales y económicos como límite a la imposición de las penas interdictivas, pero luego permita la aplicación de una medida que en realidad afecta de manera negativa y directa al colectivo que pretende proteger. Por estas razones consideramos más adecuado la eliminación de esta medida de inhabilitación para gozar de los beneficios o incentivos de la Seguridad Social del catálogo del artículo 33.7. CP.

F. La intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores [art. 33.7 g)]

1. Interrogantes que plantea la regulación actual del Código Penal

Antes de exponer minuciosamente las preguntas que surgen de la actual regulación de la intervención judicial, queremos hacer una mínima referencia al antecedente inmediato de esta pena, para poner de manifiesto que, a pesar de los muchos años transcurridos, la evolución de esta institución ha sido muy escasa, por no decir nula. Como en otras ocasiones también en este caso encontramos el referido antecedente en las consecuencias accesorias de artículo 129 CP. El mencionado precepto en su redacción original determinaba la posibilidad de imponer «*la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años*»⁴⁶³.

Como se puede observar la redacción era mucho más escueta y también mucho más acotada dado que hacía referencia a la empresa, un concepto más restringido que el de la persona jurídica. Por lo demás el fin era el mismo, es decir la protección de los derechos de los trabajadores y acreedores. Ya en aquel entonces la falta de concreción obligaba a los intérpretes a intentar integrar esta medida recurriendo a lo que se había avanzado en el Derecho administrativo⁴⁶⁴, no obstante, tanto en aquel momento⁴⁶⁵ como

⁴⁶³ Cfr. art. 129 e) CP en la redacción de 1995.

⁴⁶⁴ ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones...*, op. cit., p. 100 «*La intervención de empresas, como acto administrativo singular, no requiere ningún tipo de intervención judicial, sino que tanto la incoación,*

en el actual⁴⁶⁶ este concepto, el de la intervención, no está dotado de una regulación clara, homogénea y general. Este último aspecto dificultará mucho encontrar un apoyo en la normativa administrativa. Por su parte, como tendremos ocasión de ver, tampoco las distintas normas procesales, sean estas civiles o penales, ayudan demasiado en la concreción de esta medida. Incluso se podría decir que hay un debate sobre la normativa aplicable a la intervención judicial que ahora analizamos.

Realizadas estas reflexiones preliminares, procedemos, al hilo del tenor literal del precepto que regula la pena de inhabilitación judicial, es decir el artículo 33.7 g) CP, a recoger lo más minuciosamente posible las dudas e incertidumbres que se plantean. Se debe advertir que aquí simplemente plantearemos los problemas, pero las posibles soluciones las ofreceremos a lo largo de los demás puntos, en los que trataremos específicamente cada uno de los aspectos problemáticos.

Así, desde la expresión inicial de *«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 los cinco años»* observamos un gran número de cuestiones que deben dilucidarse. En primer lugar, no queda clara la amplitud de esta medida, dado que, como veremos en su momento, el grado de incidencia en el normal funcionamiento de la persona jurídica difiere en función de si se trata de una administración o una intervención judicial, siendo esta última modalidad, a priori, más gravosa.

instrucción y adopción, así como el levantamiento de la medida, no reclama intervención judicial alguna. Sin embargo, la medida inserta en el Código Penal debe ser adoptada y ejecutada por el juez penal, lo que sin duda supone una novedosa atribución. Ello no debe inducir a pensar que nada tiene que ver la medida del artículo 129 e) CP, con la intervención administrativa constitucionalmente reconocida pues el precepto penal no aporta ningún criterio alternativo, de tal forma que el juez penal carecería totalmente de fundamentos para proceder a su aplicación. Se trata sin duda, de una «medida penal en blanco». Parece que el juez penal habrá de acudir a las previsiones existentes para la intervención administrativa, en tanto sean compatibles con los principios penales y con los presupuestos de aplicación de estas medidas en el artículo 129 CP.».

⁴⁶⁵ ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones...*, op. cit., p. 100 *«No existe, ni tan siquiera en el ámbito administrativo, una norma válida para todos los casos en la que se describa en qué consisten en concreto las medidas de intervención. Estamos, por tanto, ante un concepto jurídico indeterminado.»*.

⁴⁶⁶ Los casos en los que la normativa administrativa hoy por hoy hacen alguna referencia a la posibilidad de intervenir una empresa, son bastante escasos, dispersos y muy escueto en cuanto al contenido de la media se refiere. Un primer supuesto lo encontramos en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito que en sus arts. 70 y ss. sí que regula de manera bastante detallada la intervención administrativa de este tipo concreto de personas jurídicas. Otro supuesto de intervención administrativa, pero con menos detallan en cuanto a su regulación lo encontramos en la Disposición Adicional Primera de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico. Finalmente se puede mencionar la Disposición Adicional Décima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos que tampoco ofrece una regulación muy extensa. Un caso aparte que estudiaremos con mucho detalle en su debido momento lo constituye la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Por su parte, el término «*salvaguardar los derechos*» puede implicar algunos problemas interpretativos, dado que no queda claro si, a través de la intervención judicial, se trata de restablecer algunos de los derechos ya vulnerados o, por el contrario, es una medida preventiva, lo que implica que hay una determinada circunstancia que hace sospechar de la persona jurídica que de una manera inminente o altamente probable vulnerará algunos de los derechos de estos colectivos. Junto a este extremo, el siguiente aspecto en el que se tiene que profundizar, es la concreción de los colectivos que se pretende proteger y también los derechos concretos. ¿A qué personas y qué tipo de relaciones con la persona jurídica se necesitan para considerar que alguien forma parte de estos colectivos a proteger? ¿Qué alcance debe tener el concepto de trabajador? ¿Se deben entender incluidos, por ejemplo, los trabajadores de las Empresas de Trabajo Temporal? ¿Qué entendemos por acreedores? ¿El concepto de acreedor se debe interpretar en un sentido estrictamente mercantil o puede ser más amplio? ¿Tiene sentido proteger a los acreedores? Estas y muchas otras preguntas se plantean en relación con los colectivos a proteger y sus derechos.

La previsión referida a la mayor o menor proyección de esta pena sobre la persona jurídica, es decir, la que determina que «*la intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio*» no está exenta de dudas. ¿En base a qué criterios se determina la mayor o la menor incidencia de esta medida en la persona jurídica afectada? ¿Tiene sentido la referencia a instalaciones? ¿Acaso la intervención judicial se proyecta sobre lugares físicos o tiene su traducción en la incidencia en las facultades de gestión y de decisión de la persona jurídica intervenida?

En este recorrido al hilo de la concreta regulación de esta pena, llegamos a un punto álgido recogido en la siguiente previsión «*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 redacción es tan amplia que existen dos maneras de afrontar la cuestión. O bien entender que esta es una de las más amplias facultades que se le ha concedido alguna vez a un juez penal en relación con una pena y que, si esta ha sido la voluntad del legislador, habrá que esperar a los distintos pronunciamientos judiciales. O bien considerar que este nivel de indeterminación no es admisible y que, lo más conveniente es intentar ofrecer pautas

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

que ayuden a concretar en lo posible esta pena. A nuestro parecer, esta segunda opción es la más adecuada dado que, con independencia de si en un futuro se hagan o no los cambios legislativos correspondientes, los jueces y tribunales sólo procederán a aplicar esta pena a medida que tengan cada vez más criterios y pautas para la determinación de la misma. Por ello, en este, al igual que en otros trabajos que ya lo han hecho en parte, es necesario dar respuesta a las siguientes preguntas.

¿Qué relación concreta se debe dar entre la situación que pone en peligro o que haya vulnerado alguno de los derechos de los trabajadores y acreedores y las decisiones que se puedan adoptar o las actuaciones que se puedan realizar por parte del interventor judicial? Está claro que esta respuesta vendrá determinada, sobre todo, por la observancia de los fines de esta pena, entre los que se encuentra, además de la ya tan repetida necesidad de prevenir la continuidad delictiva y sus efectos, así como protección que se pretende dar a determinados colectivos.

Además, la concreción de este aspecto, indudablemente se verá con más claridad a medida que se hayan analizado los demás interrogantes planteados hasta el momento.

En relación con quién puede ejercer el cargo, necesariamente, se debe plantear y analizar la posibilidad de si el cargo de interventor puede ser ostentado tanto por personas físicas como jurídicas. Por lo que respecta a la cualificación pues lo natural es preguntarse cuál debe ser el equilibrio entre los conocimientos jurídicos, los económicos y los de empresa que se deben tener para poder ejercer el cargo. Por último, también es necesario, acercarnos al cuál debe ser el contenido de los informes que se deben entregar al órgano judicial. Pero incluso, antes del contenido y del plazo de la entrega de los informes que deben realizar los interventores, hay que preguntarse, aunque sea mínimamente, cuál debe ser el órgano judicial encargado de la ejecución de esta pena. ¿Tenemos suficientes referencias e indicaciones en la normativa procesal?

Con la previsión de que *«la intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal»* se plantea un gran interrogante ya no tanto referido a la pena de intervención judicial como a todo el catálogo de medidas comprendidas en los apartados c) a g) del artículo 33.7 CP. ¿Por qué la intervención judicial se puede suspender y las demás penas interdictivas no?

¿Esta suspensión es una facultad del órgano judicial, es un derecho de la persona jurídica? ¿Cuánto tiempo se puede suspender la pena? ¿Cómo computa el tiempo de esta suspensión en relación con el cumplimiento total de la pena? Por lo tanto, en relación con la suspensión de la pena de intervención hay un sinnúmero de cuestiones que se deben someter a reflexión, aunque las posibilidades de ofrecer soluciones contundentes son escasas.

Finalmente llegamos a una cuestión muy relacionada con el propio contenido de esta pena y que lo constituye las facultades del interventor. El precepto se limita a señalar que *«el interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o de la persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones»*. Lo único claro de esta redacción es que el interventor tiene derecho a acceder a todas las instalaciones de la persona jurídica intervenida, pero esto es lo único que se regula en cuanto a las funciones de este órgano. El otro sitio en el que se menciona la cuestión de las facultades del interventor es el punto en el que se deja en manos del órgano judicial la determinación de tales facultades, cuestión que hemos tratado unas líneas antes. Por lo tanto, estamos ante un círculo vicioso que nos reenvía a las preguntas ya planteadas anteriormente.

Igual de incierta es la referencia legal que reza en los siguientes términos *«reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución y la cualificación necesaria»* ¿Realmente con esta previsión se arregla el problema de la falta de concreción de las facultades del interventor y, de manera intrínseca, el problema del contenido de esta pena? ¿Con esta habilitación legal puede el futuro reglamento regular otras cuestiones como, por ejemplo, el supuesto de prohibición de ejercicio de este cargo o requisitos adicionales como, por ejemplo, en el caso de que pudiera ejercerse el cargo por parte de una persona jurídica que se le exija tener implantado un plan de prevención de delitos?

Estos problemas aparecen tanto cuando la medida ha sido impuesta como pena como cuando se ha adoptado como cautelar.

Antes de empezar a desgranar cada uno de estos aspectos y ver qué soluciones se pueden aportar hay que advertir sobre el hecho de que algunas propuestas que se puedan hacer en las siguientes líneas pueden llegar a constituir una simple declaración favorable

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

hacia una u otra opción, pero sin poder apoyarse en sólidos argumentos porque no hay de dónde sacarlos, al ser tan vaga la redacción. Un ejemplo muy ilustrativo de lo que acabamos de decir es el caso de la posibilidad de que el cargo pueda ser desempeñado por personas físicas o jurídicas. El precepto está tan abierto que se puede considerar que sí pueden ostentar este cargo tanto personas físicas como jurídicas, pero igual de válido sería decir que sólo puede ejercer estas funciones una persona física. El mismo ejercicio lo podemos hacer en relación con la suspensión de la intervención, se puede afirmar que el tiempo de suspensión se debe computar a los efectos del transcurso del tiempo total de la condena o se puede afirmar que no.

2. Algunos pronunciamientos judiciales y la escueta propuesta interpretativa de la Fiscalía General del Estado

A pesar de los años transcurridos desde la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas y, aunque poco a poco se van dictando sentencias en esta materia, no tenemos, en relación con las penas interdictivas un gran número de resoluciones que concreten y que ayuden a su interpretación. El caso de la intervención judicial no iba a ser una excepción. No obstante, sí que se ha dictado algún auto en el que se trata la intervención judicial como medida cautelar. En las líneas que siguen vamos a comentar dos autos que se pronuncian de manera distinta: uno rechaza la adopción de esta medida y el otro la acuerda. El objetivo del comentario de estas resoluciones es observar un primer acercamiento que nos puede arrojar algo de luz en relación con los fines y también la concreción de esta pena.

Así, una de las primeras resoluciones judiciales que trata la cuestión, relativa a la intervención judicial, es el Auto de 30 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 4º de la Audiencia Nacional. El mencionado auto es una de las múltiples resoluciones que se han dictado en relación con el conocido «caso Bankia». En este procedimiento las partes querellantes, en concreto el partido político UPyD y la representación de 15 accionistas de Bankia, solicitaron como medida cautelar la intervención judicial de Bankia S.A. y del Banco Financiero y de Ahorro S.A. Aunque las mencionadas partes hacen una extensa justificación de la necesidad de adoptar estas medidas⁴⁶⁷, es el propio juez que en el fundamento jurídico 4º resume de manera clara

⁴⁶⁷ Vid. Antecedentes de Hecho 1º y 2º del Auto de 30 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 4º de la Audiencia Nacional. «*En definitiva, la intervención judicial de la entidad es la única*

lo que se pretende por parte de las partes querellantes con esta medida: asegurar las responsabilidades civiles que pudieran decretarse; conocer la verdadera y real situación financiera de la entidad; evitar la destrucción de la prueba; prevenir la continuidad delictiva, refiriendo como peligros que a través de la intervención judicial se pudieran evitar el de una posible «desintegración del SIP» o la «liquidación de la mercantil, si al final la misma resulta inviable»; por último se alega como fin que así se garantiza el cumplimiento de la ley y se dará confianza a los acreedores.

Dado que se discute por la doctrina cuál es la normativa procesal aplicable a esta pena es importante traer a colación las leyes que se mencionan por parte de los solicitantes de la medida y en relación con las cuales el juez no pone ningún impedimento. Dejando de lado la imprescindible referencia al artículo 33.7 del Código Penal, se menciona el artículo 544 quáter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁶⁸, el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁴⁶⁹ y, por último, se hace una remisión al artículo 27 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, precepto en el que se detallan minuciosamente las condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales. No vamos a entrar ahora en la valoración de la pertinencia o no de la aplicación de estas normas dado que, por el momento, nuestro objetivo es otro.

Dejando de lado otras vicisitudes procesales que resuelve el auto, y que ahora no nos interesan, hay que resaltar, en primer lugar, que se afirma por el juez el hecho de que la intervención judicial constituye una medida cautelar personal y por ello no es

manera de poner fin de una vez por todas a la sistemática ocultación de información y garantizar que bajo ningún concepto se va a obstruir o dificultar la acción de la justicia [...] No puede permitirse que los posibles colaboradores ahora continúen “ayudando” a encubrir una quiebra manifiesta, que lo único que supone es una ganancia de tiempo para que los responsables logren alzar sus bienes en lo que no es sino un concurso de acreedores manifiesto evitado a toda costa por sus responsables con la colaboración de algunas autoridades públicas. La intervención judicial evitaría un colapso de los mercados. Estos confiarán y confían más en una autoridad judicial que en las autoridades públicas bancarias».

⁴⁶⁸ Cfr. art 544 Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal «1. Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponerse son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. 2. La medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente.».

⁴⁶⁹ Cfr. art 728 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil «1. Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria. [...]».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

adecuada para solicitar el aseguramiento de responsabilidades pecuniarias⁴⁷⁰. El siguiente punto sobre el que se pronuncia el auto es el alcance de esta medida y que, a ojos del juzgador, puede ir *«desde la mera supervisión o control de sus actividades y decisiones a la remoción y sustitución de sus administradores»*⁴⁷¹.

Especial importancia tienen las reflexiones que se vierten en relación con los fines de esta medida. Tras reiterarse que la intervención judicial tiene por objeto impedir la continuidad de la actuación delictiva y sus efectos se señala qué finalidades no forman parte de las propias de esta medida. En concreto, en el FJ 5º de la resolución ahora comentada se aclara que *«en el presente caso, a ninguna de las finalidades apuntadas por las partes querellantes puede responder la medida interesada, pues entre las finalidades de la medida de intervención judicial no se encuentra, ni puede encontrarse, el aseguramiento de las pruebas, ni el de las responsabilidades civiles o pecuniarias que pudieran derivarse de la causa. Para ello existen otras medidas específicamente contempladas en las leyes procesales, y a las que se habrá de acudir en caso de ser necesario»*. Junto a lo anterior también se señala que tampoco se puede pretender, a través de esta medida, realizar actuaciones dirigidas al control de la situación financiera de Bankia ni llevar a su gestión factores de transparencia, o realizar funciones destinadas a conocer el estado real de la sociedad, ni generar confianza en el mercado. Concluye el auto denegando esta medida y recordando que *«el único fin legítimo que pudiera justificar la medida solicitada sería el de evitar la continuidad delictiva, en protección de los trabajadores y acreedores»*.

Lo más destacable del auto que acabamos de comentar es el hecho de que se pronuncia claramente sobre cuáles son y cuáles no los fines de la intervención judicial. No obstante, hay que poner de manifiesto que apenas se hace referencia al fin específico de la intervención judicial que es la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y

⁴⁷⁰ Vid. FJ 1º del Auto de 30 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 4º de la Audiencia Nacional *«Frente a ello debe recordarse que nos encontramos ante una medida cautelar de carácter personal. No se trata de asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivarse de las resultas del juicio, para ello están las medidas asegurativas contempladas en los arts. 589 y ss. de la LECrim., sino de una medida cautelar tendente a asegurar que, frente a la existencia de una determinada conducta que pudiera ser constitutiva de la infracción penal, esta no siga produciéndose en tanto se tramita el proceso. Así, es pacífica la doctrina de que esta medida pretende prevenir la continuidad delictiva, en un símil a lo que respecto a las personas físicas contempla el artículo 503.2 en donde se contempla, como una de las causas justificativas para la adopción de la medida de prisión provisional, la de “evitar el riesgo de que el imputado cometa otros hechos delictivos”»*.

⁴⁷¹ Vid. FJ 2º del Auto de 30 de julio de 2012 del Juzgado Central de Instrucción número 4º de la Audiencia Nacional.

acreedores. No se hace ningún examen sobre si se ha dado o no una situación de riesgo de los derechos de los mencionados grupos, no se han concretado ni por la parte que solicita la medida ni por el Auto los derechos que se ven en riesgo, no se ha puesto en relación la concreción de la medida de intervención con su necesidad para la ayuda en la salvaguarda. Por lo tanto, aunque se aporta algún que otro dato, la resolución judicial ahora comentada no satisface plenamente los distintos interrogantes que se plantean.

La siguiente resolución que vamos a analizar es el Auto de 19 de octubre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, en el cual sí se decreta la medida cautelar de intervención judicial en relación con dos entidades: Institutos Odontológicos Associats SL (en adelante IOA) y Health 2015 Group SL (en adelante HEALTH). Las mencionadas entidades estaban siendo investigadas por varios delitos entre los cuales se encontraba los de estafa, apropiación indebida⁴⁷², falsedad documental, alzamiento de bienes y blanqueo de capitales. La parte que solicita la intervención judicial lo constituye un conjunto de entidades relacionadas entre sí y que tiene una única representación, siendo denominada en el Auto como ARES⁴⁷³.

En este caso lo que queremos destacar no son tanto los argumentos de la parte solicitante, además casi no se encuentra referencia a los mismos en el auto, sino volver sobre la cuestión de los fines de esta medida, analizar cómo la ha concretado el juez y, una cosa muy llamativa, cómo se ha resuelto la cuestión de los honorarios de quién se hace cargo de la intervención judicial.

En primer lugar, se recuerda en la propia resolución que las entidades encausadas ya estaban sometidas a unas medidas cautelares reales que consistían en prohibición de disponer de acciones o participaciones, así como el bloqueo de cuentas y productos bancarios, todas ellas *«acordadas en beneficio y protección de los derechos y expectativas de los usuarios de IOA, de los trabajadores de la empresa o grupo de*

⁴⁷² Es de resaltar el hecho de que la investigación versa sobre un delito por el que a la persona jurídica no se le puede exigir responsabilidad penal.

⁴⁷³ Vid. Antecedentes de Hecho del Auto de 19 de octubre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional: *« La representación de ARES CAPITAL 111 ASSETS SARL, ARES CREDIT STRATEGIES FEEDER 111 UK LP, ARES ECSF 11 SOUTH SARL, ARES ECSF 111 (A) HOLDING SARL, ARES CCF HOLDINGS SARL, BCSSS INVESTMENTS SARL, MPS INVESTMENTS SARL, ARES ECSF (B) HOLDING SARL, MPS INVESTMENTS SARL y ARES MANAGEMENT LP (ARES en lo sucesivo), ha presentado escrito de fecha 16.10.2018 y N° R° 27 .994/18, solicitando se acuerde la adopción de la medida cautelar de constitución de una administración judicial de las entidades INSTITUTOS ODONTOLOGICOS ASSOCIATS SL (en adelante IOA), y de HEALTH 2015 GROUP SL (HEALTH desde ahora).».*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

*empresas y de los inversores eventualmente perjudicados». Junto a esta circunstancia y con la misma finalidad considera el auto que la intervención judicial contribuiría a la sostenibilidad y viabilidad de la empresa. En concreto señala el auto que **«La prioridad absoluta es asegurar la salud de las personas, usuarios de las clínicas dentales IOA. Para ello, es necesario garantizar la continuidad de los servicios odontológicos prestados por las clínicas. Con este fin, se nombrará un administrador judicial de las empresas IOA y HEALTH, cesando en el mismo momento en que tome posesión a los actuales administradores. Esta medida permitirá asegurar la atención a los usuarios y la continuidad de los tratamientos y las actividades habituales de estas sociedades mercantiles y las clínicas IOA que gestionan. También contribuirá a salvaguardar los derechos de los trabajadores, y a proteger los derechos de los inversores que podían resultar afectados por las prácticas, sujetas a investigación, de los actuales gestores y administradores.»**⁴⁷⁴*

En este caso, a diferencia del anterior, se nos dan algunas pistas sobre qué grupo de personas se pueden incluir bajo el paraguas del concepto de acreedor. Además, aquí se señala, específicamente, al menos en relación con parte de los acreedores, qué derechos se ven en riesgo. A tal efecto se menciona el derecho a la salud de los usuarios. Se explica que es necesaria la intervención judicial para asegurar la viabilidad de la empresa y, en consecuencia, para poder seguir prestando los servicios. Podemos discutir si la salud de los usuarios y consumidores es lo que se puede proteger a través de esta medida, no obstante, sí que hay que destacar que se explica razonablemente bien la relación de la medida acordada y el derecho que se quiere proteger. Ahora bien, este buen ejercicio se realiza sólo en relación con una parte de lo que podrían constituir los acreedores. En relación con los trabajadores y los inversores simplemente se menciona de una manera genérica que la medida también les beneficiará a ellos.

Visto cómo se ha abordado en esta resolución la cuestión de los fines de la intervención judicial vamos a ver cómo la concreta⁴⁷⁵. En primer lugar, se decreta la administración judicial por seis meses, dejando abierta la posibilidad de que se prorrogue otros seis meses más. Se determina que la medida adoptada comprende la totalidad de la organización de las entidades IOA y HEALTH. Se señala que la

⁴⁷⁴ Vid. FJ 3º Auto de 19 de octubre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional.

⁴⁷⁵ Vid. FJ 6º y parte dispositiva del Auto de 19 de octubre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional.

administración judicial *«se desarrollará con las facultades de los administradores ordinarios»* pero que tendrán las limitaciones previstas en el artículo 632 de la LEC⁴⁷⁶. Se determina la obligación del administrador judicial de rendir cuentas al Juzgado de cualquier incidencia relativa a la gestión y también se señala la obligación de poner en conocimiento del órgano judicial *«todos aquellos elementos probatorios a los que tengan acceso con motivo del ejercicio de las funciones que se le encomienden»*. Se prevé la posibilidad de que el administrador acceda a todas las instalaciones y locales de las personas jurídicas administradas. Apartándose un poco del tenor literal del artículo 33.7 g) CP, también se señala la posibilidad de que se modifique o suspenda esta intervención, pero determinándose como único requisito necesario el informe del Ministerio Fiscal, sin hacer referencia al informe del interventor. Por último, se señala que cesarán los administradores que había hasta el momento y que el nombramiento de la nueva administración se inscribirá en *«los correspondientes registros públicos, bancos, entidades financieras y cualesquiera otros competentes con los cuales tenga relación las entidades afectadas»*. En cuanto a los plazos de los informes, simplemente se señala que la administración deberá emitir un primer informe sobre la situación de ambas entidades al mes de tomar posesión del cargo.

Varias observaciones debemos formular antes de tratar la cuestión de los honorarios. En primer lugar, aquí se nombra como administrador a una persona jurídica, en este caso Deloitte España. Aquí entramos ya en el terreno de una de las dudas que planteábamos al inicio: la de si el administrador o interventor debe ser una persona física o jurídica. No se podrían esgrimir argumentos en contra de esta opción. Como señalábamos en su momento, la redacción tan abierta del precepto admite cualquier opción que se plantee.

En segundo lugar, el único argumento que se ofrece para elegir esta persona jurídica en concreto es su experiencia previa en la administración judicial de las

⁴⁷⁶ Cfr. art 632 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil: *«Contenido del cargo de administrador. 1. Cuando sustituya a los administradores preexistentes y no se disponga otra cosa, los derechos, obligaciones, facultades y responsabilidades del administrador judicial serán los que correspondan con carácter ordinario a los sustituidos, pero necesitará autorización del Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución para enajenar o gravar participaciones en la empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia hubiere expresamente señalado el Letrado de la Administración de Justicia. 2. De existir interventores designados por los afectados, para la enajenación o gravamen, el administrador los convocará a una comparecencia, resolviendo el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. 3. Las resoluciones previstas en los dos números anteriores serán susceptibles de recurso directo de revisión ante el Tribunal que dictó la orden general de ejecución.»*

entidades del Grupo Vitaldent⁴⁷⁷. No queda más remedio que asumir que ello es así, dado que el auto no ofrece ningún dato en cuanto al tiempo que ha durado dicha administración, el resultado con el que se ha llevado a cabo, etc. En todo caso, con esta referencia se pone de manifiesto la necesidad de hacer una mínima alusión a las condiciones subjetivas de quién desempeña el cargo de administrador judicial. La escueta argumentación del Juzgado no nos parece suficiente. Igualmente se echa en falta alguna referencia al número de personas físicas que nombrará esta sociedad para que se lleve a cabo la administración y, sobre todo, la cualificación de las mismas. Sobre este extremo nada se dice en la resolución que ahora analizamos.

Más allá de estas reflexiones queremos poner de manifiesto una cuestión muy llamativa que se decreta en relación con los honorarios de la persona jurídica que llevará a cabo la administración judicial. Señala el fundamento jurídico 7º del auto⁴⁷⁸ comentado que acepta la propuesta realizada por ARES, recordemos que es la parte que ha solicitado la medida, de ser ella la que va a sufragar los honorarios de Deloitte España, es decir la de la administración judicial. Ya nos parece llamativo y poco acertado que una de las partes de un procedimiento penal tenga esa relación con la administración judicial hasta el punto de que es ella la que sufraga los honorarios. Con esta decisión se reafirma la necesidad de dar un estatuto claro a la administración judicial, es decir, determinar cuál es la naturaleza de este órgano y, sobre todo a quién representa.

Pero no suficientes con la situación antes señalada, el Juzgado permite a ARES financiar los costes operativos del IOA y HEALTH. Con esta previsión no sólo que hay una más que dudosa relación con la administración judicial, sino que, además, hace participe directo a una de las partes en esa administración. No hay que tener muchas

⁴⁷⁷ Vid. FJ 5º del Auto de 19 de octubre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional.

⁴⁷⁸ Vid. FJ 7º del Auto de 19 de octubre de 2018 del Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional, cuya reproducción consideramos imprescindible para ver la magnitud de lo que denunciarnos en el texto: «En relación con el importe de los honorarios de la administración judicial, se asumirá por ARES en la forma indicada en el epígrafe IV de su escrito número 27.994/18, de 16.10.

ARES y la administración judicial, una vez posesionada, deberán presentar a la mayor brevedad un escrito ante el Juzgado expresando su conformidad con esta previsión y ratificando haber llegado a un acuerdo sobre la cuestión retributiva.

Por su parte, se tienen por hechas las manifestaciones de ARES en el escrito indicado sobre su disposición de financiar los costes operativos necesarios del negocio de IOA y HEALTH. Una vez tome posesión la administración judicial, podrá alcanzar los acuerdos conducentes a materializar tal compromiso, realizando la oportuna propuesta al Juzgado a la mayor brevedad, todo ello en aras a garantizar la sostenibilidad y viabilidad de las empresas IOA y HEALTH.».

luces para afirmar que en el momento en que una sociedad como ARES, sufraga los honorarios de la administración judicial y, además, financia las sociedades intervenidas, reclamará determinadas facultades en relación con las actividades de estas sociedades. Estamos ante una situación muy anómala, que no se produce ni siquiera en un procedimiento concursal dónde los acreedores, aun teniendo el protagonismo absoluto, no pueden tener una relación tan estrecha con la administración o con la sociedad concursada.

Por lo tanto, aunque el auto que acabamos de comentar ha hecho un esfuerzo en concretar en qué debe consistir la intervención judicial, sobre todo creemos que ha hecho un pequeño avance en la concreción del concepto de acreedores. No obstante, consideramos que no se han gestionado bien las facultades que le confiere el CP en este punto. Es cierto que no hay regulación sobre los honorarios de la administración judicial pero tal falta de normativa no puede llevar a situaciones que ni siquiera en Derecho mercantil se dan.

En todo caso, el análisis de estas dos resoluciones judiciales es un ejemplo más de la vaga, imprecisa y poco útil que es la actual regulación prevista en el artículo 33.7 g) del CP.

Antes de dar por cerrado este punto resta por recoger aquí la posición de la Fiscalía General del Estado cuyas propuestas las encontramos en la Circular 1/2011⁴⁷⁹. A pesar de la multitud de dudas que plantea esta pena, la Fiscalía tampoco le ha dedicado una atención especial. En primer lugar, lo que viene a destacar este órgano es que hay una discordancia entre el *nomen iuris* que utiliza el CP, es decir, «*intervención judicial*» y el utilizado por la normativa procesal. Desde la reforma operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial se ha dejado subsistente en la normativa procesal la expresión «*administración judicial*». Esta reflexión de la Fiscalía General del Estado la podemos enlazar con uno de los interrogantes que planteábamos al inicio del estudio de esta pena y que versaba sobre la amplitud de esta medida en función de si la contemplábamos como intervención o administración judicial. Al menos desde el punto de vista de la Fiscalía parece que se trata de un problema de denominación y que en todo caso, como este propio órgano afirma, se debe entender en su sentido más amplio.

⁴⁷⁹ Vid. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, pp. 68-70.

Por esta misma razón al igual que ocurría en los autos analizados, considera la FGE que *«la norma en este punto es enormemente flexible y el contenido de la intervención puede ir desde la remoción y sustitución de los administradores hasta la mera supervisión de la actividad»*.

Aparte de lo mencionado, la FGE no ofrece muchas más pautas para interpretar el artículo 33.7 g). En relación con el presupuesto específico que debe cumplirse para imponer esta pena no se va más allá de su simple reproducción en la propia Circular a la que nos acabamos de referir.

En definitiva, una vez más, ni la jurisprudencia, por no existir, o por tratar muy superficialmente el tema, ni la propia Fiscalía General del Estado aportan suficientes ideas sobre cómo hay que aplicar la medida que cierra el catálogo de penas interdictivas previstas para el caso de las personas jurídicas.

3. Los fines y el contenido de la intervención judicial

Cuando esta medida sólo funcionaba como consecuencia accesoria del artículo 129 CP, sin estar, por aquel entonces, provista de esta prolífera, pero vaga regulación, se señalaba que el fin de la misma era proteger los derechos de *«terceros ajenos a la comisión de los hechos que pueden verse perjudicados en sus más legítimas expectativas, la pérdida del puesto de trabajo para los trabajadores y los derechos de crédito de los acreedores»*. ECHARRI CASI, el autor cuyas palabras citamos anteriormente, también señalaba la gran eficacia preventiva de la medida dado que *«supone un menor gravamen para los accionistas, y, además, puede conducir a que la empresa perciba sus deberes de vigilancia de forma mucho más intensiva que con la amenaza de multas, aunque estas fuesen muy elevadas, las cuales repercutían casi siempre en los accionistas»*⁴⁸⁰. Otros autores como GUARDIOLA LAGO, hacía un balance positivo al analizar las ventajas y desventajas de la medida, pero, en todo caso, ponía de manifiesto que esta consecuencia accesoria se alejaba de la orientación preventiva que establecía el artículo 129 CP⁴⁸¹.

⁴⁸⁰ ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones...op. cit.*, p. 98.

⁴⁸¹ GUARDIOLA LAGO M.ª J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 138 y ss.

No obstante, sabido es que, a pesar de este entusiasmo doctrinal en relación con la consecuencia accesoria, la medida nunca se ha aplicado, y muestra de ello es la falta no solo de jurisprudencia, sino también de algún procedimiento esporádico en relación con la misma, como sí pasa ahora que está contemplada por el Código Penal como pena y que hemos analizado líneas arriba. También observamos que en su configuración como consecuencia accesoria tampoco se tomó mucho en consideración, a pesar de su previsión expresa, la cuestión de si entre los fines se encontraba la necesidad de prevenir la continuidad delictiva o no.

Hoy por hoy entre las reflexiones doctrinales hay un cierto debate sobre si la finalidad de la pena de intervención judicial es exclusivamente la de la salvaguarda de los derechos de los trabajadores o acreedores o, por el contrario, tiene que observarse, además, la necesidad de prevenir la continuidad delictiva y sus efectos.

Autores como ZUGALDÍA ESPINAR⁴⁸² o FARALDO CABANA consideran que a la hora de analizar la finalidad de esta pena encontramos tanto la necesidad de prevenir la continuidad delictiva y sus efectos como la salvaguarda de los derechos de los trabajadores o acreedores. Hay que destacar que FARALDO CABANA es muy clara en este punto al señalar que *«no debe olvidarse que también es aplicable a esta pena lo dispuesto en el CP art. 66 bis 1ª, según el cual para decidir la imposición y la extinción de las penas, incluida la intervención, habrá de tenerse en cuenta su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, sus consecuencias económicas y sociales, y, especialmente los efectos para los trabajadores, y el puesto, que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Por lo tanto, la salvaguarda de los derechos de trabajadores y acreedores es un criterio más, entre otros, que ha de valorar el juez o tribunal a la hora de decidir sobre su imposición»*⁴⁸³.

En cambio, hay autores que contemplan como única finalidad de esta pena: la ya tan repetida salvaguarda de los derechos de los trabajadores y acreedores. Considera

⁴⁸² ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal...*, op. cit., p. 130 «Por último, el art. 33, 7, g) CP prevé la sanción de intervención judicial por un plazo de hasta cinco años. El presupuesto específico de esta pena es la necesidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Así pues, si lo que resulta prioritario es poner in a la continuidad delictiva estando estos intereses sociales en riesgo, se deberá optar en primer término por la intervención y no por la disolución o la suspensión de actividades.». Aquí observamos que contempla las dos finalidades que deben estar presentes a la hora de imponer esta pena.

⁴⁸³ FARALDO CABANA, P., «Las penas», op. cit., p.148.

BACIGALUPO SAGGESE que la pena de intervención requiere para su imposición únicamente la observancia de esta finalidad, considerando que se aleja en cuanto a los fines de los criterios generales⁴⁸⁴. Por su parte, BAUCELLS LLADÓS también considera que la intervención judicial tiene un fin distinto a las demás penas⁴⁸⁵.

Parte de la doctrina procesalista⁴⁸⁶, sobre todo, en el terreno de las medidas cautelares, indica que esta medida tiene por objetivo el aseguramiento del patrimonio con el objetivo de que se satisfagan en su momento las correspondientes responsabilidades civiles. No obstante, en este caso sí que se considera que también rige la finalidad relativa a la necesidad de evitar la continuidad delictiva. Así, VELASCO NÚÑEZ estima que la intervención judicial, como medida cautelar, tiene por objetivo, en primer lugar, asegurar la pena, limitando la libertad de obrar del infractor y la posibilidad de destruir las pruebas y, en segundo lugar, asegurar la responsabilidad civil⁴⁸⁷. Por su parte MALLANDRICH MIRET, que también considera que la intervención judicial tiene por objetivo evitar la continuidad delictiva, concreta algo más los colectivos cuyos derechos deben protegerse. En relación con el grupo de acreedores, entiende la autora que entre los mismos no debe computarse sólo los que ella denomina acreedores empresariales sino también a las propias víctimas cuyo derecho a ser resarcidas se debe garantizar. En cuanto al grupo de trabajadores considera que la

⁴⁸⁴ BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios ...» *op. cit.*, p. 11 « Por último, cabe subrayar que esta pena requiere para su adopción la concurrencia de una finalidad particular, diferente de la establecida con carácter general: este supuesto parece que sólo cabe imponerse cuando su finalidad sea la salvaguarda de los derechos de los trabajadores —como ya se contemplaba en su carácter de consecuencia accesoria en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 (art. 138.2) y en los Proyectos de Código Penal de 1994 y 1995— o salvaguardar los derechos de los acreedores.»

⁴⁸⁵ BAUCELLS LLADÓS, J. «Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, p. 215 «Es decir, la imposición y extensión de esta pena se justifica exclusivamente para evitar perjuicios a terceros no responsables del delito con lo que se aparta de los fines propios de las restantes penas, situados en la prevención de la continuidad de la actividad delictiva.»

⁴⁸⁶ Ver, entre otros, ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. y ETXEBERRÍA BEREZIARTUA, E., «Medidas cautelares y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) y MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 705-740.

⁴⁸⁷ VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares...», p. 8 «De ellos se desprende que la finalidad de la intervención judicial es mixta civil y penal, y consiste en: [...] Asegurar la pena (art. 66 bis CP (LA LEY 3996/1995)) evitando la continuidad de la actividad delictiva, limitando la libertad de obrar del infractor, si es el mismo, neutralizando a la vez la destrucción de pruebas, y en definitiva, el incremento del mal que cause la acción delictiva. Como también la responsabilidad civil —derechos de acreedores y trabajadores—, evitando el vaciamiento patrimonial, garantizando la reposición de la situación al momento previo a la acción delictiva.»

protección a los mismos se confiere precisamente, a través de una buena gestión de la empresa intervenida de tal manera que se conservarán sus puestos de trabajo⁴⁸⁸.

Si en relación con la finalidad de esta medida vimos que hay bastante discusión, en cuanto al contenido de la misma hay algo más de acuerdo, coincidiendo la mayoría de la doctrina en una concepción amplia, en el sentido de que esta medida puede suponer desde una simple vigilancia hasta la remoción o sustitución de los administradores de la persona jurídica. No obstante, lo expuesto, las diferencias las encontramos en las instituciones con las que se quiere comparar esta medida y que, en mayor o menor medida, condicionan el contenido de la pena.

Así, ROCA AGAPITO considera que esta pena se asemeja con las previstas en el artículo 48 CP, que recordemos establece determinadas penas para las personas físicas como la privación del derecho a residir en determinados lugares, la prohibición de aproximarse a la víctima o comunicarse con ella, en el sentido de que la medida de intervención judicial no constituye una sanción para la persona jurídica sino más bien una garantía para las personas que menciona el precepto⁴⁸⁹.

En cambio, otros autores, como FEIJOO SÁNCHEZ consideran que con esta pena se impone de manera obligada una especie de encargado de cumplimiento de la legalidad pero que no está sometido a la administración de la persona jurídica sino, obviamente al órgano judicial. Considera el citado autor que esta pena se puede comparar con la «*libertad vigilada*» prevista en la ley de responsabilidad penal de menor, dado que mientras «*allí se impone un educador, aquí se impone una persona encargada de velar por el cumplimiento de la legalidad debido a los déficits detectados*

⁴⁸⁸ MALLANDRICH MIRET, N., «Las medidas cautelares en el proceso penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019, p. 15: « Más difícilmente puede predicarse tal finalidad de la medida de intervención judicial que está preordenada, según el propio texto legal, a “salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores...” (art. 33.7.g) CP)32, entendidos, en mi opinión, no sólo en el sentido de incluir tanto a los acreedores empresariales, esto es, aquéllos que ostentan un crédito frente la empresa como consecuencia de sus relaciones comerciales y empresariales con la misma, y por lo tanto, derivadas de la actividad lícita de la misma, sino también podrá servir para garantizar el derecho de las víctimas a ser resarcidas en cuanto acreedores potenciales de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del delito. El control de la gestión interna de la empresa también contribuirá a que se realice una correcta gestión económica de la empresa, impidiendo que la misma pueda ser llevada a una situación de insolvencia, que perjudicaría tanto a trabajadores, como acreedores empresariales como al derecho de resarcimiento de las víctimas.».

⁴⁸⁹ ROCA AGAPITO, L., «Sanciones penales...», *op. cit.*, pp. 399-400.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

en la persona jurídica»⁴⁹⁰. No obstante, a pesar de estas reflexiones considera el autor que, con el presupuesto específico de la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y acreedores, el potencial de la medida se ha limitado mucho no pudiéndose proceder a una intervención positiva a modo de resocialización o reeducación mediante el control de la implementación de programas de cumplimiento o medidas de organización y gestión para prevenir y descubrir delitos⁴⁹¹.

En nuestra opinión, para la aplicación de la intervención judicial, en base a la regulación conjunta de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, deben concurrir las dos finalidades, es decir se debe perseguir, a la vez, la evitación de la continuidad delictiva y de sus efectos, así como la salvaguarda de los derechos de los trabajadores o los acreedores. En cuanto al contenido, como veremos en las siguientes líneas, este puede variar en función de cuál es la situación o la circunstancia concreta sobre la cual descansa el presupuesto específico de la intervención judicial.

4. La imposibilidad de encontrar la justificación del presupuesto específico de la intervención judicial.

La intervención se debe fundamentar, en primer lugar, en la apreciación de la necesidad de evitar la continuidad de la actividad delictiva. Esta necesidad se fundamenta, a su vez, en la constatación de que se ha cometido un delito en el seno de la empresa o de la persona jurídica. Además, se deben observar los demás requisitos del artículo 66 bis CP y, por lo tanto, antes de que se imponga esta pena se deben tener en cuenta las consecuencias económicas y sociales y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Hasta aquí las cosas parecen claras y, más allá de los problemas interpretativos del propio artículo 66 bis CP puestos de manifiesto en su momento, no hay nada que objetar.

Ahora hay que reflexionar sobre el segundo presupuesto que debe apreciarse para que se pueda imponer la intervención judicial y que es el de la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y acreedores. Dejando de lado el hecho de que sería oportuno que en un futuro se ofreciera alguna concreción y aclaración más en relación

⁴⁹⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las consecuencias...», *op. cit.*, p.290.

⁴⁹¹ No obstante, hay autores que sí consideran que es posible obligar a la implementación de estos programas de prevención de delitos. *Vid.* BAUCCELLS LLADÓS, J. «Las penas ...», *op. cit.*, p. 215.

con estos colectivos y sus derechos, lo primero que debemos preguntar es ¿cómo se aprecia este presupuesto? o, dicho de otra manera, ¿cuándo entendemos que este presupuesto se ha cumplido?

Si el precepto exige la salvaguarda, es decir, la protección de los derechos de los trabajadores y acreedores para la apreciación de la concurrencia del presupuesto específico debemos encontrar aquello frente a qué o de qué debemos proteger los mencionados derechos de estos colectivos. En las líneas que siguen vamos a reflexionar, o casi podríamos decir, especular con varias opciones o hipótesis. Decimos especular, dado que, como hemos advertido al inicio del estudio de esta pena, la indeterminación que caracteriza al apartado g) del artículo 33.7 CP nos priva de argumentos sólidos para contemplar y defender con rigurosidad una hipótesis determinada.

Dicho esto, tenemos que señalar que también para el caso del presupuesto específico tenemos que partir de nuevo desde la contemplación del delito cometido en el seno de la persona jurídica y por el que ha sido condenada. El delito cometido tiene que ser necesariamente el punto de partida, dado que el presupuesto específico no encontraría legitimación alguna si no fuera así. No existiría nada que motivara o habilitara a proceder a la protección o la salvaguarda de los trabajadores o acreedores. Puntualizado este primer aspecto, puede que bastante obvio, procedemos a exponer las distintas opciones que se puede plantear.

La primera opción sería considerar que la intervención judicial y, en concreto, este presupuesto específico se aprecia porque los derechos de los trabajadores y acreedores se ven en peligro, debido a los efectos económicos que se pueden derivar para la persona jurídica de la condena por el delito que se ha cometido en su seno. Es decir, aquí nos preguntamos si lo que se necesitaría para la apreciación de este presupuesto específico es que la persona jurídica se vea económicamente afectada por el hecho de tener que hacer frente a una multa, a las responsabilidades civiles o a una pena interdictiva que incidieran directamente en su capacidad económica. Ante esta situación, la medida se justificaría por una intervención o gestión directa que asegure la viabilidad de la persona jurídica y de esta manera se conseguiría no destruir puestos de trabajo de la propia empresa o evitar incumplimientos de las obligaciones que se mantienen con los acreedores.

Esta opción sería cuanto menos exagerada, dado que obligaríamos a la Administración de justicia a intervenir en base a un hipotético riesgo de que la empresa vaya económicamente mal. Pero es que, además, esta situación, la de que la condena tenga estos efectos económicos tan devastadores es bastante improbable por las siguientes razones: Por un lado, antes de que se imponga la pena de multa ya se habrá tenido en cuenta la capacidad económica de la empresa o de la persona jurídica a la que se le impone. Por otro, si estos efectos derivan de la imposición de una pena interdictiva, se habrán tenido en cuenta las consecuencias económicas y sociales. Por lo tanto, este primer intento de determinar cuándo se apreciaría el presupuesto específico de la intervención judicial creo que no tiene visos de prosperar. Esta conclusión hace innecesaria cualquier reflexión acerca de cómo se debería actuar sobre el elemento o la circunstancia que pone en riesgo los derechos de los trabajadores y acreedores.

Una segunda opción, puede que algo más realista es entender, al igual que lo han hecho otros autores cuyas posiciones hemos expuesto líneas más arriba, que lo que se pretende asegurar es el patrimonio de la empresa o de la persona jurídica, de tal manera que se garantice en la medida de lo posible la posibilidad de hacer frente a la responsabilidad civil. En este caso el presupuesto específico de la intervención se apreciaría siempre y cuando haya una indemnización que la persona jurídica tenga que satisfacer. En esta hipótesis también nos acogeríamos a la posibilidad de entender el concepto de acreedores en el sentido de que también comprende a las víctimas o perjudicados. Esto es, entender por acreedor también a la víctima del delito que tiene derecho a una indemnización⁴⁹². Aquí parecería que el legislador tiene miedo a un posible incumplimiento del pago o satisfacción de las correspondientes indemnizaciones por parte de la persona jurídica condenada. En este caso se ofrecería una garantía más a la víctima.

Ahora bien, en relación con esta segunda opción surge un primer inconveniente: los trabajadores nunca gozarán de esta pretendida protección puesto que con la regulación actual no estarán ante la tesitura de exigir responsabilidad civil por el delito a la persona jurídica habida cuenta que, sabido es, no se le puede hacer responsable por ningún delito contra los trabajadores. Pero más allá de esta inoperatividad del propio sistema de penas de las personas jurídicas, nos preguntamos, ahora sólo en relación con

⁴⁹² Propuesta ya expuesta líneas arriba y que pertenece a MALLANDRICH MIRET, N., «Las medidas cautelares...», *op. cit.*, p. 5.

los acreedores (sean estos entendidos en sentido estricto o entendidos también como víctimas) si no es suficiente garantía la propia condena de la persona jurídica o los demás mecanismos jurídicos existentes para exigir el cumplimiento de la misma. En todo caso, si esta hipótesis fuera la interpretación aceptada, la intervención judicial se resumiría a la simple gestión económica que sólo tendría sentido hasta el momento en el que se cumpliera con el pago de todas las responsabilidades e indemnizaciones.

Una tercera y, por nuestra parte, última opción sería entender que la intervención judicial encuentra el fundamento de su presupuesto específico no en los efectos presentes del delito cometido en seno de la persona jurídica, sino en futuras posibles actuaciones de ésta. Es decir, en base al delito cometido se justificaría una necesidad de intervenir a la empresa para que en un futuro no se vean vulnerados nuevamente los derechos de los trabajadores y acreedores. Esta opción, en función de la amplitud que demos al concepto de acreedor puede verse más o menos limitada en cuanto a los supuestos a los que se puede aplicar.

Si lo que nos preocupa para poder apreciar el presupuesto específico de la intervención judicial es que en un futuro no se vuelvan a vulnerar los derechos de los trabajadores y acreedores, necesariamente, el delito por el que ha sido condenada la persona jurídica debe tener como perjudicado a un trabajador o a un acreedor (ahora mismo nos referimos al concepto de acreedor en el sentido estricto, es decir en el sentido civil o mercantil). Aquí nuevamente los trabajadores quedan fuera del sistema debido a la misma razón apuntada líneas arriba: a la persona jurídica, hoy por hoy, no se le puede condenar por ningún delito contra los trabajadores.

Entonces contemplamos en esta hipótesis sólo al grupo constituido por los acreedores. Aquí nos remitimos a la reflexión antes apuntada sobre el hecho de que en función de la amplitud que demos al concepto de acreedor estaremos ante un ámbito más amplio o restringido de la medida. Si consideramos que el precepto hace referencia a un concepto estricto de acreedor, el presupuesto específico sólo se podría apreciar en dos casos: cuando se cometiera en el seno de la persona jurídica un delito de frustración de la ejecución o cuando se diera el caso previsto en el artículo 282 bis, que forma parte de los delitos relativos al mercado y a los consumidores. Observamos que esta opción sería muy restringida.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Otra posibilidad dentro de esta hipótesis es entender que el concepto de acreedores comprende a las víctimas. Con esta opción se ampliaría mucho el ámbito de aplicación de esta pena. Es decir, se podría apreciar el presupuesto específico de la intervención judicial en todos aquellos delitos que tengan un perjudicado o una víctima directa, como, por ejemplo, trata de seres humanos o incluso los delitos contra la Hacienda Pública. Pero quedarían fuera aquellos delitos que no tienen un perjudicado concreto. La mayoría de los casos que quedarían fuera serían delitos contra bienes jurídicos colectivos como, por ejemplo, el tráfico de drogas o los delitos medio ambientales.

Con independencia de cuál de las dos posibilidades que plantea esta hipótesis se considera más acertada, lo cierto es que, en este caso, el contenido de la intervención judicial puede ir ligado a la adopción de medidas de prevención de los delitos que cumplan con las características anteriormente mencionadas. Sólo podría obligarse a la persona jurídica a adoptar medidas de prevención en relación con el concreto tipo de delitos que hemos mencionado antes, debido a que sólo esos delitos tienen relación con los derechos de los acreedores y por lo tanto son los que podrían justificar la aplicación de la intervención judicial.

Ahora bien, las tres hipótesis que hemos planteado, que bien podría ser una sola dado que nada impide optar por considerar que las tres situaciones puedan constituir las circunstancias en base a las cuales justificar el presupuesto de la intervención judicial, no encuentran un argumento sólido en el que anclarse. Con estas reflexiones, o si se quiere, especulaciones queremos poner de manifiesto que, en la práctica, debido a la falta de regulación de un elemento imprescindible, será muy difícil argumentar o motivar de una manera rigurosa la apreciación del presupuesto específico de la intervención judicial.

En definitiva, la indeterminación de la causa o circunstancia que sirve de base al presupuesto específico de la intervención judicial y que, es la salvaguarda de los trabajadores y acreedores, echa por tierra todo el sistema creado en torno a esta pena. Todo ello, sin perjuicio de los demás aspectos relacionados con esta pena que gozan de tan malas construcciones como el presupuesto específico mismo.

5. Modificación y suspensión de la pena

Como advertíamos líneas más arriba, otros aspectos del sistema construido en torno a esta pena gozan de tan pocas y desacertadas referencias legales como el propio presupuesto específico de la medida de intervención judicial. Entre dichos aspectos encontramos la posibilidad de modificación y suspensión de la pena, circunstancia, como es sabido, exclusiva de la intervención judicial. Sobre este aspecto, la única referencia legal existente determina que para que se proceda a la modificación o suspensión de esta pena es necesario el previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. A partir de este punto el intérprete debe resolver muchas de las dudas que surgen aplicando la lógica jurídica, aunque esta se muestra insuficiente al no estar estas instituciones reguladas.

En primer lugar, vamos a someter al análisis la modificación de esta pena. Se debe puntualizar, antes de nada, que la modificación sólo puede ir referida al contenido y no al plazo, dado que esto nos llevaría a una situación de imposición de una pena indeterminada, ya no sólo desde un punto de vista del contenido, que lo es, sino desde un punto de vista del plazo de la misma. Otra observación que se debe hacer es que entendemos que la modificación sólo puede suponer una rebaja de la intensidad de la intervención judicial. Es decir, la modificación debe suponer pasar a un régimen más laxo, en ningún caso puede suponer una agravación con respecto a lo que se estableció en un primer momento en la sentencia condenatoria⁴⁹³. Aunque en relación con esta relajación de los términos en los que se aplica la intervención judicial, se tiene que afinar muy bien para que no se produzca una frustración de la condena, es decir, que al final lo previsto en la sentencia quede vacío de contenido.

Aclarada la cuestión relativa al sentido en el que puede ir la modificación, hay que preguntarse por las causas que la pueden motivar. Señala LEÓN ALAPONT que se podrá proceder a la modificación de la intervención judicial cuando «*se hayan alterado los presupuestos que dieron lugar a su adopción*»⁴⁹⁴. No obstante, aunque el autor

⁴⁹³ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Sobre la ejecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. (Dir.) y NEIRA PENA, A.M. (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 333-374.

⁴⁹⁴ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op. cit.*, p. 414.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

citado sí tiene muy claro cuáles son estos presupuestos⁴⁹⁵, a nuestro juicio, tal cómo hemos puesto de manifiesto, no son tan fácilmente determinables.

Otra pregunta que surge en relación con la modificación es si ésta se puede hacer varias veces, tanto en sentido de ir relajando cada vez más el contenido, como en el sentido de si se puede volver al régimen inicial previsto en la sentencia. Pongamos por caso que, en relación con la pena de intervención impuesta a una determinada empresa, se ha procedido a una modificación que implica que pasa de estar privada de las facultades de gestión a estar simplemente sometida a una vigilancia mediante informes periódicos que debe emitir y a algunas inspecciones esporádicas por parte del interventor. ¿Se puede retroceder al régimen inicial en el caso de que haya alguna razón que ello lo motive? A priori, mientras dure el tiempo de la condena y siempre que no se agrave la intervención con respecto al régimen inicial se podría sostener que se puede proceder a varias modificaciones de este tipo.

Por último, en relación con la modificación de la intervención judicial, cabe preguntarse si el cambio de régimen se puede solicitar por la propia persona jurídica. Se podría sostener que sí dado que, será ella la que pueda poner de manifiesto de una manera mucho más concreta y motivada las circunstancias que podrían aconsejar un cambio en el contenido de la pena. En todo caso, la facultad última de proceder a la modificación, como no podía ser de otra manera, es del juez o tribunal. En todo caso, como ocurre en muchos de los aspectos relacionados con la responsabilidad penal de las personas jurídicas no tenemos ninguna referencia procesal que nos indique cómo se debe articular todo el proceso de modificación de la pena.

Por lo que respecta a la suspensión de esta pena, encontramos tantas o más incertidumbres que en el caso de la modificación. En cuanto a las causas que podrían justificar esta suspensión nuevamente nos encontramos con el problema de no saber qué circunstancias podrían motivar proceder a este cambio de la ejecución de la pena. En todo caso, consideramos que debe tratarse de una circunstancia más poderosa o importante que la que da lugar a la modificación del contenido de la intervención

⁴⁹⁵ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op. cit.*, p. 412 «Así, por ejemplo, cabe entender que ésta se acordará en casos en los que de la condena del partido pueda derivarse una situación de impago de salarios a trabajadores o de las deudas contraídas con empresas que presten servicios para el partido o, para garantizar el cobro de los créditos bancarios, etc. En definitiva, se trata de evitar que el partido lleve a cabo cualquier actuación que ponga en peligro los derechos de aquéllos.»

judicial, en relación con la cual pusimos de manifiesto que se debía afinar bien para no convertir la sentencia en papel mojado. Ahora bien, ¿cuál puede ser esta circunstancia? La respuesta se antoja muy difícil debido, una vez más, a que consideramos que con la regulación actual no es posible encontrar la base sobre la que se apoya el presupuesto específico de esta pena.

No obstante, algún autor como LEÓN ALAPONT señala que estas causas motivadoras de la suspensión se podrían apreciar cuando: se consiguieran los objetivos marcados⁴⁹⁶; cuando «*la intervención estuviera abocada al fracaso porque, por ejemplo, la persona jurídica no es económicamente viable, en cuyos casos cabría instar el concurso de acreedores (que puede concluir en una disolución)*»⁴⁹⁷. En relación con este último aspecto habría que señalar que el concurso de acreedores no siempre es sinónimo de disolución de la empresa, sino que, en bastantes ocasiones, es la oportunidad de que el ente en cuestión consiga ser reflatado desde un punto de vista económico.

Es más, una concurrencia en la misma empresa de un concurso de acreedores y de una pena de intervención judicial, más allá de los problemas procesales que puedan surgir, puede poner de manifiesto la buena simbiosis que puede haber entre las dos figuras. Por un lado, la labor para la consecución de los fines de la intervención judicial (salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores) se podría ver reforzada por el hecho de que el concurso de acreedores tiene muy claro cómo actuar en relación tanto con los trabajadores a los que se les asegura el pago de los salarios gracias a lo que se denomina créditos contra la masa⁴⁹⁸ como, obviamente, con los acreedores, cuyo pago

⁴⁹⁶ Aquí reiteramos la crítica que hacíamos cuando analizábamos la modificación dado que si no tenemos claros aquello que justifica el presupuesto específico de la pena de intervención tampoco vamos a tener claro cuál es el contenido de esta pena.

⁴⁹⁷ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op. cit.*, p. 414.

⁴⁹⁸ Cfr. art. 84 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal «**Artículo 84. Créditos concursales y créditos contra la masa. 1. Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa. 2. Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 1.º Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. [...]**». Ver también definición ofrecida por el Diccionario del español jurídico: «**Merc. Crédito que no integra la masa pasiva del concurso y que tiene carácter prededucible, de modo que la Administración concursal ha de satisfacerlo deduciendo de la masa activa los bienes y derechos necesarios para hacerlo. Son, por ejemplo, los derechos de créditos por salarios, costas y gastos judiciales necesarios para la declaración del concurso; costas y gastos ocasionados en los juicios celebrados en interés de la masa; alimentos del deudor y de las demás personas respecto de las cuales tuviere el deber legal de presentarlos; generales por el ejercicio de las actividad profesional y empresarial; etc.**».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

se hace de manera ordenada. Pero, a su vez, el éxito del concurso de acreedores, entendido éste en el sentido de que la empresa concursada consigue llegar a una situación económicamente viable se puede asegurar gracias a la presencia de una pena como la intervención judicial. Por ejemplo, ante la tesitura de que se apruebe el llamado convenio de acreedores⁴⁹⁹, éstos estarán más predispuestos a aceptar el plan de pagos si tienen una garantía adicional como es la intervención judicial. Por lo tanto, consideramos que las causas de suspensión apuntadas antes no necesariamente deben darse.

Aunque la cuestión de las causas de suspensión queda abierta, como muchas otras cuestiones relacionadas con esta pena, nada impide exponer otros interrogantes que se plantean en relación con la suspensión y que tampoco tienen una fácil respuesta.

En primer lugar, al determinar el artículo 33.7 g) que la suspensión se puede hacer en cualquier momento nos preguntamos si es posible que la misma se pueda decretar desde el momento en el que se dicta la sentencia. Si seguimos el tenor literal del precepto nada impide proceder a la suspensión desde el momento en el que se dicta la sentencia. Por otro lado, en ocasiones, la simple amenaza de la aplicación de intervención judicial en cualquier momento puede servir para que haya un cambio positivo en la empresa o persona jurídica condenada. No obstante, lo dicho, y en coherencia con lo sostenido hasta el momento, creemos que no se debería decretar la suspensión de manera tan prematura, sino que lo adecuado sería pasar primero por una modificación y finalmente acabar en la suspensión. Es decir, a medida que la empresa va evolucionando positivamente, se vayan dando cada vez más pasos en la rebaja de la intensidad con la que se ha intervenido. En esta graduación, el contenido inicial de la intervención judicial previsto en la sentencia condenatoria es el punto más grave e incisivo, mientras que la suspensión es el punto más laxo salvando, claro está, el momento en el que se da por cumplida la condena.

⁴⁹⁹ Cfr. arts. 99 y ss. de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Ver también definición ofrecida por el Diccionario del español jurídico «*Merc. Negocio jurídico celebrado entre el concursado y la colectividad de sus acreedores que tiene por objeto la **satisfacción de los créditos de los acreedores**, estableciéndose a este efecto la reducción y aplazamiento de los pagos o ambos conjuntamente. El convenio ha de ser aprobado judicialmente y ha de tener en cuenta los límites establecidos en las leyes y la satisfacción de la finalidad principal del convenio, que es la conservación de la actividad empresarial o profesional del concursado y la de los puestos de trabajo vinculados a la misma.*».

Otro aspecto que se debería dilucidar es si durante la suspensión es posible que se impongan algunas «*reglas de conducta*». Creemos que no, dado que por muy escuetas que fuesen estas reglas no habría manera de diferenciar la suspensión de la propia modificación de la intervención judicial. Es decir, consideramos que la suspensión, sólo se puede entender en el sentido del levantamiento de todas las obligaciones y la suspensión de cualquier facultad que pudiera tener el interventor. De lo contrario, consideramos que no se podría hablar en términos estrictos de una suspensión, sino, como hemos apuntado, de una modificación del contenido de la pena.

Una última reflexión se debe hacer en relación con la revocación de esta suspensión. Es decir, nos preguntamos lo siguiente: ¿es posible revocar esta suspensión? ¿si se produce la revocación antes del cumplimiento total de condena cómo se computa el tiempo de la suspensión? La lógica jurídica nos dice que no habría problemas en proceder a tal revocación si las circunstancias lo aconsejan. En cuanto al tiempo que ha durado la suspensión consideramos que no debería computarse a efectos de cumplimiento de la pena, sino que el cómputo del mismo se debe reanudar desde el momento en el que se ha decretado dicha suspensión. Y aunque puede ser discutible, consideramos que ello debe ser así dado que, de lo contrario, se produciría un agravio comparativo para las personas físicas cuyo régimen de suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad, en caso de que se revoque, prevé que se reanude el cumplimiento que durará por el tiempo que restaba cuando se había decretado la suspensión. En definitiva, consideramos que, tampoco en el caso de las personas jurídicas, el tiempo de la suspensión debe computar como tiempo de cumplimiento de la condena.

Con todas estas reflexiones se ha puesto en evidencia, una vez más, que el legislador ha dejado su tarea a medias, dado que ha omitido la regulación de muchos aspectos relevantes necesarios para aplicar en su totalidad el sistema diseñado en torno a esta pena.

6. La figura del interventor y la imposibilidad de regular sus facultades vía reglamento.

Ya pusimos de manifiesto al inicio del estudio de esta pena, el hecho de que la regulación en torno a la figura del interventor, elemento clave de todo el sistema de

aplicación de esta medida, se concentra en apenas tres referencias legales. La primera de ellas es la que determina que el juez, en la propia sentencia o, posteriormente, en auto «*determinará exactamente el contenido de la intervención*» y determinará quién se hará cargo de la misma y en qué plazo deberá emitir los correspondientes informes. La segunda referencia, que viene a completar la anterior es que el interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y a recibir cuanta información necesite para el ejercicio de sus funciones. Y la última referencia legal habilita a un posterior reglamento en el que se deberán determinar los aspectos relacionados con el ejercicio de estas funciones del interventor como pudiera ser la retribución o la cualificación necesaria. Por lo tanto, hoy por hoy, y máxime cuando una década después de entrar en vigor el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha aprobado el reglamento al que hace referencia el artículo 33.7 g) CP, todo lo relacionado con la figura del interventor queda en manos del juez o tribunal.

Ante esta escueta regulación, las posiciones doctrinales han reaccionado de distintas maneras desde diferentes perspectivas. Así, FEIJOO SÁNCHEZ considera que no es posible aplicar esta pena hasta que no se apruebe el reglamento dado que en base al artículo 3 del CP no se podrá ejecutar pena ni medida de seguridad si no es conforme a lo prescrito en la Ley y en los reglamentos que la desarrollan⁵⁰⁰. Otros, en cambio, como LEÓN ALAPONT se centran más en señalar que en el futuro reglamento no puede omitirse la regulación de aspectos como, por ejemplo, las causas de recusación, abstención, destitución⁵⁰¹. La casi nula regulación ha llevado a ECHARRI CASI, en primer lugar, en relación con la consecuencia jurídica⁵⁰², y, posteriormente a ROCA AGAPITO en relación con la actual pena⁵⁰³, a denominar esta medida como «*pena en blanco*». Por último, mencionar que también se ha introducido en el debate la posibilidad de que el reglamento al que se remite el artículo 33.7 g) pueda resultar inconstitucional. Así lo ha hecho DÍEZ RIPOLLÉS que señala que todas las vaguedades de la regulación de la intervención judicial deberán resolverse a través «*de la inusual, y constitucionalmente objetable, remisión al reglamento por elaborar, aprovechando que en él se ha de*

⁵⁰⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las consecuencias...», *op. cit.*, p.291: «*Si la ley se remite al reglamento de desarrollo para ciertos aspectos de la ejecución de la pena y éste no se ha aprobado, la única conclusión respetuosa con el principio de legalidad es que no puede ejecutarse la pena. Por otro lado, siendo obligatorio que el Tribunal determine quién va a ser el interventor, es imposible hacerlo mientras el reglamento no establezca los requisitos para desempeñar tal función.*».

⁵⁰¹ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op. cit.*, p. 414.

⁵⁰² ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones...op. cit.*, p. 100.

⁵⁰³ ROCA AGAPITO, L., «Sanciones penales...», *op. cit.*, p. 401.

*determinar el ejercicio de la función del interventor»*⁵⁰⁴. No obstante, el citado autor no profundiza en cuáles serían las razones de dicha inconstitucionalidad. Además, queremos apuntar que la idea de aprovechar el reglamento para resolver muchos de los aspectos indeterminados de esta pena no nos parece una opción acertada por las razones que expondremos unas líneas más adelante.

La figura del interventor y, sobre todo, sus facultades constituyen la pieza clave para esta pena, dado que lo que puede hacer y lo que no, en la empresa intervenida, es expresión última, del propio contenido de la pena. De ahí también la preocupación de la doctrina por intentar poner cierto orden en la regulación abundante, pero en el fondo muy titubeante de esta pena. El legislador se ha limitado a dejar en manos del juez lo más esencial de la pena, que son las facultades de quién debe llevar a cabo de manera efectiva la intervención. Ante esta situación es necesario preguntarse si es admisible este nivel de arbitrio judicial. No obstante, la pregunta debería plantearse, no desde el punto de vista de las facultades del juez, órgano del que no dudamos de que haría un uso racional de sus poderes, sino desde el punto de vista de la indeterminación de la pena. ¿Es admisible que un sujeto, aunque sea persona jurídica, se enfrente a tal nivel de indeterminación de la pena? ¿Acaso para las personas jurídicas ya no rige el mandato de determinación de la pena? Ya no en pro de la persona jurídica sino en el de los principios básicos del Derecho Penal ¿no deberíamos cuestionar esta indeterminación?

A los anteriores interrogantes mi respuesta es que sí se debe criticar y, además, enérgicamente, esta indeterminación. Es cierto que la pena de intervención judicial, en cuanto a su duración, tiene límites que le vienen por aplicación del artículo 66 bis. No obstante, el contenido, indeterminado legalmente, puede llegar a ser tan amplio que, claramente y sin mayores justificaciones se puede afirmar que la garantía del principio de legalidad que se concentra, entre otras exigencias, en la de *lex stricta* ha saltado por los aires. Es cierto que nos vemos obligados a trabajar una nueva vía de punición extraña a nuestra tradición jurídica, pero esto no implica que estemos legitimados, ni legislador, ni doctrina para apartarnos de nuestro sistema de esta manera. En definitiva, lo que no puede esperar el legislador es que el contenido de esta pena se vaya aclarando e integrando con una especie de antecedente jurisprudencial.

⁵⁰⁴ DIÉZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas...», *op. cit.*, p. 53.

Aclarada la posición adoptada resta ver qué soluciones se pueden ofrecer para remediar esta indeterminación. Planteamos dos opciones: o bien que, a través del reglamento, al que se remite el artículo 33.7 g), se resuelvan todas las cuestiones referidas al interventor judicial como proponía DÍEZ RIPOLLÉS, o bien exigir una nueva regulación de esta figura donde el legislador concrete estas facultades del interventor y, en definitiva, el contenido de esta pena.

En mi opinión, utilizar la habilitación reglamentaria que hoy por hoy contiene el artículo 33.7 g) para regular las facultades del interventor iría en contra del principio de reserva de ley en materia penal⁵⁰⁵. Lo primero que se podría objetar es que en materia de ejecución el principio de reserva de ley no es tan exigente y se puede entender la ley en un sentido más amplio⁵⁰⁶ y muestra de ello es precisamente la nada desdeñable cantidad de reglamentos en materia penal⁵⁰⁷. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, como venimos diciendo a lo largo de todo este punto dedicado a esta figura, las facultades de interventor constituyen el contenido mismo de la pena, por lo que la regulación vía reglamento no implicaría concretar la ejecución sino la determinación misma de la pena.

En conclusión, consideramos que la única vía plenamente respetuosa con los principios del Derecho penal y con los principios constitucionales es regular *ex novo* la figura del interventor concretando, sobre todo, sus facultades sin que ello, tenga que

⁵⁰⁵ Sobre la reserva de ley en materia ver, entre muchos otros, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La reserva de ley para la regulación de los delitos y las penas desde la perspectiva constitucional», en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; CORCOY BIDASOLO M.; CASTIÑEIRA PALOU M.T., (Coords.), *Estudios de Derecho Penal Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 381-387; ROIG TORRES, M., «Sobre la imposibilidad de crear delitos y establecer penas mediante Decretos-Leyes», en CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; ORTS BERENGUER, E., (Dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia, 2009, pp. 1673-1700.

⁵⁰⁶ Ver, entre muchos otros, LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2016, pp. 52-53 «Ahora bien, aquí el concepto de ley se releja en cuanto a su sentido estricto, y se usa en el amplio de ley y reglamentos, dado que por la complejidad y duración del proceso de ejecución de las penas y medidas, sobre todo de las privativas de libertad, no parece factible regularlo todo en la ley, sino que hay que recurrir a reglamentos que desarrollen las garantías, orientaciones y principios generales contenidos en la ley sobre la ejecución de penas y medidas.»; ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanc, Valencia, 6ª ed., 2016, pp. 124 y ss.

⁵⁰⁷ Vid. Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario; Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores; Real Decreto 840/2011, de 17 de junio, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y de localización permanente en centro penitenciario, de determinadas medidas de seguridad, así como de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad y sustitución de penas; Real Decreto 112/2017, de 17 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario Militar.

llegar a una extrema regulación que anule el arbitrio del órgano judicial que es necesario, sobre todo en el caso de las penas de las personas jurídicas. En definitiva, abogamos por una regulación que concrete bastante las facultades del interventor, pero ello no implica que pretendamos, ni mucho menos, que el margen de maniobra de los jueces y tribunales desaparezca del todo, ya que ello puede llegar a ser incluso contraproducente, lo que pedimos es el establecimiento de determinados límites.

G. La ejecución de las penas interdictivas

El título de este último punto es algo incierto, dado que en las siguientes líneas más que analizar la ejecución de las penas interdictivas se quiere poner de manifiesto un ámbito que, igual que muchos otros, ha sido desatendido por el legislador. No se pretende entrar ahora en cuestiones procesales ni mucho menos pero sí que se quiere hacer alguna reflexión en relación con la falta de regulación de las siguientes instituciones o aspectos: falta de regulación de cómo se debe computar el tiempo de las medidas cautelares al tiempo de la condena finalmente impuesta; falta de previsión legal de la posible sustitución de la pena; la falta de regulación de la suspensión de las medidas interdictivas; y, lo más llamativo, la falta de previsión legal alguna en relación con el incumplimiento de las penas de las personas jurídicas previstas en el artículo 33.7 CP.

En cuanto al tiempo del cómputo de las medidas cautelares, aunque no hay una previsión expresa, lo más lógico parece que sí se puede computar el tiempo de las mismas al tiempo de la condena finalmente impuesta. En este punto VELASCO NÚÑEZ señala, acertadamente, que en base al artículo 58 CP se debe abonar «*el plazo cautelar para el cálculo del cumplimiento de la medida como pena definitiva y que según el artículo 59 CP se puede compensar, aunque sea de distinta naturaleza*»⁵⁰⁸. Creo que esta última anotación, la de que se puedan compensar medidas cautelares de distinta naturaleza, constituye una importante puntualización y aclaración dado que no supondría mayores problemas de aplicación al afectar, básicamente, al margen de maniobra de la persona jurídica. Es decir, en el fondo, el contenido último del catálogo de medidas previstas en el artículo 33.7 CP afectan en último término a la capacidad de actuación del ente condenado, por lo tanto, tiene toda la lógica que se puedan compensar medidas que, a priori, puedan parecer que tenga una distinta naturaleza.

⁵⁰⁸ VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares...», p. 5.

Realizada este pequeño análisis sobre las medidas cautelares, es momento de reflexionar sobre la sustitución y suspensión de la pena. Obviamente dejamos de lado las previsiones específicas de la intervención judicial para hacer un examen general en relación con todo sistema de medidas interdictivas. Decir que no existe una regulación no nos aporta nada; lo que hay que preguntarse es si estas instituciones son necesarias en relación con las penas susceptibles de imposición a las personas jurídicas. Algún autor, en concreto FEIJOO SÁNCHEZ, considera necesaria la presencia de estas instituciones en relación con las penas de las personas jurídicas⁵⁰⁹. Otros, en cambio, consideran, que sí es posible hacer uso de estas instituciones en relación con las penas de las personas jurídicas. Así, GÓMEZ-JARA afirma que a pesar de que los artículos 80 y ss. del CP hacen referencia a penas de prisión *«en la lógica subyacente a la nueva regulación española de no tratar peor a las personas jurídicas que a las físicas, se plantea la posibilidad de interpretaciones analógicas en beneficio del reo para la concesión a las personas jurídicas de los beneficios de la suspensión y sustitución en caso de penas interdictivas menores a dos años»*⁵¹⁰. Fundamenta el citado autor esta afirmación en el hecho de que, si para el caso de las personas físicas la libertad personal es el derecho fundamental máspreciado, en el caso de las personas jurídicas, el símil lo constituye la libertad de empresa y, por esta comparación se debería aplicar a los entes colectivos de manera análoga la regulación prevista para las personas físicas.

En relación con la posibilidad de plantearnos la necesidad de regular estas instituciones puede haber argumentos en contra y a favor, es decir, es un tema discutible, pero defender que con la regulación actual se pueda aplicar la suspensión y la sustitución de las medidas interdictivas creemos que es forzar demasiado la interpretación⁵¹¹. Junto a esta reflexión queremos dejar claro que, con la actual configuración del régimen de imposición de las penas interdictivas, no es necesaria la regulación de estas instituciones. La potestad de imponerlas o no, los múltiples criterios

⁵⁰⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las consecuencias...», *op. cit.*, p.293 *«En unas sanciones claramente orientadas a la prevención especial debería haberse dejado un mayor margen de intervención del juez a la fase de ejecución. A diferencia de lo que creo que permiten las consecuencias accesorias, las penas no puede ir amoldándose a la evolución de la persona jurídica salvo con respecto a aquellas circunstancias que ya hubieran sido previstas en la sentencia o en el autor posterior. Es decir, que, si un juez impone en la sentencia condenatoria una clausura de un año y medio no sometida a condiciones, no podrá levantar la clausura, aunque considere un tiempo después que ha dejado de ser necesaria»*.

⁵¹⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Penas a personas jurídicas» *Diario la Ley*, núm. 14894, 2011, p. 7.

⁵¹¹ En el mismo sentido ver. FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 158 que pone de manifiesto que no se puede comparar la libertad de empresa de las personas jurídicas con la libertad personal de las personas físicas dado que el primero caso no tratamos con derecho fundamental mientras que en el segundo sí.

que se deben observar antes de imponerlas, y la amplia potestad judicial en relación con alguna de ellas hace innecesario regular hoy por hoy estas instituciones⁵¹².

Lo que sí supone un grave problema y una imperiosa necesidad de previsión legal es el incumplimiento de estas penas o medidas interdictivas. La doctrina, tanto en relación con el incumplimiento de estas medidas, cuando se imponen de manera cautelar, como cuando se imponen de manera definitiva, es decir, como pena, ha intentado dar una respuesta, pero ha llegado siempre a la misma conclusión: no hay forma de imponer ninguna consecuencia a la persona jurídica en el caso de que esta no cumpla la medida que se le imponga, al no poder imputar al ente colectivo ni el delito de quebrantamiento de condena ni el delito de desobediencia⁵¹³.

En relación con el incumplimiento de las medidas cautelares vamos a recurrir, una vez más, a la propuesta del juez VELASCO NÚÑEZ que, ante la imposibilidad de atribuir un delito de desobediencia a la persona jurídica, propone como única reacción posible agravar o modificar a peor la medida ya impuesta a la persona jurídica y apercibir del mencionado delito de desobediencia a la concreta persona física que ha llevado a cabo tal incumplimiento⁵¹⁴.

Una última propuesta para solventar esta situación, ofrecida por FARALDO CABANA⁵¹⁵, es la de imponer multas coercitivas a la persona jurídica en base a los artículos 709 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevé esta posibilidad de forzar el cumplimiento de las condenas de hacer personalísimo o de no hacer.

Por lo tanto, si el propio contenido de las penas interdictivas supone una dificultad para imponerlas, al no saberse en qué términos se deben aplicar, la falta de un régimen claro de ejecución aleja aún más la posibilidad de ver estas medidas en las ya de por sí pocas condenas a las personas jurídicas.

⁵¹² La misma posición defiende FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 158.

⁵¹³ FEJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las consecuencias...», *op. cit.*, p.294; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Penas...» *op. cit.*, p. 97.

⁵¹⁴ VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares...», p. 5.

⁵¹⁵ FARALDO CABANA, P., «Las penas», *op. cit.*, p. 115.

CAPÍTULO VI: LAS PERSONAS JURÍDICAS ANTE LA EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

A. Consideraciones preliminares

Muchas podrían ser las razones que justificasen un análisis de la extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; no obstante, aquí nos vamos a limitar a señalar sólo alguna de ellas. En primer lugar, un estudio pormenorizado de las penas a imponer a un determinado sujeto de Derecho penal, para que sea completo, debe hacer una mínima referencia a las causas de extinción de la responsabilidad dado que desaparecida ésta, se desvanece el presupuesto para aplicar las mencionadas penas. En segundo lugar, y ya descendiendo al caso de las personas jurídicas, se advierte que, una vez más, cómo el debate sobre el sí y el cómo de la imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas ha eclipsado, en el terreno de la investigación, aspectos igualmente importantes y necesitados de un análisis sosegado, como es el caso de la extinción de dicha responsabilidad de los entes colectivos. En tercer lugar, la presencia en nuestro Código Penal de unas normas un tanto singulares, por establecer, en el caso de las personas jurídicas, supuestos de ausencia de extinción de la responsabilidad penal y por levantar sospechas de inconstitucionalidad, al prever el «traslado» de una pena de un sujeto responsable a otro que, aparentemente no lo es, constituye motivo más que suficiente para realizar un análisis pormenorizado de esta cuestión. Por último, se debe señalar que, las causas de extinción de la responsabilidad, así como los supuestos de ausencia de dicha extinción son notas diferenciales muy claras con respecto al régimen previsto en el artículo 129 CP y, por lo tanto, tenemos la oportunidad de ahondar en el deslinde de los dos modelos que el propio legislador confunde en no pocas ocasiones.

El análisis vendrá marcado por dos líneas de trabajo: una primera irá referida a las causas de extinción que tradicionalmente se han aplicado a la responsabilidad penal de las personas físicas y una segunda se centrará en las previsiones específicas del artículo 130.2 CP y que viene a establecer supuestos, donde no sólo se establece la ausencia de la extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que, además, determina los casos en los que dicha responsabilidad se extiende a otros sujetos.

Dentro de la primera línea de trabajo se hace necesario estudiar, aunque sea de manera somera, las distintas causas de extinción de la responsabilidad penal previstas en el artículo 130.1 de CP, todo ello con el objetivo de identificar los problemas que se puedan presentar y ver en qué medida dichos inconvenientes se trasladan al caso de las personas jurídicas. Asimismo, debido a las especificidades de los entes colectivos, probablemente nos encontremos con dificultades adicionales a las que intentaremos dar respuesta.

La segunda línea del análisis que nos proponemos llevar a cabo tiene dos grandes ejes constituidos, por un lado, por la identificación de los problemas interpretativos que plantean las previsiones del artículo 130.2 CP y por otro, por la averiguación de si dichas previsiones vulneran de alguna manera principios básicos del Derecho penal. Al hilo de la labor necesaria para dar cumplimiento a lo anterior se contemplarán aspectos igualmente relevantes como la posible aplicación práctica de esta normativa o los problemas específicos derivados de la disolución de las personas jurídicas.

B. La aplicación de las causas de extinción de la responsabilidad penal previstas para las personas físicas a las personas jurídicas

1. Las causas de extinción de la responsabilidad penal: cuestiones generales

La aplicación de las causas tradicionales de extinción de la responsabilidad penal a las personas jurídicas es una cuestión ampliamente aceptada por la doctrina⁵¹⁶; por ello la atención debe centrarse en recordar algunas cuestiones generales de éstas, advirtiendo ya que alguno de los aspectos a tratar adquiere especial relevancia cuando se pone en relación con la responsabilidad penal de los entes colectivos con personalidad jurídica. Precisamente por ser una cuestión pacífica no es necesario profundizar sobre las razones que motivan la aplicación de las causas tradicionales de extinción a las personas jurídicas. Es suficiente con apuntar que, desde un punto de vista lógico jurídico, si se pretende diseñar todo un sistema de responsabilidad penal para

⁵¹⁶ Ver, entre otros, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen la responsabilidad penal», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Práctico Penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020, marginal 6770; GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 518 y ss.; LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp.547 y ss.

estos sujetos, no tendría sentido obviar sin más para los mismos las causas de extinción de la responsabilidad. Por otro lado, desde un punto de vista sistemático se puede señalar el hecho de que la regulación específica de las modificaciones estructurales y sus efectos sobre la extinción de la responsabilidad no se ha plasmado en un precepto distinto, sino mediante la adicción de un segundo apartado al artículo 130, lo que es indicativo de que el legislador sí considera aplicables estas instituciones a los sujetos colectivos.

Ahora bien, tal como veremos líneas más adelante, debido a las especificidades de las personas jurídicas, no se puede trasladar en bloque todo el catálogo del artículo 130.1 CP, sino que se deberán hacer las oportunas matizaciones en relación con cada una de las causas.

Hechas las anteriores observaciones vamos a puntualizar algunos aspectos esenciales de las causas previstas en el artículo 130.1 del CP. En relación con estas instituciones, debido a su heterogeneidad, más que un concepto que las contemple a todas, lo que se suele poner de manifiesto es su efecto esencial que, además, permite deslindarlas de otras figuras. Así, mediante la extinción de la responsabilidad penal *«cesan las consecuencias jurídico-penales derivadas de cometer una infracción criminal y desaparece la carga que las mismas conllevan»*⁵¹⁷. En coherencia con lo anterior, se señala por la doctrina que *«las causas que extinguen la responsabilidad penal presuponen, pues, la comisión de un hecho punible, entendiéndose por tal un hecho típicamente antijurídico y personalmente imputable en el que no concurre ninguna causa de exclusión de la punibilidad»*⁵¹⁸. Por lo tanto, es aquí donde reside la diferencia fundamental con figuras afines como las eximentes que, al contrario que las causas de extinción, no presuponen la existencia del delito, sino que impiden *«el nacimiento mismo de la responsabilidad penal»*⁵¹⁹.

⁵¹⁷ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 423., aunque lo que sí critica el autor, al igual que muchos otros, es que la expresión «extinción» es importada del Derecho civil donde constituye una característica del negocio jurídico, así señala que *«La expresión no es la más indicada porque en el Derecho se extinguen siempre obligaciones, derechos o deberes entre partes derivadas de un negocio jurídico por la acción del mismo derecho, como consecuencia de los presupuestos causales de la obligación. Cuando hablamos de la responsabilidad penal, no hay un negocio jurídico, ni el mismo recoge cláusulas extintivas, ni el Estado y el delincuente se pueden entender partes parificadas que se distribuyen obligaciones entre ambos. Tampoco existen obligaciones que extinguir hasta tanto no recaiga una sentencia condenatoria.»*

⁵¹⁸ MIR PUIG, S., *Derecho penal Parte General*, 10ª Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, p. 794.

⁵¹⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal...op.cit.*, p. 794.

Con lo expuesto líneas arriba, llegamos a un punto con mucha trascendencia para el estudio de las previsiones del artículo 130.2 del CP, que establece supuestos de no extinción de la responsabilidad de aquellas personas jurídicas que de manera fraudulenta proceden a la modificación estructural o a la disolución. En concreto nos referimos al momento del nacimiento de la responsabilidad penal. La opinión que se mantenga en relación con la determinación del instante en el que nace la responsabilidad penal repercutirá directamente en el alcance que tenga el mencionado artículo 130.2 CP. Aun con el riesgo de adelantarnos un poco al análisis de esta cuestión, es necesario señalar más concretamente el problema al que nos referimos.

Una de las cuestiones centrales será averiguar si el mencionado precepto va referido a personas jurídicas ya condenadas que proceden a la transformación o a la disolución o, por el contrario, también contempla aquellos entes que antes de ser condenados recurren a algún procedimiento mercantil, como la escisión o la fusión. Sin perjuicio de que en su momento profundizaremos en todas las aristas de este problema, procede señalar ahora que el precepto sólo proclama que no se extingue «*su responsabilidad penal*». Entonces la pregunta que surge es ¿cuándo entendemos que un sujeto, sea persona física o jurídica, tiene responsabilidad penal? Manteniendo la idea, pero reformulando la pregunta, podemos plantear la cuestión en los siguientes términos ¿para afirmar la existencia de la responsabilidad penal es suficiente con que se haya cometido una infracción penal, o, por el contrario, hay que esperar a que se emita un fallo judicial firme?

Sobre este dilema los pronunciamientos doctrinales van desde considerar que hasta que no se emita el fallo judicial no podemos apreciar responsabilidad penal propiamente dicha⁵²⁰, hasta aquellos que identifican el momento del nacimiento de dicha responsabilidad en el de la comisión de la infracción penal. Nos adherimos a este último planteamiento y, por lo tanto, hacemos nuestros los argumentos de aquellos autores partidarios de esta opción.

⁵²⁰ GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas...op.cit.*, p. 432 «*En cambio otras causas que contempla el art. 130.1 CP no extinguen la responsabilidad penal en el sentido estricto. Algunas de las mismas operan sobre una responsabilidad penal que, desde el punto de vista jurídico, aún no ha nacido, pues su existencia no ha sido confirmada por un fallo judicial previo. Así, por ejemplo, la prescripción del delito y el perdón del ofendido despliegan sus efectos antes de que se haya dictado la correspondiente sentencia condenatoria. Por su parte, la prescripción de la medida de seguridad tampoco extingue la responsabilidad penal propiamente dicha o al menos no necesariamente.*».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Así, MIR PUIG señala que *«no cabe, pues entender que la responsabilidad penal que se extingue presuponga su declaración judicial, sino que hay que admitir que el CP parte de que la responsabilidad penal nace con la comisión del hecho punible. Cuestión distinta es la de que dicha responsabilidad sólo puede comprobarse y desplegar efectos mediante el proceso penal»*⁵²¹. En la misma línea se posiciona MAPELLI CAFFARENA al advertir que *«todas las causas tienen en común la existencia de una responsabilidad penal, pues, no se puede extinguir aquello que no existe. Ahora bien, la responsabilidad puede existir con independencia de la sentencia condenatoria firme. No es con ésta, pues, sino con la comisión de una infracción penal, con la que nace. Este matiz es coherente con la bipolaridad con que se presentan las normas penales: normas primarias y secundarias. El delincuente con su conducta no infringe éstas sino aquellas, porque son las que se dirigen a las personas prohibiendo o mandando determinadas conductas, de manera que la norma secundaria tiene un carácter técnico y tiene como destinatario a los órganos jurisdiccionales obligándoles a imponer – probada la comisión de un hecho típico – una determinada consecuencia jurídica al sujeto. La responsabilidad penal que se extingue con las causas que vamos a estudiar es la que nace de la infracción de las normas penales»*⁵²².

Aunque los anteriores argumentos respaldan sobradamente la opinión de que la responsabilidad penal nace con la comisión del delito y no con la declaración judicial, sí que podemos añadir las siguientes reflexiones: El fallo judicial no puede ser considerado el momento del nacimiento de la responsabilidad penal se puede constatar claramente con la siguiente situación: en una sentencia firme se aprecia la prescripción de un delito que hasta el momento y en las sucesivas instancias no se había apreciado. ¿Acaso en esta situación no ha nacido nunca la responsabilidad penal? Este es un caso paradigmático donde vemos que no es el fallo judicial el que hace que nazca la responsabilidad penal, sino que ésta existe en un momento previo a la sentencia por haberse cometido una infracción penal. La sentencia firme certifica que esa responsabilidad existe y determina cuáles son los efectos o, como ocurre en el ejemplo expuesto, puede establecer que no es procedente desplegar efecto alguno.

Sin perjuicio de que en su momento volveremos sobre esta cuestión al hilo del análisis detenido sobre el artículo 130.2 CP, es necesario seguir con estas líneas

⁵²¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal...op.cit.*, p. 795.

⁵²² MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 425.

generales sobre las causas de extinción de la responsabilidad penal. Por lo tanto, las siguientes reflexiones van referidas a alguna nota característica de estas causas.

Por un lado, se puede mencionar el carácter personal de las mismas en el sentido de que estas causas van referidas a sujetos determinados y no a la totalidad de los responsables⁵²³. Este carácter personal se debe resaltar aún más cuando estas cuestiones las ponemos en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Nos referimos al hecho de que, como es sabido, la legislación⁵²⁴ establece una independencia entre la responsabilidad de la persona física que ha cometido el delito y la jurídica en el seno de la cual se ha producido tal infracción. Ciertamente el artículo 31 ter CP deja claro que la circunstancias que modifican la responsabilidad penal no se comunican entre los dos sujetos. Incluso se menciona el hecho de que tampoco el fallecimiento de la persona física excluye o modifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto, esta independencia entre los dos sujetos se predica también de las causas de extinción⁵²⁵.

La irreversibilidad constituye otra característica importante de las causas de extinción en el sentido de que una vez aplicada alguna de ellas no cabe la posibilidad de dejar de apreciarla⁵²⁶. Ahora bien, en el caso de las personas jurídicas, habría que

⁵²³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 424 ««De la misma manera que la pena, también las causas de extinción tienen un carácter personal. Todas ellas están referidas a personas determinadas y no a la totalidad de los sujetos responsables. Este carácter personal puede predicarse incluso para la prescripción del delito, ya que los plazos de prescripción comienzan a contarse desde la fecha que cada uno de los responsables ha intervenido en él y los plazos varían también en función de la gravedad de la pena»».

⁵²⁴ Cfr. art. 31 ter «1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.».

⁵²⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, p.261. «Las causas de extinción de la responsabilidad penal de la persona física no excluyen accesoriamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.».

⁵²⁶ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 424 donde señala que «La extinción de la responsabilidad penal es siempre irreversible, sea cual sea la causa que se haya aplicado. Tan solo la conmutación de pena dentro del indulto permite la reversibilidad (art. 14 LI), ello se debe a que presenta más características propias de los beneficios penales que del derecho de gracia.».

preguntarse si ese carácter irreversible se mantiene. La pregunta parece pertinente, máxime cuando el artículo 130.2 contiene unas reglas que precisamente van encaminadas a revertir los efectos de una aparente causa de extinción. Sin entrar en más detalles ahora, dado que se va a analizar este aspecto en su momento, podemos afirmar que si lo que pretende el art. 130 CP es evitar que se eluda la responsabilidad penal, ello quiere decir que las personas jurídicas sólo aparentemente tienen a su favor una causa de extinción. Dicho de otra manera, parte de las normas del artículo 130.2 del CP (como la disolución aparente) no van encaminadas a revertir una causa de extinción, sino más bien a sacar a la luz los supuestos de fraude donde se alega una causa de extinción como pudiera ser la disolución, pero donde, en realidad, no se da tal circunstancia.

Es momento de enfocar nuestra atención en el catálogo concreto del artículo 130.1 CP⁵²⁷ no con el objetivo de entrar ahora a valorar cada una de las causas, sino para poner de manifiesto el hecho de que resulta incompleto. Algunos autores han señalado que, a pesar de que el precepto pretende ser exhaustivo, en realidad se le han escapado otras causas que siguen dispersas a lo largo del Código penal⁵²⁸. Estas causas serían: la retroactividad favorable al reo; la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa; la extinción de las penas residuales que exceden de la previsto para el concurso real o ideal⁵²⁹; o la desaparición de la peligrosidad en el caso de las medidas de seguridad⁵³⁰.

De todas las causas de extinción de la responsabilidad penal, estén o no previstas en el artículo 130.1 del CP hay algunas que, por las razones que explicaremos, no se pueden proyectar sobre las personas jurídicas.

⁵²⁷ Cfr. art. 130.1 CP: «1. La responsabilidad criminal se extingue: 1.º Por la muerte del reo. 2.º Por el cumplimiento de la condena. 3.º Por la remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 87. 4.º Por el indulto. 5.º Por el perdón del ofendido, cuando se trate de delitos leves perseguibles a instancias del agraviado o la ley así lo prevea. El perdón habrá de ser otorgado de forma expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido por el delito antes de dictarla. En los delitos contra menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, los jueces o tribunales, oído el Ministerio Fiscal, podrán rechazar la eficacia del perdón otorgado por los representantes de aquéllos, ordenando la continuación del procedimiento, con intervención del Ministerio Fiscal, o el cumplimiento de la condena. Para rechazar el perdón a que se refiere el párrafo anterior, el juez o tribunal deberá oír nuevamente al representante del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección. 6.º Por la prescripción del delito. 7.º Por la prescripción de la pena o de la medida de seguridad.».

⁵²⁸ GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas...op.cit.*, p. 433.

⁵²⁹ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 423.

⁵³⁰ GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas...op.cit.*, p. 433.

La primera de estas causas no aplicables a la persona jurídica es la muerte del reo. Esta causa hace referencia única y exclusivamente a la muerte física. Es más, ni siquiera en relación con las personas físicas se aceptan otras presunciones jurídicas. Esto es, «*ni la declaración civil de fallecimiento que se basa en una presunción de muerte (ver arts. 193 y ss. CC), ni la declaración legal de ausencia que ni siquiera parte de dicha presunción (ver art. 181 y ss. CC), son suficientes en este sentido.*»⁵³¹. No obstante, MOLINA FERNÁNDEZ hace una sutil observación de algunos problemas que la muerte del reo, como causa de extinción de la responsabilidad penal, origina en determinadas ocasiones incluida aquella en la que se debe dirimir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En concreto señala que no son pocos los casos en el que el hecho del fallecido se debe tomar en cuenta para determinar responsabilidades de otros sujetos, lo que hace que igualmente se deba investigar hasta cierto punto la actuación de la persona fallecida. Estas situaciones serían, entre otras, las siguientes: autoría del fallecido a efectos de accesoriedad en la participación; acreditación de agresión ilegítima; y en cuanto a las personas jurídicas, a pesar de la independencia de las responsabilidades, es necesaria la constatación de la comisión de un delito que, dado el caso, se deberá confirmar incluso cuando el autor material haya fallecido⁵³².

La remisión definitiva de la pena, conforme a lo dispuesto en el apartado 1 y 2 del artículo 87 del CP, causa que sólo se da en caso de suspensión de penas privativas de libertad, tampoco es aplicable al caso de las personas jurídicas.

Obviamente que la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa no puede ser una casusa de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya no sólo por el hecho de que no se puede aplicar una pena privativa de libertad a este tipo de entes, sino también por el hecho de que en el CP se ha previsto un

⁵³¹ GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas...op.cit.*, p. 434. En el mismo sentido MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 426 que considera que «*La muerte debe entenderse en sentido físico y no jurídico y de ahí que la disolución de la empresa, equivalente a la muerte de la persona física, no conlleva necesariamente la extinción de la responsabilidad penal.*»

⁵³² Ver ampliamente toda la casuística MOLINA FERNÁNDEZ, F., «*Causas que extinguen...op.cit.*, marginal 6532.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

procedimiento subsidiario orientado, precisamente, a la satisfacción total de la multa, en caso de impago⁵³³.

Por último, hay que hacer una breve referencia al hecho de que, con independencia de si se considera que las consecuencias jurídicas que se pueden imponer a las personas jurídicas son medidas de seguridad, la desaparición de la peligrosidad no podría llegar a constituir una causa de extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En la legislación actual no encontramos ningún respaldo a favor de considerar que si un determinado ente ha dejado de ser peligroso hay que levantar la pena interdictiva que se le ha impuesto. Como vimos en su momento, la peligrosidad tiene importancia a la hora de imponer alguna de las penas interdictivas, pero una vez impuestas, dicha peligrosidad ya no juega ningún papel. Por lo tanto, la desaparición de la peligrosidad sólo se puede entender como causa de extinción de la responsabilidad penal de las personas físicas.

Llevadas a cabo estas precisiones, el siguiente punto a desarrollar es el relativo al análisis de las causas que sí pueden extinguir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁵³³ Cfr. art 53.5 CP «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.».

2. Causas susceptibles de aplicar a las personas jurídicas

2.1. Cumplimiento de la condena

El cumplimiento de la condena como causa de extinción de la responsabilidad penal es, a priori, una cuestión obvia que no debe suponer mayor problema, sobre todo si la ponemos en relación con las personas físicas. Ahora bien, como apunta MAPELLI CAFFARENA, en el caso de las personas físicas no siempre es ésta la causa más común que lleva a la extinción de la responsabilidad penal, debido a que, muchas veces, entran en juego beneficios penales y penitenciarios⁵³⁴.

En relación con esto último, habría que preguntarse si en relación con las personas jurídicas se seguirá la misma senda. La respuesta, en base a la legislación actual sería negativa, dado que, hoy por hoy no se han establecido en relación con las personas jurídicas mecanismos como la sustitución o la suspensión de la pena y, obviamente, tampoco podemos hablar de beneficios penitenciarios. Además, en su momento, en concreto al hilo de las reflexiones sobre la ejecución de las penas interdictivas que se pueden imponer a las personas jurídicas, habíamos defendido que no sería necesario regular figuras como la suspensión o la sustitución para el caso de estos sujetos. Los argumentos que aducíamos eran que el sistema de medidas configurado para los entes colectivos, aunque solo *ex ante*, gozaba de criterios suficientemente amplios y flexibles que lograrían el mismo efecto que los instrumentos aplicables a las personas físicas. Es decir, no tendría sentido diseñar la posibilidad de suspender la pena impuesta a una persona jurídica, cuando ya de ante mano el juez tiene una amplia potestad para elegir la medida más adecuada al caso.

A lo largo del análisis de las penas previstas para este tipo de sujetos se han puesto de manifiesto algunos problemas que planteaban el cumplimiento de la condena. Sin ser exhaustivos, conviene recordar, por un lado, que se ha tratado el problema de la multa y de su incumplimiento. Sobre esta cuestión hemos visto que la solución pasa por la intervención judicial, específicamente diseñada para esta situación y en relación con la cual habíamos destacado que se trata de una medida asegurativa del pago de la multa y no de una pena en el sentido del artículo 33. 7 g) CP. Por otro lado, al hilo del estudio de las penas interdictivas, se han expuesto las graves lagunas que tiene la legislación en

⁵³⁴ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 428.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

relación con el quebrantamiento y cómo alguna propuesta doctrinal ha intentado solventar este problema recurriendo a otros instrumentos del ordenamiento jurídico, como las multas coercitivas o el apercibimiento de delito de desobediencia a la concreta persona física que ha llevado a cabo el incumplimiento.

La falta de un régimen de ejecución claro, sobre todo en el caso de las penas interdictivas, dificulta enormemente la posibilidad de concretar el momento exacto en el que se puede entender cumplida la condena por parte de una persona jurídica. Confiamos en que la práctica judicial se irá pronunciando paulatinamente sobre las carencias normativas relacionadas con la ejecución de las penas o medidas de los entes con personalidad jurídica.

2.2. El indulto

Hechas las anteriores precisiones, la siguiente casusa de extinción de la responsabilidad penal sobre la que hay que reflexionar es el indulto. Como es sabido, mediante esta figura el Estado, como titular del *ius puniendi*, renuncia en todo o en parte a la imposición o ejecución de la pena. Sin perjuicio de que más adelante nos detendremos para ver los términos generales que caracterizan a esta vetusta institución, conviene adelantar que el indulto se materializa en el hecho de que el Poder Ejecutivo, acuerda la extinción total o parcial de una pena impuesta a un sujeto condenado en sentencia firme, siendo posible también la sustitución de dicha pena por otra menos grave. En definitiva, y por muy llamativo que sea, el indulto implica que el Poder Ejecutivo modifica una decisión del Poder Judicial. Sobre éste y otros extremos volveremos más adelante.

Las líneas que siguen tienen por objetivo responder a dos preguntas. La primera de ellas versa sobre si, en base a la legislación actual, es posible indultar a una persona jurídica. Con independencia del sentido de la respuesta a esta primera cuestión, se hace necesario indagar sobre si existen suficientes razones que demuestren la conveniencia de aplicar esta causa de extinción de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Los interrogantes planteados no gozarán de una respuesta rigurosa, si no se parte del estudio, aunque sea sucinto, de la institución del indulto.

Para ser más precisos en los términos y conceptos utilizados debemos empezar refiriéndonos antes que al indulto al derecho de gracia, dado que el anterior es una

forma específica de ejercer este último⁵³⁵. Es cuestión archiconocida que el derecho de gracia tiene unos orígenes muy remotos, en concreto la Edad Media⁵³⁶ y tiene la particularidad de haberse mantenido en el tiempo, con independencia de los regímenes políticos y jurídicos todo ellos sin sufrir cambios sustanciales.

En cuanto a la situación actual del derecho de gracia hay que remarcar no sólo que a pesar de los vaivenes políticos sigue presente en nuestro ordenamiento, sino que, además, goza de una amplia cobertura normativa. Así, la Constitución en su artículo 62. i) establece como función del Rey la de ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, sin que pueda autorizar indultos generales y en el artículo 102 se establece que no se podrá aplicar la prerrogativa real de gracia al Presidente y a los demás miembros del Gobierno y tampoco en el caso de traición o delitos contra la seguridad del Estado. Por su parte, el Código Penal, en su artículo 4 contiene pautas referidas a la posibilidad de que la petición del indulto sea promovida por el propio órgano judicial y a las circunstancias en las que se puede suspender la ejecución de la pena en el caso de que se haya solicitado el indulto⁵³⁷. No obstante, el grueso de la regulación, sobre todo referida a los presupuestos y el procedimiento a seguir, lo encontramos en la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto⁵³⁸. Podríamos mencionar más normas⁵³⁹ que van concretando aspectos procedimentales relacionados con la solicitud o la aplicación del indulto, pero con la citada anteriormente es suficiente

⁵³⁵ El derecho de gracia se puede ejercer de dos formas, a través del indulto o a través de la amnistía.

⁵³⁶ SANTANA VEGA, D.M., «Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, 2016, p.53 «El derecho de gracia ya era conocido por los pueblos primitivos; siendo una práctica constante durante toda la Edad Media². Con posterioridad, en la época de las monarquías absolutas, el poder de otorgar la gracia se erige como una manifestación más del derecho a impartir justicia por parte del monarca absoluto, titular de la soberanía, en el marco de un sistema judicial arbitrario y en el contexto de una generalizada corrupción institucional.».

⁵³⁷ Cfr. art. 4 CP: «[...] 3. Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.

4. Si mediara petición de indulto, y el Juez o Tribunal hubiere apreciado en resolución fundada que por el cumplimiento de la pena puede resultar vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, suspenderá la ejecución de la misma en tanto no se resuelva sobre la petición formulada.

También podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto cuando, de ser ejecutada la sentencia, la finalidad de éste pudiera resultar ilusoria.».

⁵³⁸ Ley que ha sufrido una importante pero nefasta reforma a través de la Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modifica la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto que entre otras cuestiones elimina la necesidad de motivar la concesión de los indultos.

⁵³⁹ Cfr. arts. 25, 193 y 203 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario; Orden de 10 de septiembre de 1993, por la que se dan instrucciones sobre la tramitación de solicitudes de indultos; art. 6 del Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

para hacer alguna reflexión sobre el derecho de gracia y, en concreto, sobre la forma de ejercerlo, es decir, a través de la figura del indulto.

De la normativa citada se desprende claramente que, hoy por hoy, el ejercicio del derecho de gracia se puede realizar a través del indulto particular quedando expresamente prohibido por la propia Constitución el indulto general. Más dudoso es si en nuestro ordenamiento es admisible la amnistía. Al prohibirse los indultos generales, a priori, todo parece indicar que la amnistía no tiene cabida en nuestro ordenamiento. No obstante, no se tiene que perder vista que las dos formas de ejercer el derecho de gracia se diferencian no sólo en sus efectos, sino también en la competencia de quién lo puede acordar. Así, mientras el indulto es competencia del Poder Ejecutivo⁵⁴⁰ y tiene unos efectos limitados a la pena sin que el delito desaparezca, la amnistía es competencia del Poder Legislativo y tiene unos efectos mucho más amplios que el indulto, al suponer el olvido del delito, con el efecto de que los antecedentes penales o las responsabilidades civiles no se mantienen, a diferencia del caso anterior. Algunos autores, entre los que hay que destacar a MIR PUIG⁵⁴¹, consideran que sí es posible que el Poder Legislativo apruebe una amnistía.

Realizada esta precisión y volviendo al tema que nos ocupa, es decir al indulto, hay que señalar brevemente algunos aspectos relacionados con los caracteres, las clases, las causas y procedimiento del mismo para, a continuación, reflexionar sobre la conveniencia de la pervivencia de esta figura en nuestro ordenamiento.

Según dispone el artículo 1 de la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (en adelante L.I.) «*los reos de toda clase*

⁵⁴⁰ Aunque es verdad que la titularidad de esta prerrogativa pertenece al Rey, por mor del artículo 64 de la CE que reza en los siguientes términos «*1. Los actos del Rey serán refrendados por el Presidente del Gobierno y, en su caso, por los Ministros competentes. La propuesta y el nombramiento del Presidente del Gobierno, y la disolución prevista en el artículo 99, serán refrendados por el Presidente del Congreso. 2. De los actos del Rey serán responsables las personas que los refrenden.*» en la práctica es el Gobierno el que ejerce esta potestad, por lo que no se comete error algún al afirmar que la competencia de conceder indultos es del Poder ejecutivo.

⁵⁴¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, Raptor, 10ª ed., 2016, p.797: «*Habida cuenta de que la Constitución prohíbe la concesión de indultos generales (art. 62 i), se había señalado la incongruencia que suponía permitir, en cambio, hacer uso de la amnistía, de efectos más importantes. Pero es difícil negar al Parlamento la posibilidad de lo que en definitiva puede verse como una forma de legislación derogatoria, con efectos retroactivos y temporales, de normas penales que el propio Parlamento puede aprobar y derogar definitivamente. Lo que tal vez quiera conseguir la prohibición de los indultos generales – expresada a continuación de la atribución al Rey del derecho de gracia – es que el Poder Ejecutivo, al que hoy se le asigna la concesión de indultos, pueda decidir con carácter general la concesión de gracia. Ello supondría que la amnistía debería concederse necesariamente por medio de Ley, Decreto-Ley o Decreto Legislativo.*».

de delitos podrán ser indultados, con arreglo a las disposiciones de esta Ley, de toda o parte de la pena en que por aquéllos hubiesen incurrido», sin embargo, el artículo 2 establece unas excepciones a la anterior regla señalándose que no podrán ser indultados «*los procesados criminalmente que no hubieren sido aún condenados por sentencia firme*»; «*los que no estuvieren a disposición del Tribunal sentenciador para el cumplimiento de la condena*» y «*los reincidentes en el mismo o en otro cualquiera delito por el cual hubiesen sido condenados por sentencia firme*»⁵⁴². No obstante, en relación con esta última excepción se establece la posibilidad de que no se tenga en cuenta si a «*a juicio del Tribunal sentenciador hubiera razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública para otorgarle la gracia.*»

Los indultos pueden ser parciales o totales, es decir que se puede remitir toda la pena o solo parte de la misma o se puede sustituir por otra menos grave⁵⁴³. Asimismo, es posible que se impongan aquellas condiciones que «*la justicia, la equidad o la utilidad pública aconsejen*»⁵⁴⁴, pero entendiéndose, en todo caso, como condiciones tácitas del indulto el que éste no perjudique los derechos de terceras personas y el que «*haya sido oída la parte ofendida, cuando el delito por que hubiese sido condenado el reo fuere de los que solamente se persiguen a instancia de parte*»⁵⁴⁵. Por lo que respecta al procedimiento, debe recordarse que la solicitud de indulto puede ser realizada por un amplio número de sujetos⁵⁴⁶ y que es necesario pedir informe al tribunal sentenciador⁵⁴⁷ que, a su vez, pedirá «*informe sobre la conducta del penado al jefe del establecimiento en que aquél se halle cumpliendo la condena*»⁵⁴⁸. Por lo que respecta a los efectos, como se ha ido apuntando a lo largo de todas estas líneas, el indulto no se extiende a las costas procesales, a las responsabilidades civiles y tampoco borra los antecedentes penales.

⁵⁴² Cada una de estas excepciones plantean sus problemas interpretativos, pero, por exceder del objeto de este trabajo no se les puede conceder un tratamiento sosegado por lo que remitimos al lector a GARCÍA SAN MARTÍN, J., *El Indulto. Tratamiento y Control Jurisdiccional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 57 y ss.

⁵⁴³ Cfr. arts. 4 y ss. de la L.I.

⁵⁴⁴ Cfr. art. 16 de la L.I.

⁵⁴⁵ Cfr. art. 15 de L.I.

⁵⁴⁶ Cfr. arts. 19 y 20 L.I. «*Art. 19 Pueden solicitar el indulto los penados, sus parientes o cualquiera otra persona en su nombre, sin necesidad de poder escrito que acredite su representación. Art. 20 Puede también proponer el indulto el Tribunal sentenciador, o el Tribunal Supremo, o el Fiscal de cualquiera de ellos, con arreglo a lo que se dispone en el párrafo tercero, art. 2.º del Código Penal, y se disponga además en las Leyes de procedimientos y casación criminal. La propuesta será reservada hasta que el Ministro de Justicia en su vista, decrete la formación del oportuno expediente.*».

⁵⁴⁷ Cfr. art. 23 L.I.

⁵⁴⁸ Cfr. art. 24 L.I.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Mención aparte merece la cuestión relativa a las causas que puedan motivar el indulto. La L.I. no hace mención de las razones que pudieran justificar su concesión, sino que sólo se exige, en relación con el indulto total, la concurrencia de «razones de justicia, equidad o utilidad pública, a juicio del Tribunal sentenciador»⁵⁴⁹.

La falta de motivación de los indultos, debida no sólo a una práctica criticable del Gobierno de turno, sino también por la desacertada reforma legal operada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, por la que se modificó la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto, que eliminó la exigencia de motivación de los decretos de concesión de los indultos, hace difícil comprobar con exactitud cuáles son las causas que suelen motivar este tipo de decisiones.

Más allá de otras causas ajenas al hecho delictivo o al sujeto responsable⁵⁵⁰ se suele observar en la práctica (judicial)⁵⁵¹ que las razones que motivan el indulto son, por lo general, los siguientes: las dilaciones indebidas del procedimiento y la desproporción de las penas. De hecho, en un trabajo reciente de FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA señala que, en relación con los indultos a instancia judicial, en un 83,93% de los casos el motivo del indulto había sido el carácter excesivo de la pena; en un 12,45% la razón residía en una reforma legal; el 2,29% presentaba como causa un error en la calificación; y en un 1,31% el indulto venía motivado por unas dilaciones indebidas⁵⁵². Observamos que el motivo por excelencia que se esgrime, al menos en los indultos instados por el órgano judicial, es la desproporción de las penas. Más allá de la necesidad de que la concesión del indulto debe estar motivada, estoy de acuerdo con GARCÍA SAN MARTÍN, que señala que precisamente el carácter residual y excepcional de este instrumento, diseñado para situaciones que no se han podido prever, hace desaconsejable el establecimiento de unas causas tasadas del indulto⁵⁵³.

⁵⁴⁹ Cfr. art. 11 L.I.

⁵⁵⁰ Nos referimos a causas como el exceso de población penitenciaria o la conveniencia entre los integrantes de la clase política o de estos con los integrantes de los poderes financieros.

⁵⁵¹ Nos referimos a los indultos instados por el órgano judicial.

⁵⁵² FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., «El indulto a instancia judicial como válvula de escape en casos de conflicto entre legalidad y equidad», *InDret*, núm. 2, 2019, p. 27.

⁵⁵³ GARCÍA SAN MARTÍN, J., *El Indulto...op.cit.*, p. 111: «Podría sugerirse a priori la oportunidad de que todas las causas que pudieran fundamentar la concesión de indulto estuvieran positivamente determinadas en la propia Ley de indulto, ganando con ello en seguridad jurídica y restringiendo y menguando él, en ocasiones, desmedido poder otorgado al Gobierno en estas lides, reforzando así los tibios márgenes que separan lo discrecional de lo arbitrario, pero no debe olvidarse que el indulto constituye en esencia un instituto residual, excepcional, cuyo recurso se hace factible únicamente cuando ni la ley penal ni los órganos judiciales encargados de aplicarla han dispuesto de los medios necesarios

Presentado, a grandes rasgos, el derecho de gracia y la forma en la que hoy por hoy se puede ejercer en nuestro ordenamiento, es decir, a través del indulto particular, resta volver sobre las preguntas que motivaron estas líneas, es decir, tenemos que tratar de determinar si esta institución es aplicable al caso de las personas jurídicas y, más allá de la respuesta que podemos dar a este primer interrogante, si es conveniente o aconsejable hacer uso de esta figura en el caso de estos sujetos.

Si ya de por sí el indulto ha suscitado poco interés en la doctrina, su aplicación a las personas jurídicas ni siquiera ha sido tratado por la literatura científica, salvando alguna excepción que se resume a escasas líneas. A pesar de ello, sí se puede encontrar algún argumento bien sea a favor, bien sea en contra de la posibilidad de que una persona jurídica se vea beneficiada por la concesión de un indulto.

A favor de que el indulto pueda ser aplicado a las personas jurídicas se encuentra el hecho de que las causas de extinción de la responsabilidad penal del artículo 130 del CP parecen que se pueden aplicar en su totalidad a estos sujetos. Es decir, desde un punto de vista sistemático no hay razón alguna para pensar que el indulto, así como las demás causas de extinción de la responsabilidad no sean aplicables al caso de las personas jurídicas. Incluso el artículo 4 del CP, que como ya expusimos en su momento, contiene determinadas especificaciones en relación con la ejecución de la pena en el caso de que medie la solicitud de un indulto, no excluye a las personas jurídicas. De hecho, desde la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal, la sistemática que se ha seguido ha sido la de que cuando se ha querido hacer una especificación o una exclusión, ésta ha sido expresa, como puede ser el caso de alguna regla de determinación de las penas⁵⁵⁴ o la selección de delitos⁵⁵⁵ por los que se puede exigir responsabilidad a estos sujetos.

Un argumento recurrente, no sólo en relación con esta cuestión, sino con muchas otras que se suscitan en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas

para la realización de la justicia a un caso concreto; así, el instituto actúa cuando no ha habido previsibilidad, de tal modo que si fueran previsibles y enumerables los supuestos en que existe una incapacidad para la realización de la justicia material, la tasación de los mismos habría de operar en el ámbito de la ley penal y no de la ley de indulto».

⁵⁵⁴ Cfr. art. 66 bis CP donde se determina la exclusión para las personas jurídicas algunas de las reglas del artículo 66 «En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:».

⁵⁵⁵ Cfr. art. 31 bis CP donde el Código penal deja claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo se puede exigir en relación con aquellos delitos donde se ha previsto tal posibilidad «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables».

es que a éstas no se les puede dar un tratamiento más severo que a las personas físicas y por ello habría que entender aplicable el indulto a estos sujetos⁵⁵⁶. Por lo tanto, en base a esta premisa se entendería que el indulto puede aplicarse también en el caso de las personas jurídicas y máxime cuando ni el Código Penal ni la Ley de Indulto plantean «*impedimentos dogmáticos capaces de fundamentar una opinión contraria a su concesión*»⁵⁵⁷.

En contra de la posibilidad de que el indulto se pueda aplicar hoy por hoy a las personas jurídicas se puede esgrimir, en primer lugar, un argumento técnico. El texto que regula los pormenores del indulto, es decir la Ley de 18 de junio de 1870, estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto, aun cuando ha sido reformada a lo largo de nuestra etapa democrática, no es una norma que contemple la persona jurídica como beneficiaria de la concesión del indulto. No se tiene que perder de vista que hace apenas una década que, al menos formalmente, el principio *societas delinquere non potest* ha sido derogado. No quiere ello decir que, al menos como posibilidad teórica, no habría que contemplar la analogía in *bonam partem*, como sí se propone en relación con otros aspectos derivados la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁵⁵⁸. En todo caso si se aceptara esta posibilidad los aspectos a reinterpretar el actual texto de la Ley de Indultos serían tantos que lo más sensato sería apostar por la promulgación de una nueva norma que contemple a las personas jurídicas como beneficiarias de esta institución, que regulara todos los aspectos específicos. Por otra parte, razones de taxatividad y sobre todo de política

⁵⁵⁶ MAYORDOMO RODRIGO, V., «El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en “razones de equidad, justicia o utilidad pública”», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 303: «Partiendo de la premisa de que, con la actual regulación, las personas físicas y las jurídicas tienen que soportar idénticos gravámenes y cargas, es imprescindible que disfruten de los mismos derechos y garantías. Para no causar indefensión a las personas jurídicas imputadas deben trasladarse a éstas, con las debidas matizaciones, el conjunto de garantías constitucionales y formales de las que las personas físicas resultan acreedoras en el seno del proceso penal, pues todas ellas pueden ser objeto del quebranto que la imputación conlleva.».

⁵⁵⁷ MAYORDOMO RODRIGO, V., «El indulto de las personas jurídicas...op.cit., 2013, p. 304.

⁵⁵⁸ MAYORDOMO RODRIGO, V., «El indulto de las personas jurídicas...op.cit., p. 303: «Así, se ha manifestado respecto de la posibilidad de suspender o sustituir sus penas, considerando que, aunque en principio estas instituciones están concebidas para penas de prisión, en la lógica subyacente a la nueva regulación de no tratar peor a las personas jurídicas que a las físicas, se pueden realizar interpretaciones analógicas en beneficio del reo para conceder a las personas jurídicas los beneficios de la suspensión o la sustitución para penas interdictivas menores de dos años, tomando en consideración los efectos devastadores que este tipo de sanciones tienen para éstas. También la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011, contempla que los órganos jurisdiccionales intenten construir jurídicamente una *interpretación análoga in bonam partem*, por ejemplo, a la hora de apreciar circunstancias atenuantes de la responsabilidad.».

criminal, tal como afirma GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, juegan en contra de la posibilidad de contemplar a las personas jurídicas como beneficiarias del indulto⁵⁵⁹.

Por lo que respecta a mi posición personal considero que hoy por no hay impedimento alguno en considerar el indulto como causa de extinción de la responsabilidad penal plenamente aplicable a las personas jurídicas. Ahora bien, lo que sí es extremadamente urgente es ya no una reforma sino una nueva ley de indulto que contemple, con todas sus peculiaridades, el caso de las personas jurídicas.

2.3. Perdón del ofendido

Desde un punto de vista, puramente teórico, el perdón del ofendido⁵⁶⁰ integra el catálogo de las causas de extinción aplicables a las personas jurídicas. Sostenemos que esta institución tiene más relevancia en un plano teórico más que en el práctico, debido a que, tal como pondremos de relieve líneas más adelante, el ámbito de aplicación es muy reducido. Por esta razón sólo vamos a puntualizar algunos aspectos centrales de esta causa.

Sin entrar en grandes discusiones sobre el perdón del ofendido⁵⁶¹, se puede afirmar que éste «*consiste en una declaración expresa por parte del mismo en el sentido de que no se le imponga la pena al que ha cometido el delito*»⁵⁶².

En relación con el fundamento de esta figura penal, se ha destacado por la doctrina que el mismo se encuentra en la naturaleza del bien jurídico protegido de los delitos en relación con los cuales se puede emplear el perdón y que, mayoritariamente, son tan personales que lleva a que el interés privado se anteponga al público⁵⁶³. Por otro lado, se puede señalar como contraproducente desde el punto de vista político-criminal el hecho de que el Estado insista en la declaración de responsabilidad en relación con

⁵⁵⁹ GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., «La reforma de la Ley de indulto», *Diario La Ley*, núm. 8970, 2017, p. «Finalmente, establecida la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento penal en la reforma introducida por la LO 5/10, se plantea la aplicabilidad de la institución del indulto a las mismas. Razones de taxatividad y de política criminal relacionadas con la consideración de los partidos políticos y sindicatos como sujetos activos de algunos delitos contemplados en el CP abogan por la exclusión de los entes con personalidad jurídica del ámbito de aplicación de la vetusta ley de indulto».

⁵⁶⁰ Cfr. art 130.1. 5º CP.

⁵⁶¹ Como pudiera ser la distinción con otras figuras o el hecho de que, a pesar, del vocablo «perdón», es indiferente el estado afectivo del ofendido, para todo ello *vid.*, MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen...*op.cit.*, marginal 6664.

⁵⁶² PEDREIRA GONZÁLEZ, F., «Extinción de la responsabilidad penal», en ROCA AGAPITO, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 216.

⁵⁶³ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 433.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

unos hechos de escasa gravedad y respecto de los cuales el ofendido ha emitido su perdón, ya que la reacción punitiva se percibiría como *«innecesaria, inadecuada e ilegítima»*⁵⁶⁴.

De todas las previsiones que regulan el perdón del ofendido sólo queremos detenernos y analizar los supuestos en los que éste se puede aplicar. Así el primer paso es ver los supuestos concretos en los que el perdón del ofendido puede tener efectos. El Código penal establece dos grandes supuestos en los que se puede hacer uso del perdón del ofendido: un primer grupo viene constituido por los delitos leves perseguibles a instancia de parte; un segundo grupo se integra por aquellos delitos donde se prevea expresamente esta posibilidad.

Así, el primer grupo integra los siguientes delitos: delito leve de lesiones del art 147.2 CP; delito leve de maltrato de obra del art. 147.3 CP; delito leve de amenazas del art. 171.7 CP; delito leve de coacciones del art 172.3 CP; delito leve de vejación o injuria del art 173.4 CP. Ninguno de los delitos mencionados anteriormente puede determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De la categoría de los delitos que prevén expresamente la posibilidad de aplicar el perdón del ofendido forman parte los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 201.3 CP); delitos de calumnia e injuria (art. 215.3 CP); delito de daños imprudentes graves por cuantía superior a 80.000 € (art. 267). De estos delitos sólo el descubrimiento y revelación de secretos puede apreciarse en relación con las personas jurídicas. Por lo tanto, la figura del perdón del ofendido tiene un ámbito de aplicación restringido cuando se trata de personas físicas y uno casi nulo cuando nos referimos a las personas jurídicas.

MAPELLI CAFFARENA pone de manifiesto que *«a la vez que el perdón del ofendido se ha ido debilitando como causa de extinción de responsabilidad, por el contrario, otras tendencias privatizadoras, como los acuerdos entre las partes – ofensor y ofendido – sobre la base de una reparación, han ido, en cambio, aumentado su presencia en el sistema penal»*⁵⁶⁵. Si la constatación de esta realidad la ponemos en relación con el ámbito de las personas jurídicas necesariamente debemos preguntarnos si debemos dar una gran relevancia y de qué manera a la reparación. En todo caso los

⁵⁶⁴ PEDREIRA GONZÁLEZ, F., «Extinción ...op.cit., p. 211.

⁵⁶⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 433.

estudios y planteamientos en relación con la reparación se han hecho no contemplando ésta como una causa de extinción de la responsabilidad penal, sino como atenuante o incluso una tercera vía de castigo⁵⁶⁶.

2.4. La prescripción

2.4.1. Fundamento y naturaleza de la prescripción

Una reflexión sobre la institución de la prescripción y una posterior puesta en relación con el tema relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas requiere, aunque sea de manera sucinta, hacer referencia al fundamento y naturaleza de esta institución.

Sin perjuicio de que pudiéramos remontarnos mucho más atrás para poner de manifiesto que la discusión sobre el fundamento y la naturaleza de la prescripción tiene una larga trayectoria, basta con traer a colación las reflexiones que en los años 80 del siglo pasado hacía MORILLAS CUEVA acerca de esta institución. Así, el citado autor exponía su opinión en los siguientes términos *«aquí radica el verdadero significado de la prescripción penal tal como está concebida en nuestro derecho positivo: el Estado ante poderosas razones de política criminal y utilidad social basadas todas ellas en los efectos que produce el paso del tiempo y en las que pueden incluirse la mayoría de las enunciadas con anterioridad que van desde la disminución del interés represivo, la extinción de los efectos antijurídicos del hecho y de la alarma social producida, las dificultades probatorias a la eliminación de un estado de incertidumbre en las relaciones jurídicas entre el delincuente y el Estado, renuncia a ejercitar el “ius puniendi” que le corresponde al declarar extinguida la responsabilidad criminal.»*⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ Ver ampliamente la reparación de la víctima del delito económico en FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de derecho penal económico y penal de la empresa*, Lex Nova, Madrid, 2013, pp. 202-207 y, en concreto, p. 206 donde hace la siguiente consideración *«Pese a la indudable virtualidad que la fórmula de la reparación a la víctima presenta en determinados ámbitos, a mi juicio la misma tendría escasas posibilidades para cumplir los fines preventivos generales y especiales en el ámbito de la delincuencia económica, pudiendo incluso llegar a ser su uso contraproducente o criminógeno. Ello depende en todo caso del modelo de reparación que se utilice; siendo especialmente rechazables aquellos que no integran a la misma en el proceso penal como una consecuencia más del delito perdiendo por tanto buena parte del carácter aflictivo.»*. Sobre la reparación en el marco de la responsabilidad penal ver ampliamente NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 310-313.

⁵⁶⁷ MORILLAS CUEVA, L., *Acercas de la prescripción de los delitos y de las penas*, Publicaciones del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, 1980, p. 27.

Actualmente los razonamientos en torno al fundamento de esta institución no han variado sustancialmente, siendo la ausencia de necesidad de pena el eje sobre el que se fundamenta la prescripción⁵⁶⁸.

Si en relación al fundamento podemos percibir cierto consenso doctrinal, con respecto a la naturaleza de la prescripción la situación cambia radicalmente, pudiéndose encontrar desde opiniones que apuestan por una concepción sustantiva de la misma hasta posicionamientos que consideran que se le ha dado una importancia desmesurada al debate sobre la calificación de la prescripción como sustantiva o procesal.

Sin perjuicio de las posteriores reflexiones, hay que poner de manifiesto que el principal efecto de considerar que la prescripción tiene naturaleza material o procesal se proyecta sobre la posibilidad de que las normas que regulan esta institución puedan o no ser irretroactivas.

Como referente de los partidarios entre los que consideran que la naturaleza de la prescripción es de derecho material y no procesal, opinión sostenida también por la actual jurisprudencia⁵⁶⁹, podemos mencionar, entre otros⁵⁷⁰, a MIR PUIG, que si bien admite que en relación con la prescripción del delito podrían apreciarse algunos rasgos

⁵⁶⁸ Ver, entre otros, GÓMEZ MARTÍN, V., *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016, p. 182 «No resulta posible comprender correctamente el fundamento material de la naturaleza extintiva de la responsabilidad criminal de la institución si la misma no es puesta en relación con las funciones de la pena. Entre las diferentes fundamentaciones preventivas de la prescripción, la que parece encontrarse en la base de la concreta regulación de la prescripción del delito recogida en el Código penal español es la que vincula la prescripción del delito a la ausencia de necesidad preventivo-general de pena. Clara muestra de ello es el art. 131.1. CP. En dicho precepto se encuentran los diferentes plazos de prescripción del delito. Se trata de plazos cuya duración es directamente proporcional a la gravedad del delito, determinada, a su vez, por la duración de la pena asignada al delito.»

⁵⁶⁹ ORTS BERENQUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de derecho penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 436 que hacen una buena síntesis de la evolución de la posición jurisprudencial sobre esta materia « En este sentido resulta ilustrativa la evolución de la jurisprudencia constitucional, que en un primer momento fue muy restrictiva sobre el alcance del control en el recurso de amparo (v.gr. STC 152/1987), para luego admitir que sólo quedaba fuera del mismo, por considerar la prescripción como una cuestión de “legalidad ordinaria” una vez constatado que la resolución judicial impugnada está “debidamente fundamentada”, es “razonada y fundada”, “no arbitraria”, “no irrazonable”, o “que no carece de fundamento” (SSTC 12/1991 y 301/1994). Finalmente, consciente el TC de que las normas de prescripción son “normas penales materiales”, aunque no definen conductas sancionables y de que de su interpretación depende la aplicación del ius puniendi del Estado, ha acentuado el control sobre la aplicación judicial de la prescripción, exigiendo una mayor sujeción del Juez a la ley (así SSTC 64, 65,66, 68, 69 y 70/2001, de 17 marzo). Se trata pues de un “canon reforzado” a través de los arts. 24, 1º y 25, 1º CE».

⁵⁷⁰ MORILLAS CUEVA, L., *Acerca de la prescripción...op.cit.*, p. 43; PEDREIRA GONZÁLEZ, F., «Extinción...op.cit.», p. 212; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Plazos de prescripción del delito y estado de alarma», *Diario la Ley*, núm. 9640, 2020, pp. 1-6.

que indiquen que se trata de una institución procesal ello no resta que ésta sea de naturaleza material al igual que ocurre con la prescripción de la pena⁵⁷¹.

Como exponente de la opinión contraria podemos citar a BOLDOVA PASAMAR, que claramente se posiciona a favor de la naturaleza procesal de la prescripción, al señalar que *«si se parte de que la legitimación constitucional de la prescripción radica asimismo en el derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas (arts. 24.2 CE), y, por lo tanto, de la noción procesal de la prescripción, se llega al entendimiento de que se trata de prescripción de la acción penal (de la acción persecutoria).»*⁵⁷². Presentada esta opinión, el autor rebate algunas de las críticas que se habían formulado en relación con la posición sostenida, al precisar que *«el inconveniente principal de esta posición, según algunos autores, sería la renuncia a la aplicación del art. 130 del Código penal, esto es, a declarar extinguida la responsabilidad, por no haber alegado a tiempo la prescripción. Pero ello posiblemente se debe a un malentendido sobre las consecuencias que se desprenden de atribuir naturaleza procesal a la prescripción, Ésta, a la vista de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se opone al “efecto extintivo” sobre la responsabilidad criminal ordenado en el Código penal, ni a que, por tal motivo, pueda ser declarada de oficio. Sucede, sin embargo, que la prescripción, como excepción o artículo de previo pronunciamiento que (aunque también se puede alegar en diversos momentos del procedimiento), extingue ante todo la acción penal. La prescripción del delito no afecta al hecho delictivo, sino a la aplicación del Derecho. [...] Ahora bien, el transcurso prolongado del tiempo como base de la prescripción del delito hace decaer no sólo la necesidad de pena, sino también la necesidad de un proceso.»*⁵⁷³.

Tal como advertíamos al principio de las reflexiones sobre la naturaleza de la prescripción hay quienes consideran que el debate sobre esta cuestión está desenfocado y que lo realmente importante no es tanto la naturaleza de la prescripción como el alcance del principio de irretroactividad de las normas. En relación con este extremo

⁵⁷¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal...op.cit.*, p. 800 *«Es difícil negar la naturaleza material, y no procesal, de la prescripción de la pena, puesto que se produce con posterioridad al proceso, pero un sector doctrinal y jurisprudencial sostiene la naturaleza meramente procesal de la prescripción del delito. Ahora bien, sería absurdo que el transcurso del tiempo no pudiera extinguir nunca materialmente la responsabilidad penal si tuviera lugar antes de la condena y sí, en cambio, una vez impuesta la pena. Se impone, pues un planteamiento unitario, sin perjuicio de admitir matices diferenciales de ambas clases de prescripción.»*

⁵⁷² BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Extinción de la responsabilidad penal» en GRACIA MARTÍN, L., (Coord.) *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 403.

⁵⁷³ BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Extinción...op.cit.», p. 404.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

hacemos nuestros los argumentos de MOLINA FERNÁNDEZ y que nos vamos a permitir reproducir a continuación: «*La cuestión, sin embargo, podría no ser tan relevante como se pretende. En primer lugar, no es posible encontrar una línea de demarcación absolutamente precisa entre el Derecho penal y el procesal. Asignar una institución al ámbito, todavía penal, de la punibilidad, o al de las condiciones de procedibilidad es en algunos casos más una cuestión convencional, de etiquetas, que de contenido (nº 4805 s.). Por otro lado, la garantía de irretroactividad no está limitada a las disposiciones penales desfavorables, sino a cualquier ley posterior restrictiva de derechos individuales (Const. art.9.3), así que la cuestión de si puede aplicarse retroactivamente una ley que, por ejemplo, prolongue los plazos de prescripción, debe examinarse teniendo en cuenta si se produce tal restricción de derechos o no*»⁵⁷⁴.

Por lo tanto, el problema no reside tanto en la naturaleza de la prescripción como en la consideración que las normas que la regulan no pueden aplicarse de manera retroactiva si son desfavorables.

2.4.2. La prescripción del delito

2.4.2.1. Plazos y cómputo: dificultades derivadas de la falta de mención expresa a las personas jurídicas

Si en relación con las demás causas de extinción de la responsabilidad criminal que pueden aplicarse a las personas jurídicas no se ha necesitado hacer un esfuerzo interpretativo muy grande para acomodarlas a tales entes, con la prescripción del delito la cuestión se vaticina algo más compleja. Ello se debe, una vez más, a la aparente falta de

⁵⁷⁴ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen...*op.cit.*, marginal 6678. En el mismo sentido RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 89-90; CERRADA MORENO, M., «La naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos», *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, X, 2017, pp. 126-128 que destaca con una propuesta totalmente distinta a las planteadas hasta el momento «*Sería deseable, pues, que la Ley de Enjuiciamiento Criminal abandonase la concepción de la prescripción como causa que impide el enjuiciamiento de los hechos, ya que no cabe duda de que la prescripción no puede afectar al delito como hecho del pasado, sino únicamente a la posibilidad de imponer en el momento presente una pena o medida de seguridad. Pero ello no debería impedir, por un lado, que pueda fijarse una verdad judicial de lo sucedido, siquiera para los delitos más graves o que, sin serlo con carácter general, le hayan causado un perjuicio de gravedad a la víctima, realizándose así una labor de reconocimiento de las mismas y facilitándoles la rápida satisfacción de su derecho a la restitución, reparación o indemnización 71, sin perjuicio de que, por razón del tiempo transcurrido, al haberse extinguido por prescripción la punibilidad del hecho concreto, no se imponga la pena al reo, o la impuesta no se llegue a ejecutar, o pueda ser sustituida por otra medida.*».

reflexión del legislador o, si se quiere, a la falta de concreción a la hora de manifestar su voluntad.

En el caso de la prescripción de los delitos, el primer problema interpretativo que surge está relacionado con un aspecto esencial de la institución que es el plazo de dicha prescripción. Cuando ponemos en relación la normativa que regula el plazo de prescripción de los delitos⁵⁷⁵ y el sistema general de responsabilidad penal de las personas jurídicas observamos que el único dato expreso que tenemos y podemos emplear es la gravedad de las penas previstas para las personas jurídicas que, como es sabido, siempre tienen la consideración de graves de acuerdo con el artículo 33.7 CP. Este dato es muy útil para determinar el plazo de prescripción de la pena, pero no es tan clarificador si lo proyectamos sobre el contenido del artículo 131 CP.

La gran pregunta que surge es cuál es el plazo de prescripción de los «delitos» atribuidos a las personas jurídicas. Las alternativas que se presentan son dos: estimar que el plazo de prescripción del delito en el supuesto de las personas jurídicas es siempre de cinco años; considerar que el plazo de prescripción del delito es idéntico en el caso de las personas físicas y jurídicas y, por lo tanto, en función de la pena de prisión prevista para el delito de que se trate se determinará el plazo del «delito» de las personas jurídicas. Por lo tanto, aquí el dilema reside en determinar cuál es el parámetro que debemos seguir máxime cuando la elección del mismo tiene consecuencias muy diversas⁵⁷⁶.

⁵⁷⁵ Cfr. art. 131 CP «1. Los delitos prescriben: A los veinte años, cuando la pena máxima señalada al delito sea prisión de quince o más años. A los quince, cuando la pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de diez años, o prisión por más de diez y menos de quince años. A los diez, cuando la pena máxima señalada por la ley sea prisión o inhabilitación por más de cinco años y que no exceda de diez. A los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año. 2. Cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción. 3. Los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, salvo los castigados en el artículo 614, no prescribirán en ningún caso. Tampoco prescribirán los delitos de terrorismo, si hubieren causado la muerte de una persona. 4. En los supuestos de concurso de infracciones o de infracciones conexas, el plazo de prescripción será el que corresponda al delito más grave.

⁵⁷⁶ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 269 «En relación a la prescripción, se presenta la alternativa de tomar como parámetro la gravedad de la pena impuesta al delito cometido por la persona física, o por el contrario, tomar como referencia la gravedad de la pena impuesta a la persona jurídica. Naturalmente los plazos son muy diferentes, según se opere con uno u otro criterio. Así, si se sigue el primero, dependiendo de la gravedad de la pena del delito cometido por la persona física, los plazos de prescripción pueden llegar a los diez años. Sin embargo, si se opta por la segunda interpretación,

La primera opción, la de considerar que el plazo de prescripción del «delito» de la persona jurídica es de cinco años, se fundamentaría en la previsión del artículo 131 CP que reza lo siguiente: *«a los cinco, los demás delitos, excepto los delitos leves y los delitos de injurias y calumnias, que prescriben al año»*. Esta posición puede ser válida, sobre todo, si tenemos en cuenta que, en la mayoría de los casos, lo que se impone de manera obligatoria a las personas jurídicas es una pena de multa⁵⁷⁷. Ahora bien, ¿se justifica la existencia de un plazo de prescripción diferente para la persona física y la jurídica? Por ejemplo, se podría dar esta situación en el caso del tráfico de órganos (art 156 bis) donde el plazo de prescripción del delito para la persona física sería de diez años y para la jurídica de cinco. Aunque también hay que poner de manifiesto que existen muchos casos en los cuales el plazo de prescripción de los dos sujetos coincide, con independencia de la alternativa interpretativa por la que se opte⁵⁷⁸.

En relación con este interrogante, considera RAGUÉS I VALLÉS que la coherencia de la respuesta viene condicionada por el modelo de imputación que se tome como base. Así, de acuerdo con un modelo de transferencia o de heterorresponsabilidad los dos sujetos deberían someterse al mismo plazo de prescripción. No obstante, en el caso de que el punto de partida sea el modelo de autorresponsabilidad entonces estaríamos ante infracciones distintas y no habría obstáculo alguno para que cada una tuviera un plazo de prescripción distinto. El mencionado autor se inclina por considerar más acertada esta segunda opción⁵⁷⁹.

conforme al art. 131 CP, todas las infracciones prescribirían a los cinco años, salvo en dos excepciones.»

⁵⁷⁷ MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I., «La prescripción de los delitos cometidos por las personas jurídicas», *Diario la Ley*, núm. 9638, 2020, p.10 *«Así, siendo la multa la pena principal a considerar, y estando el resto de penas que contempla el artículo 33.7 CP limitadas a un máximo de dos años, salvo que se den una serie de circunstancias personales a de la entidad, de conformidad con el artículo 131 CP el plazo de prescripción es de cinco años. Puede plantearse la duda de que en el supuesto de que se dé la condición de reincidencia o uso instrumental de la persona jurídica, aumente el plazo de prescripción. No obstante, como se ha indicado, el hecho de que se trate de circunstancias personales al sujeto del delito, y no de uno de los elementos del tipo, impide que nos planteemos la existencia de un nuevo marco penal abstracto, manteniéndose el plazo de prescripción en cinco años.»*

⁵⁷⁸ Cfr. arts. 305 y ss. relativos a los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

⁵⁷⁹ RAGUÉS I VALLÉS, R., «Prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en SUÁREZ LÓPEZ, J.M; BARQUÍN SANZ, J.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.; JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.; SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J.E., (Dir.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 563. *«Por las razones, la tesis según la cual la responsabilidad de la persona física y de la persona jurídica se rigen por sus respectivos plazos, que no tienen por qué coincidir necesariamente, es la que encuentra mejor acomodo en la lex lata española y, además la que resulta más combatible con el modelo de la responsabilidad por el hecho propio, que actualmente parece dominar en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo»*.

Por su parte, la Fiscalía General, en relación con esta diferencia en cuanto al plazo de prescripción, parece mantener un criterio similar al expuesto anteriormente al poner de manifiesto que *«cabe la posibilidad, por tanto, de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, lo que no debe extrañar por cuanto constituye una opción político criminal perfectamente asumible que, sin embargo, quizá debiera haberse explicado en la Exposición de Motivos de la Ley»*⁵⁸⁰.

Contraria a lo expuesto hasta ahora, es la opinión de GONZÁLEZ CUSSAC que considera que debería tomarse como parámetro la gravedad de la pena de la persona física para determinar el plazo de prescripción del delito. A tal efecto esgrime las siguientes razones: *«Una, que los plazos del art. 131 CP originariamente están pensados para la responsabilidad de las personas físicas, no de las personas jurídicas. Segunda, que el ordenamiento, al no introducir una previsión expresa para las personas morales en esta materia, no permite que el intérprete cree un régimen distinto. Tercera, que la normativa procesal toma como referencia para establecer la competencia la gravedad del delito cometido por la persona física. Y cuarto, que esta opción se acomoda mejor al modelo legal, es decir, que parte como presupuesto de la infracción realizada por la persona física.»*⁵⁸¹.

A la vista de las opciones interpretativas planteadas anteriormente, a nuestro modo de ver, la solución que mejor encaja con la regulación actual es la que considera que el plazo de prescripción del delito en caso de las personas jurídicas es de cinco años. Al no tener el más mínimo referente por no establecer el legislador ninguno, sólo cabe hacer una interpretación lo más respetuosa con el principio de legalidad. Si el legislador no ha previsto que se tome en consideración la pena de la persona física para determinar el plazo de prescripción del delito en el caso de las personas jurídicas, no debemos hacer extensivas esas reglas a las personas jurídicas, máxime cuando ello supondría una interpretación desfavorecedora, al abrir la puerta a plazos de prescripción mucho más amplios. Ahora bien, esto no es óbice para poner de manifiesto, por enésima vez, que el legislador no mantiene una mínima coherencia interna a la hora de introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal. ¿Qué sentido tiene considerar las penas de las personas jurídicas como graves y, que, sin

⁵⁸⁰ Vid. Circular 1/2011 de la FGE, p. 25.

⁵⁸¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal...op.cit.*, p. 269.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

embargo, cuando se trate de la prescripción del delito el único plazo de prescripción aplicable sea el más corto posible? ¿Acaso, esa consideración de pena grave no debería verse reflejada también en el caso de la prescripción del delito? ¿Si para otros aspectos como la determinación de la pena de multa proporcional cuando no fuere posible concretarla⁵⁸² o la determinación de la extensión de la pena interdictiva⁵⁸³ se ha establecido una correlación con la pena privativa de libertad de la persona física, por qué no se ha hecho también en el caso de la prescripción del delito?

Sin dar por cerrado el debate sobre el plazo de prescripción del delito en el caso de las personas jurídicas, pasamos a hacer alguna reflexión en relación con el inicio del cómputo del plazo, cuestión que ni siquiera para el caso de las personas físicas está siempre claro, dado que «*el actual CP deja abierta la cuestión al remitir al “día en que se ha haya cometido la infracción punible”, puesto que ello deja sin decidir si la infracción punible ha de entenderse cometida en el momento de realización de la conducta o, por el contrario, en el de la producción del resultado*»⁵⁸⁴. Al anterior problema que analizaremos brevemente ahora hay que añadir la cuestión relativa a las personas jurídicas.

Tal como se ha apuntado anteriormente en relación con el inicio del cómputo de la prescripción del delito, la discusión siempre ha estado enmarcada por el debate sobre la teoría de la actividad o la del resultado. Hoy por hoy parece que es la teoría de la actividad la que coge mayor fuerza, aun cuando no resuelve satisfactoriamente todos los supuestos que se puedan plantear⁵⁸⁵.

⁵⁸² Cfr. art. 52.4. CP «4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: a) 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. b) 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. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.».

⁵⁸³ Cfr. art. 66 bis 2ª CP «2.ª Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.».

⁵⁸⁴ MIR PUIG, S., *Derecho penal...op.cit.*, p. 807.

⁵⁸⁵ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 439 «Como regla general los plazos comenzarán a computarse “desde el día que se haya cometido la infracción punible” (art 132.1 CP). Nada hay que objetar a este criterio salvo que pueden darse casos excepcionales – con un dilatado espacio entre la acción y el resultado – en los que, cuando se produce éste, el delito puede estar ya prescrito. En cambio, tanto en la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por tomar en cuenta el momento en el que se produce el resultado, argumentado que el mismo forma parte del tipo y sin él no

Aplicando este problema al caso de las personas jurídicas nos encontramos con la necesidad de dilucidar el momento en el que se inicia el cómputo del plazo de las personas jurídicas. Aquí parece que, una vez más, resulta determinante el modelo de imputación de las personas jurídicas que se toma como base. RAGUÉS I VALLÉS considera que si se parte del modelo de transferencia entonces la responsabilidad de los dos sujetos debe empezar a prescribir a la vez mientras que si lo que se contempla es un modelo de responsabilidad por el hecho propio la prescripción de los dos tipos de personas no tiene por qué coincidir, pudiendo iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la persona jurídica mucho más tarde por prolongarse el déficit organizativo⁵⁸⁶. Si aplicásemos la anterior visión a un ejemplo concreto podríamos decir que en el caso de que en el seno de una empresa (que responde por el hecho propio) se ha cometido a lo largo de 3 años un delito por año y por persona física distinta pues el cómputo de la prescripción del delito de la persona jurídica se iniciaría el tercer año. Estaríamos ante una especie de delito continuado de la persona jurídica y, siguiendo el criterio aplicado en relación con las personas físicas, el cómputo se iniciaría cuando cesara la actividad delictiva. No obstante, creemos que el modelo actual establecido por la legislación positiva no trata estas situaciones en esos términos. Con independencia del modelo de imputación de las personas jurídicas y sin perjuicio de las pertinentes críticas, parece que la normativa actual ha diseñado un esquema muy básico de generación de responsabilidad al ente colectivo, siendo suficiente una única actuación de la persona física para que se pueda aplicar todo el sistema configurado para las personas jurídicas.

Esta forma tan simplificada, en el sentido anteriormente expuesto, de imputar a las personas jurídicas es la que pone de manifiesto GONZÁLEZ CUSSAC y la que, a nuestro parecer, permite defender que el inicio del plazo del cómputo en el caso de los entes colectivos bajo ningún concepto puede ser posterior al de la persona física. La

habría delito cometido (STS 9 julio 1999). No nos parece válido el argumento, porque la tentativa y los delitos sin resultado son delitos. La única razón que podría justificar considerar el resultado, en vez de la acción típica, es de política criminal, pero semejante interpretación carece de cobertura legal.»

⁵⁸⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R., «Prescripción y responsabilidad penal...*op.cit.*, p. 567 «mientras el modelo de la transferencia conduce a que, necesariamente, la responsabilidad de la persona jurídica y de su agente empiecen a prescribir en el mismo momento (a saber: cuando finaliza el llamado “hecho de conexión”), una aplicación coherente con el modelo de responsabilidad por el hecho propio lleva a entender que los instantes de inicio del cómputo de cada plazo no tienen por qué coincidir. Y, si bien antes de la comisión del delito de la persona física no puede empezar a prescribir todavía la responsabilidad de su principal, esta puede empezar a extinguirse en un momento más tardío si el déficit sigue prolongándose en el tiempo».

idea en la que fundamentamos nuestra posición está expuesta en las siguientes reflexiones de GONZÁLEZ CUSSAC que reproducimos a continuación: «*La más importante es que para el texto español resulta indiferente el grado de ejecución y la clase de intervención de la persona física en el delito para originar la responsabilidad de la persona jurídica. Esta idea requiere, como hemos adelantado, una exégesis amplia del término “cometer”. Cuestión distinta es que las diferencias entre delito consumado e intentado, o las referidas a autoría y participación, en particular la complicidad, puedan tomarse en consideración en el flexible proceso de determinación de la pena. Esta indiferencia legal respecto a diversas reglas de extensión de la punibilidad para habilitar la sanción de la persona moral puede extenderse más allá del ámbito del iter criminis y de autoría y participación. En efecto, y como se ha señalado, alcanza a dolo e imprudencia, error, o comisión por omisión. Así, por ejemplo, se ha examinado si la comisión por la persona física idónea de un delito imprudente también constituye título habilitante. Ello sucede en el juego entre el art. 328 y el art. 331 CP en los delitos medioambientales. De la literalidad de los preceptos aludidos no puede excluirse el castigo, al margen que puedan esgrimirse otros argumentos en uno y otro sentido. De nuevo habría que concluir que la ley iguala la responsabilidad penal de la sociedad en supuestos de comisión por la persona física de delitos dolosos e imprudentes, si bien la diferencia pueda ser valorada en el proceso de determinación de la penalidad*»⁵⁸⁷.

Por lo tanto, el inicio del cómputo del plazo de prescripción del delito de la persona jurídica, en el mejor de los casos, será el mismo que el de la persona física pero nunca posterior. No obstante, en situaciones como la del delito continuado de la persona física podrían surgir dudas si el inicio de dicho cómputo debe situarse en la última infracción o en la primera, ya que esta por sí sola permitiría hacer responsable al sujeto colectivo. Esto implica que tanto en los supuestos habituales, como en las situaciones algo más complejas⁵⁸⁸, como, por ejemplo, pluralidad de las infracciones⁵⁸⁹, delitos

⁵⁸⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal...op.cit.*, pp. 159-160.

⁵⁸⁸ No vamos a reproducir aquí todas situaciones donde la determinación del inicio de plazo del cómputo se torna compleja dado que las mismas han tenido respuesta oportuna por parte de la doctrina. Simplemente recordar que entrarían en esta categoría situaciones relativas a los partícipes y encubridores; el delito de omisión; los delitos continuados; los delitos con víctimas menores de edad; los delitos conexos entre otros.

⁵⁸⁹ Cfr. art. 131.4 CP y propuestas de solución en relación con algunos problemas interpretativos en GÓMEZ MARTÍN, V., «Artículo 131» en CORCOY BIDASOLO, M. Y MIR PUIG, S. (Dirs.) y VERA SÁNCHEZ, J.S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LOI/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 471; MIR PUIG, S., *Derecho penal...op.cit.*, pp. 804-805.

imprudentes⁵⁹⁰ o tentativa⁵⁹¹ habrá que acudir a las reglas y criterios desarrollados para las personas físicas, dado que, repetimos una vez más, el momento del inicio del cómputo de su plazo de prescripción del delito será el mismo que el que se tome en consideración para las personas jurídicas.

2.4.2.2. Interrupción y suspensión del cómputo

Si hasta la reforma llevada a cabo por 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 la cuestión relativa a la interrupción y suspensión del cómputo del plazo de prescripción del delito era un tema que suscitaba un intenso debate, tanto en sede doctrinal como jurisprudencial, en la actualidad, tras la mencionada modificación, podemos observar bastante consenso, debido a una mejora de la legislación positiva.

Pese a su obviedad, conviene recordar que la interrupción del plazo de prescripción supone que el tiempo transcurrido hasta la apreciación de la causa que determina la paralización del cómputo queda sin efecto, debiéndose reiniciar el cómputo desde el principio una vez desaparecida aquella. En cambio, en el caso de la suspensión del cómputo, una vez que desaparece la causa que motivó dicha suspensión, el cómputo se reanuda desde el momento en el que se había detenido, sin inutilizar el tiempo ya transcurrido.

Aquí, las peculiaridades relativas a la aplicación del contenido del artículo 132 CP al caso de las personas jurídicas son pocas, debido a que el mencionado precepto no implica mayores problemas interpretativos cuando se trata de ponerlo en relación con estos entes.

En su momento se había suscitado alguna duda sobre el grado de identificación de la persona jurídica como «*persona indiciariamente responsable del delito*», pero fue rápidamente resuelta por la primera Circular de la Fiscalía General del Estado dictada en esta materia, llegando a la conclusión de que, al igual que pasaba con la persona

⁵⁹⁰ ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio...op.cit.*, p. 437 «*En los delitos imprudentes se entiende no desde el momento de realizar la conducta sino desde el instante de producirse el resultado (STS 1-6-1999).*».

⁵⁹¹ MIR PUIG, S., *Derecho penal...op.cit.*, p. 809 «*En la tentativa la prescripción empezará a correr cuando el sujeto realice el último acto ejecutivo – salvo que en la autoría mediata en que se utiliza un instrumento que actúa con posterioridad al autor, habrá que optar entre el momento de la actuación del autor mediato (teoría de la actividad) o el momento en que termine su intervención el instrumento (teoría del resultado).*».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

física, la identificación de este sujeto debe ser lo más directa y concreta posible para que se pueda interrumpir el plazo de prescripción⁵⁹².

Salvando la anterior puntualización, las normas relativas a la interrupción y suspensión se aplican por entero y sin variación a las personas jurídicas.

2.4.3. La prescripción de la pena

A diferencia de lo que ocurría en el caso de la prescripción del delito, en el supuesto de la prescripción de las penas impuestas a las personas jurídicas sí tenemos un parámetro claro de cuál debe ser el plazo. El elemento central a estos efectos será el artículo 33.7 del CP⁵⁹³ que, a pesar de lo que pueda parecer inicialmente, sus efectos no son siempre positivos.

Sabido es que el artículo 133 del CP establece diferentes plazos de prescripción en función del número de años de prisión y de inhabilitación y cierra con unas cláusulas, entre las que se encuentra la relativa a las «*restantes penas graves*» para las que prevé un plazo de prescripción de 10 años. Parece que el tema está resuelto y, por lo tanto, al disponer de una referencia para determinar el plazo de prescripción de las penas de las personas jurídicas no nos vamos a encontrar con mayores dificultades. En parte las cosas son así; no obstante, aquí el legislador habría operado con un criterio opuesto respecto a cómo ha actuado en relación con la prescripción del delito. Si en

⁵⁹² Vid. Circular 1/2011 de la FGE, p. 40 «*Por consiguiente, sólo cuando quede identificada la persona jurídica como posible responsable penal, se interrumpirá la prescripción respecto de la misma conforme establece la norma citada. La regla 3ª del precepto, relativa a organizaciones o grupos de personas a los que se atribuya el hecho, parece permitir la identificación inconcreta de los individuos que forman parte de la organización o el grupo, pero no de la propia organización o grupo en sí, a cuyo fin, los Sres. Fiscales cuidarán de facilitar el mayor número de datos posibles a tal efecto, sin perjuicio de entender que los cambios de denominación, fusiones, transformaciones y demás expresiones propias de la dinámica societaria no tendrán incidencia alguna en cuanto a la prescripción ya interrumpida respecto de la corporación originaria.*». Se muestra de acuerdo con tal interpretación RAGUÉS I VALLÉS, R., «Prescripción y responsabilidad...op.cit., pp. 569-570.

⁵⁹³ Cfr. 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.*».

relación con esta última cuestión no teníamos referencia alguna, en relación con la prescripción de la pena la referencia que nos ofrece es inamovible, es decir, con independencia de cualquier vicisitud o interpretación, el plazo será siempre de 10 años.

Esta afirmación se deduce fácilmente de una lectura atenta del artículo 33.7 del CP. Lo importante del citado precepto no es sólo el que determina que todas las penas que se pueden imponer a las personas jurídicas tienen la consideración de graves, sino que esa característica se predica con independencia de cuál sea la duración de la pena impuesta a la persona moral. Si miramos el apartado a) del art 33.7 vemos que la referencia se hace a multas por cuotas o proporcional, sin mención alguna a la duración de la misma. Por lo tanto, a diferencia de lo que pasa con la pena de multa prevista para las personas físicas -que varía la calificación sobre su gravedad en función de la duración⁵⁹⁴-, en el supuesto de las personas jurídicas una pena de multa de unos meses o días sigue manteniendo la calificación de grave. La misma interpretación se debe seguir con las demás penas previstas para las personas jurídicas, dado que el precepto comprende cualquier duración de las mismas.

Esta calificación de pena grave omnicomprendiva hace innecesario, debido a que el resultado no varía, trasladar a la sede de responsabilidad penal de las personas jurídicas muchos aspectos controvertidos que se habían resuelto en relación con la aplicación de esta institución a las personas físicas. Sin ánimo de ser exhaustivos pondremos algún ejemplo.

El debate sobre si la pena que se debe tomar en consideración a efectos de la prescripción es la concreta o abstracta⁵⁹⁵ es estéril cuando se pone en relación con la cuestión de las personas jurídicas, dado que el plazo no varía en absoluto. Incluso carecería de sentido la discusión sobre el plazo de las penas reducidas por un indulto

⁵⁹⁴ Cfr. arts. 33.3 j) y 33.4 g) CP.

⁵⁹⁵ RAGUÉS I VALLÉS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en TERUELO, J.G. (Dir.), *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Fabio Suárez Montes*, FERNÁNDEZ Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 549 « *Un primer problema es el relativo a si, para el cómputo de los plazos previstos en el art. 133.1 CP, debe tenerse en cuenta la pena concreta impuesta en la sentencia o bien el marco penal abstracto previsto en la parte especial del Código para la infracción por lo que haya sido condenado el sujeto. Entre estas dos opciones parece evidente que la primera es la correcta y, en consecuencia, resulta acertada la afirmación del Tribunal Supremo de que “no es la pena en abstracto lo que pierde sentido por el transcurso del tiempo sino, que lo decisivo es la pena realmente impuesta”* ».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

parcial⁵⁹⁶ o por computarse el tiempo de duración de las medidas cautelares⁵⁹⁷, dado que la incidencia en el plazo de prescripción es nula y el plazo seguiría siendo de diez años.

Hechas las anteriores reflexiones en relación al inamovible plazo de prescripción de las penas de las personas jurídicas resta analizar los problemas relativos al cómputo de dicho plazo.

El artículo 134.1 CP determina que el plazo de prescripción empezará a computarse desde la sentencia firme o desde el quebrantamiento de la condena, si la pena ya hubiese comenzado a cumplirse.

Refiriéndonos al primer posible momento de inicio del cómputo del plazo, el de la sentencia firme, hay que hacer varias puntualizaciones. En primer lugar, por ser algo engañosa la expresión del citado artículo, es necesario dejar claro que hay consenso sobre el hecho de que el tiempo que transcurre durante el cumplimiento efectivo de la pena no computa a efectos de la prescripción⁵⁹⁸. Por otro lado, ya se advertía en el supuesto de las personas físicas que, en relación con determinadas penas como los trabajos en beneficio de la comunidad, las multas o las inhabilitaciones se requerían unas diligencias previas a la ejecución de las mismas, pero *«este tiempo de preparación de la ejecución no debe contar a efectos de la prescripción porque se trata de tiempo de cumplimiento.»*⁵⁹⁹. Estas cuestiones se resuelven de la misma manera se trate de personas físicas o de jurídicas. En cambio, problemas derivados de penas de cumplimiento sucesivo⁶⁰⁰ o de penas compuestas⁶⁰¹ no se dan en el supuesto de las

⁵⁹⁶ Díez Ripollés, J.L., «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», *InDret*, núm. 2, 2008, pp.8-9 donde expone y fundamenta la idea que, de conmutarse en parte la pena como consecuencia de un indulto parcial, pues se debería tomar en consideración la duración de la pena resultante para establecer el plazo de prescripción.

⁵⁹⁷ Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 443 *«Para algunos autores debe considerarse la pena real y no la nominal. Es decir, que para determinar el plazo prescriptivo debemos previamente proceder a liquidar la pena y descontar la prisión preventiva, si la hubo, y el resto de las medidas cautelares, así como los posibles indultos parciales (Álvarez García, Morales Prats). El art. 133 CP se refiere, en cambio, a la pena nominal, a la impuesta, no la que hay que ejecutar después de someter aquella a una serie de consideraciones ajenas a la prescripción. Pero además considerando la pena real, no podría entenderse que para quien huye de la prisión se tenga en cuenta la pena total impuesta sin descontar el tiempo cumplido antes de huir y para los preventivos sí se descuenta (solución que no comparte Álvarez García; Boldova Pasamar)».*

⁵⁹⁸ Cardenal Monraveta, S., «Artículo 134» en Corcoy Bidasolo, M. y Mir Puig, S. (Dir.) y Vera Sánchez, J.S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 479.

⁵⁹⁹ Mapelli Caffarena, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 444.

⁶⁰⁰ Molina Fernández, F., «Causas que extinguen...op.cit., marginal 6750.

⁶⁰¹ Molina Fernández, F., «Causas que extinguen...op.cit., marginal 6752.

personas jurídicas, porque, salvando la disolución, las demás se pueden cumplir de manera simultánea.

Algo más problemático es el segundo posible momento del inicio del cómputo. El quebrantamiento de condena como inicio del cómputo del plazo de prescripción de la pena impuesta a la persona jurídica encuentra su principal problema en el hecho de que, como ya se ha puesto de manifiesto repetidas veces, no se prevé el quebrantamiento de condena para el caso de las personas jurídicas. No obstante, este escollo se puede salvar si nos alineamos con la interpretación que CARDENAL MONTRAVETA ofrece en este punto y que, a pesar de sólo hacer referencia a las personas físicas, es totalmente reproducible para el caso de las personas jurídicas. Así, el citado autor hace la siguiente afirmación *«la referencia al quebrantamiento de condena como causa de (re)inicio del cómputo del plazo de prescripción ha de entenderse como una referencia al incumplimiento de la pena. El incumplimiento de la pena posterior al inicio de su cumplimiento no supone siempre la realización del tipo de un delito de quebrantamiento de condena, pero la delimitación de éste como un supuesto de incumplimiento agravado es aquí irrelevante.»*⁶⁰². Si nos adherimos a esta interpretación, se resolverían, al menos en parte los problemas derivados del hecho de que el delito de quebrantamiento de condena no es uno de los que puede generar responsabilidad penal a las personas jurídicas. Por lo tanto, bastaría un mero incumplimiento de la pena (es decir, no necesariamente grave) para que se iniciase el cómputo del plazo de prescripción.

Con la cuestión sobre el quebrantamiento de condena aparentemente resulta, parece que lo único que quedaría por analizar es cuándo se debe entender cumplida una pena impuesta a una persona jurídica. En este punto debemos volver a poner de manifiesto, al igual que se hizo también cuando se analizaba el cumplimiento de la condena como causa de extinción de la responsabilidad penal, la falta de un régimen de ejecución, sobre todo de las llamadas penas interdictivas. Además, determinar si una pena se ha incumplido requiere necesariamente, tener claro su contenido y alcance y, sin embargo, tal como vimos en su momento, en no pocas ocasiones las penas interdictivas tienen un alcance muy difícil de determinar. No obstante, podemos hacer alguna observación.

⁶⁰² CARDENAL MONTRAVETA, S., «Artículo 134» ...*op.cit.*, p. 480.

Las penas que mayores problemas presentan al intentar proyectar sobre las mismas la institución de la prescripción serán, la disolución y la intervención judicial. En relación con la primera, podríamos afirmar que se trata de una pena imprescriptible dado su carácter definitivo y, por lo tanto, por muchos incumplimientos que haya, el ordenamiento jurídico seguirá exigiendo el cumplimiento de esta medida. Podríamos preguntarnos si el artículo 136.3 CP⁶⁰³ establece en realidad un plazo de prescripción. Consideramos que no y la respuesta negativa se sostiene no sólo desde un punto de vista sistemático, dado que el artículo 136.3 regula la cancelación de los antecedentes penales⁶⁰⁴, sino también desde un punto de vista lógico. Si se considera oportuno introducir en el ordenamiento jurídico penal una pena con este carácter definitivo, se sobreentiende que se han contemplado situaciones en las que la persona jurídica que sufre tales consecuencias no puede encauzarse en un funcionamiento no delictivo nunca más. Frente a dicha situación, qué sentido tendría prever un plazo de prescripción para la disolución.

Por lo que respecta a la pena de intervención judicial, ya en su momento pusimos de manifiesto la gran indeterminación que caracteriza a esta medida. Esta circunstancia afecta también al aspecto relativo al momento del incumplimiento de esta pena. Habrá que determinar el incumplimiento en cada caso concreto en función del alcance que el juez haya conferido a esta medida. No tendrá la misma importancia retrasarse en la emisión, por parte de la persona jurídica, de un informe preceptivo que negar al interventor acceder a algunas instalaciones.

Las demás penas no plantean mayores problemas para determinar el inicio del cómputo del plazo de prescripción. Incluso en algún caso, como el de la pena de multa se pueden utilizar interpretaciones doctrinales referidas a la situación de las personas físicas⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Cfr. art 136.3 CP «Las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 se cancelarán en el plazo que corresponda, de acuerdo con la regla prevista en el apartado 1 de este artículo, salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibición definitiva de actividades. En estos casos, se cancelarán las anotaciones transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia».

⁶⁰⁴ En todo caso, como se verá en el momento oportuno los antecedentes penales nunca desaparecen del todo.

⁶⁰⁵ CARDENAL MONTRAVETA, S., «Artículo 134» ...*op.cit.*, p. 480, «El aplazamiento del inicio del pago de la multa no supone la suspensión de su ejecución y, por lo tanto, del cómputo del plazo de prescripción, desde entonces y hasta que venza el plazo fijado, se prorrogue o se inicie el cumplimiento. El aplazamiento se acuerda, precisamente, para facilitar el cumplimiento de la multa y contando con que

Por último, resta hacer una referencia a la suspensión del cómputo del plazo de prescripción. Ninguno de los supuestos previstos 134.2 CP puede aplicarse a las personas jurídicas. Por un lado, ya pusimos de manifiesto que no se plantea ningún problema de cumplimiento de varias penas a la vez, salvo obviamente, si se trata de la pena de disolución. Por otro lado, a día de hoy no está prevista la suspensión de la pena de las personas jurídicas.

2.5. Antecedentes penales de las personas jurídicas

Aunque ya se ha apuntó en su momento es conveniente recordar que no sólo el artículo 136 del Código Penal fue modificado para hacer referencia al caso de las personas jurídicas, sino que también la normativa que regula los aspectos concretos sobre el registro de los antecedentes penales sufrió cambios en este sentido. Nos referimos al Real Decreto 1611/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Como tendremos ocasión de ver, algunas de las previsiones de esta norma nos ayudarán en la interpretación de los supuestos de no extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dado que el artículo 9 del mencionado Real Decreto establece como información obligatoria que debe figurar al inscribir las sentencias firmes las «*Resoluciones judiciales que se pronuncien sobre el traslado de la pena de acuerdo con el artículo 130.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*». Pero, mientras tanto, vamos a centrarnos, en lo que nos ocupa, que es la regulación de los antecedentes penales.

Los antecedentes penales son un efecto de la pena que persiste más allá de la extinción de la misma. Este instrumento muy criticado por la doctrina⁶⁰⁶, cumple muchas más funciones en el sistema de penas previsto para las personas físicas que en el previsto para las personas jurídicas. Mientras que, para el caso de estas últimas, el único

pueda satisfacerse así la función preventiva del Derecho penal. Y lo mismo puede decirse del acuerdo de fraccionar el pago: tampoco suspende la ejecución de la multa, aunque no comporta, por sí solo, que se haya iniciado el cumplimiento de la multa. Tras realizar el primer pago, el tiempo transcurrido entre los plazos fijados por el Juez o Tribunal para abonar la multa no es un periodo de incumplimiento que deba computarse como tiempo de prescripción; el incumplimiento se produciría si la multa deja de abonarse al llegar el momento en que debía satisfacerse.»

⁶⁰⁶ Ver, entre otros muchos, MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 445 «*Si la pena es la justa medida con la que una persona debe pagar la comisión de un delito, parece que, tras su debido cumplimiento, el Derecho no sólo debe evitar estigmatizar al condenado, sino que coherente con los postulados preventivos, debe hacer un esfuerzo por compensar el paso por una prisión.*».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

efecto claro que tienen los antecedentes penales es ayudar en la apreciación de la reincidencia⁶⁰⁷, en el caso de las personas físicas dichos antecedentes penales son decisivos para la concreción de muchos más aspectos. Así, en este segundo caso, la existencia de los antecedentes penales afecta a la reincidencia, a la suspensión de la ejecución de la pena, a la sustitución de la pena privativa de libertad e incluso puede determinar la denegación de la libertad provisional⁶⁰⁸.

Por lo que respecta a los plazos de cancelación de los antecedentes penales de las personas jurídicas se debe señalar lo siguiente:

Puesto que, de acuerdo con el artículo 33.7 CP, todas las penas previstas para las personas jurídicas tienen la consideración de graves, el plazo para la cancelación de los antecedentes penales será de 10 años⁶⁰⁹. El artículo 136.3 establece una excepción a este plazo cuando a la persona jurídicas se le haya impuesto la pena de disolución o la prohibición definitiva de actividades. En relación con estos dos supuestos se determina que se cancelarán las anotaciones una vez transcurridos 50 años. Entendemos que, obviamente, se trata de una cancelación de oficio, dado que se supone que no existe ya sujeto que solicite dicha anotación.

Por último, hay que señalar que si bien hay un derecho de cancelación de los antecedentes penales y, a tal efecto, la ley establece un procedimiento, estos no desaparecen del todo, dado que tal como señala el artículo 19.3 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia *«la información relativa a las inscripciones canceladas se conservará en una sección especial y separada a disposición únicamente de los Juzgados y Tribunales españoles»*. La doctrina se ha mostrado muy crítica con esta previsión, ya no solo porque el sistema penal parece ceder ante razones de orden y seguridad pública⁶¹⁰, sino también por el hecho de que se crea un riesgo innecesario de

⁶⁰⁷ Recordar que, de acuerdo con el art. 66 bis CP, la reincidencia y, consecuentemente, los antecedentes penales juegan un papel muy importante para la imposición y determinación de las penas interdictivas previstas para las personas jurídicas.

⁶⁰⁸ CORCOY BIDASOLO, M., «Artículo 136» en CORCOY BIDASOLO, M. Y MIR PUIG, S. (Dirs.) y VERA SÁNCHEZ, J.S., *Comentarios al Código Penal. Reforma LO1/2015 y LO 2/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 489.

⁶⁰⁹ *Cfr.* 136.1 e) que establece el plazo de diez años para el caso de las penas graves.

⁶¹⁰ MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias ...op.cit.*, p. 445.

que las decisiones judiciales se vean contaminadas por uno antecedentes penales cancelados⁶¹¹.

C. Análisis general de las normas previstas en el artículo 130.2 CP

1. La singular regulación de los supuestos de ausencia de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Si el punto uno del artículo 130 CP tenía por objeto la regulación de las causas de extinción de la responsabilidad penal, el segundo apartado de este mismo precepto se dedica a concretar unos casos radicalmente opuestos, es decir, establece los supuestos de ausencia de extinción de dicha responsabilidad. Estas reglas están previstas única y exclusivamente para el caso de las personas jurídicas y contemplan de manera diferenciada dos grupos de situaciones. Para una mejor ilustración consideramos oportuno reproducir literalmente el contenido de este precepto.

El inciso primero del artículo 130.2 CP establece lo siguiente *«La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.»*. A este primer grupo de supuestos podríamos denominar modificaciones estructurales. Si bien la terminología que emplearemos es propia del Derecho mercantil, ello, tal como explicaremos en su momento, no implica necesariamente que hagamos una traslación exacta de los conceptos de aquel orden jurisdiccional al nuestro. Ahora bien, habrá partes de este trabajo donde nos apoyaremos exclusivamente en la normativa mercantil y, por lo tanto, allí la coincidencia conceptual sí será exacta.

Por su parte, el inciso segundo de artículo 130.2 CP regula la disolución fraudulenta en los siguientes términos *«No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de*

⁶¹¹ PEDREIRA GONZÁLEZ, F., «Extinción...op. cit., p. 216.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos». Si bien el legislador utiliza alternativamente la expresión «*disolución encubierta*» y «*disolución meramente aparente*» nos referiremos a este supuesto empleando esta última expresión dado que es la única que tiene sentido. En efecto, como tendremos ocasión de ver, la disolución meramente aparente es la que constituye el objeto de regulación de este segundo inciso, mientras que la disolución encubierta describe una situación extraña que nada tiene que ver con una disolución fraudulenta.

A poco que nos acercamos al contenido de estas normas, observamos que, a priori, se produce una ruptura con algunos de los principios asentados en nuestro Derecho penal moderno, como es el de personalidad de las penas. Un artículo del Código penal que establece los supuestos en los que se «traslada» una pena de uno a otro merece el calificativo de singular. Ahora bien, no se tiene que perder de vista el sujeto al que va dirigida esta norma, que es la persona jurídica. En efecto, la persona jurídica ostenta una capacidad muy específica, que consiste en la posibilidad de subsistir de una forma u otra, aun cuando o bien se haya dividido en varias partes (o, si se quiere, sujetos) o bien se integra totalmente en un sujeto ya preexistente. A esto hay que añadir el fenómeno de la transformación que, sin cambiar sustancialmente, el ente puede adoptar formas diferentes tanto desde el punto de vista de la figura jurídica bajo la que opera (sociedad anónima, limitada, fundación, etc.) como, por ejemplo, el nombre comercial bajo el que se identifica.

Ante este rasgo, predicable solo en relación con las personas jurídicas, el artículo 130.2 CP puede llegar a jugar un papel muy importante, al contemplar y dar solución a los problemas derivados de esta especificidad de los entes colectivos. Aun con el riesgo de adelantar algunas de las conclusiones derivadas del estudio de esta regulación hay que decir que creemos posible la integración pacífica de este artículo en el sistema penal actual. A tratar de demostrar la validez de esta hipótesis se dedicarán las siguientes líneas.

2. El problema práctico que motivó la regulación: ¿la alta mutabilidad de las personas jurídicas?

En el preámbulo 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, el legislador

justifica la introducción del artículo 130.2 del CP señalando que el objetivo de la norma era «evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión». En efecto, no cabe duda de que, a priori, las modificaciones estructurales o la disolución aparente tienen el potencial de convertirse en instrumentos altamente eficaces para burlar una posible responsabilidad penal. Ahora bien, creo que es conveniente acercarse, aunque sea de manera tangencial, a algunos datos estadísticos para comprobar si estos mecanismos están siendo utilizados con asiduidad o no y, por consiguiente, el miedo del legislador era o no justificado.

Para la labor antes apuntada nos apoyaremos en los datos que anualmente el Colegio de Registradores de España proporciona mediante la publicación del informe «Estadística Mercantil»⁶¹². Es cierto que estos datos van referidos a las sociedades mercantiles de capital, no obstante, ello no es un problema debido a que, como ya hemos expuesto en distintas ocasiones, si bien es cierto que las sociedades mercantiles no son los únicos sujetos sometidos al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sí constituyen el grueso de destinatarios de dicho régimen. Por lo tanto, considero que el análisis de los datos que a continuación exponemos será suficiente para hacer la comprobación del extremo anteriormente mencionado, es decir, la de si la preocupación del legislador estaba o no justificada.

Uno de los primeros aspectos a analizar es la frecuencia con la que se producen las extinciones de las personas jurídicas y, en el caso que nos ocupa, de las sociedades mercantiles. Así, en el año 2018 se han inscrito 29.670 extinciones; en el año 2019 se han producido 31.216 extinciones y en el año 2020 el número de estas operaciones ha ascendido a 28.046⁶¹³.

El siguiente dato a comprobar es el de las fusiones. En este punto el Colegio de Registradores distingue entre fusiones por absorción y fusiones por unión. Por lo que respecta a las fusiones por absorción su número sería el siguiente: en el año 2018 1.622; en el año 2019 1.638; en el año 2020 1.622⁶¹⁴. En cuanto a los datos relativos a las

⁶¹² Aquí vamos a utilizar el informe del ejercicio 2020 que recoge los datos de los últimos tres años. También se ha de advertir, al igual que lo hace la propia publicación que las diferentes magnitudes se han visto alteradas en el año 2020 debido a la crisis sanitaria y socio económica producida como consecuencia de la pandemia COVID-19.

⁶¹³ *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 31.

⁶¹⁴ *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 59.

fusiones por unión se pueden mencionar los siguientes: en el año 2018 43; en el año 2019 53; en el año 2020 36⁶¹⁵.

Por lo que se refiere al caso de las escisiones hay que contemplar por un lado las escisiones totales y, por el otro, las escisiones parciales. Las escisiones totales han ascendido a un número de 122 en el año 2018; 138 en el año 2019 y 171 en el año 2020⁶¹⁶. En cuanto a las escisiones parciales, los datos arrojados son los siguientes: 285 en el año 2018; 311 en el año 2019 y 277 en el año 2020⁶¹⁷.

Aunque en su momento ofreceremos las explicaciones oportunas de por qué hay que contemplar también la segregación como una operación que entra bajo el paraguas del artículo 130.2 CP, ahora nos limitaremos en este sucinto estudio estadístico a dejar plasmados los datos relativos a este tipo de modificación estructural. Expuesto lo anterior, procede señalar que en el año 2018 se han registrado 80 segregaciones; en el año 2019 el número de este tipo de operaciones ascendió a 65 y para el año 2020 se han registrado un total de 82 segregaciones⁶¹⁸.

Por último, queremos hacer referencia a la cesión global del activo y del pasivo que, al igual que lo expuesto en relación con la segregación, en el lugar en el que corresponde explicaremos por qué se debe contemplar como una operación que entra en el ámbito de aplicación del artículo 130.2 CP. En cuanto al número de este tipo de operaciones sería el siguiente: en el año 2018 se han registrado un total de 26 cesiones del activo y del pasivo; en el año 2019 el número asciende a 33 y, por último, en el año 2020 se han registrado 16 operaciones de este tipo⁶¹⁹.

Todos estos datos los debemos poner en relación con el número total de sociedades mercantiles que siguen estando activas. Por ello, siguiendo el mismo método previsto en el informe anual del Colegio de Registradores, vamos a tomar en consideración el depósito de cuentas anuales dado que este número refleja de manera aproximada el número de sociedades activas⁶²⁰. Sin perjuicio de que el número de

⁶¹⁵ *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 65.

⁶¹⁶ *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 71.

⁶¹⁷ *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 77.

⁶¹⁸ *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 83.

⁶¹⁹ *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 89.

⁶²⁰ *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 11 «La última de las magnitudes que analizamos en este anuario son los **depósitos de cuentas**, variable que se puede entender como aproximación al número de sociedades con actividad efectiva.».

depósitos ha disminuido en el año 2020 por unas circunstancias muy concretas⁶²¹, seguiremos tomando este periodo como referencia. En el año 2020 se han presentado 1.042.727 depósitos, de los cuales el 81,24%, es decir, 854.610 correspondieron al ejercicio económico 2019 y el resto a ejercicios anteriores⁶²². Por lo tanto, en base a lo expuesto anteriormente se puede decir que en el 2019 había aproximadamente unas 854.610 sociedades mercantiles de capital en activo. Por lo tanto, esta cifra la tenemos que poner en relación con el número de extinciones y de modificaciones estructurales que se han producido en el año 2019 para poder comprobar qué peso tienen las extinciones y las modificaciones estructurales en el conjunto total del tejido societario.

Retomando los datos absolutos presentados líneas más arriba y poniéndolos en relación con la cifra mencionada anteriormente (854.610), podemos hacer la siguiente relación de datos. En el año 2019 se han producido un total de 31.216 extinciones que representa un 3,65% del conjunto de sociedades existente en aquel momento (854.610). Las fusiones por absorción que han ascendido a 1.638 en el ejercicio económico del año 2019 suponen 0,19% del total de sociedades. Por lo que respecta a las fusiones por unión, un total de 53 estas suponen 0,006%. Las escisiones totales (138) suponen el 0,016% del conjunto de sociedades existentes en el año 2019. Por su parte las escisiones parciales, un total de 311 en el año 2019, implican un porcentaje de 0,036%. Por último, en cuanto a las segregaciones (65) y las cesiones globales del activo y del pasivo (33) estas siguen manteniéndose en porcentajes muy bajos con respecto al total de sociedades existentes en el año 2019. Así las segregaciones supusieron el 0,007%, mientras que las cesiones globales del activo y del pasivo el 0,003%. Por lo tanto, se puede afirmar que no podemos hablar de una alta mutabilidad de las sociedades mercantiles. Desde nuestro punto de vista, ni las extinciones que, si bien suponen un porcentaje alto en comparación con las demás operaciones, ni las modificaciones estructurales son un mecanismo altamente utilizado por las sociedades mercantiles. Hay que añadir que en aquel momento (2019) la normativa relativa a la responsabilidad

⁶²¹ *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 11 « La campaña de presentación de cuentas de 2020, correspondiente a cuentas anuales del ejercicio 2019, sin duda, está marcada por la evolución de la pandemia, que ha supuesto la ampliación del plazo de presentación de las cuentas anuales hasta el 30 de noviembre, de acuerdo al Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y el Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19. Esto ha provocado una dilatación en el plazo de presentación hasta el mes de octubre, y una disminución del número total de depósitos presentados.».

⁶²² *Estadística Mercantil, Ejercicio 2020*, p. 11.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

penal de las personas jurídicas ya llevaba nueve años en vigor y ya se había producido alguna que otra condena.

Por lo tanto, y reconociendo lo limitado de estas reflexiones dado que sólo hacen referencia a las sociedades mercantiles de capital y sólo compara datos del año 2019, se puede afirmar que el temor del legislador de que se eluda la responsabilidad penal a través de la utilización de estos mecanismos no está respaldado de manera clara por los datos estadísticos. Ahora bien, ello no implica que no se pueda dar algún que otro caso, en el que este tipo de operaciones ponga en riesgo la observancia efectiva del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

3. Un mecanismo conocido en otras ramas jurisdiccionales y en otros ordenamientos jurídicos

3.1. ¿Inspiración en otros órdenes jurisdiccionales?

Antes de entrar en el estudio y análisis propiamente dicho del contenido del artículo 130.2 CP, vamos a detenernos por un momento a indagar sobre cómo se ha abordado el fenómeno de las sucesiones o modificaciones estructurales de las personas jurídicas en otros órdenes jurisdiccionales, como pudieran ser el administrativo, laboral, o tributario. Junto a esa mirada hacia otras ramas de nuestro ordenamiento, considero igual de oportuno acercarse a otros ordenamientos jurídicos, donde también se han adoptado mecanismos legislativos, sino iguales, sí parecidos a nuestro artículo 130.2 CP. A tal efecto, haremos referencia a las soluciones ofrecidas en el Derecho norteamericano y también a la normativa italiana, en concreto, al Decreto Legislativo 231 de 8 de junio de 2001, relativo a la *«Disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones sin personalidad jurídica»*. Además, como veremos, los dos ordenamientos jurídicos antes mencionados abordan el problema de manera muy distinta.

Por lo que respecta al Derecho administrativo general ya hemos tenido ocasión a lo largo de este trabajo de poner de manifiesto el hecho de que, si bien es cierto que tiende a respetar los principios informadores del Derecho penal cuando se trata de ejercer la potestad sancionadora, en muchas ocasiones lo hace de manera muy matizada. El principio de personalidad de las sanciones o de responsabilidad por el hecho propio no es una excepción y también ha sido modulado.

Para no apartarnos del objeto de nuestro estudio, es decir del análisis de la regulación contenida en el art. 130.2 CP, en las líneas que siguen vamos a hacer referencia a una sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Contencioso-administrativo que podríamos calificar de exponente de los demás pronunciamientos dictados en relación con la materia que nos ocupa⁶²³.

El artículo 28.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público expresamente declara que podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa. Por ello resulta extraño, también en el Derecho administrativo que se transmita la responsabilidad a un sujeto distinto del autor de la infracción⁶²⁴. No obstante, como veremos, ello se ha hecho con bastante frecuencia.

Un ejemplo representativo de que en el Derecho administrativo se ha admitido con bastante facilidad la transmisión de la responsabilidad (en este caso administrativa) lo constituye la STS 334/2019 de 13 de marzo de 2019. La importancia de esta resolución, a los efectos que aquí nos interesan, reside en el hecho de que no sólo resuelve un supuesto de transmisión de la responsabilidad sancionadora a la persona jurídica que ha sucedido a la originalmente responsable, sino que determina dicha transmisión incluso cuando esta última (la persona jurídica originalmente responsable) sigue subsistiendo.

La STS 334/2019 de 13 de marzo de 2019 resuelve el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sala lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que había desestimado la impugnación por parte del Banco Financiero y de

⁶²³ Sobre la admisibilidad de la transmisión de responsabilidad administrativa entre personas jurídicas que se suceden ver, entre otras, STS 460/2017, de 15 de marzo; STS 515/2018 de 23 de marzo.

⁶²⁴ LARA ORTIZ, M.L., «Transmisión de la responsabilidad administrativa por sucesión empresarial. El caso de la reestructuración del sector del crédito. A propósito de la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 334/2019 de 13 de marzo de 2019, Recurso 635/2018 Roj: STS 814/2019-ECLI: ES:TS:2019:814)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 157, 2020, p. 15 «*El precepto contiene una referencia al elemento subjetivo de la infracción administrativa de que se trate, de índole claramente culpabilística. Ello hace, de entrada, difícil de comprender que haya casos en que aparentemente quiebre el criterio de atribución de responsabilidad de carácter personal, esto es, referido a la misma persona a la que se le pueda atribuir la acción u omisión dolosa o culposa que desemboca en la infracción administrativa, es decir, al autor material. Lo que ocurre es que no se produce la quiebra del principio de culpabilidad, ni siquiera en aquellos casos en los que el Derecho Administrativo admite que, sujetos distintos al autor material de la infracción, asuman tal responsabilidad, por ejemplo, cuando se tiene asumida la posición de garante, cuando se aplica la responsabilidad solidaria, o cuando se hace responder a personas jurídicas.*».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Ahorro S.A. (en adelante BFA) de la Orden de 7 de abril de 2015 dictada por el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la empresa. Dicha Orden resolvió el expediente sancionador en el que se declaró la responsabilidad de BANCAJA, CAJA MADRID y CAIXA LAIETANA (en adelante las ‘Cajas’) por una infracción muy grave, tipificada en el art. 99, letra z) bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 70 quáter de la misma ley. Pese a haber sido declaradas responsables como autoras las Cajas anteriormente mencionadas, las correspondientes sanciones se impusieron a BFA como sucesor de la responsabilidad de dichas Cajas.

Adelantamos el hecho de que el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación y, por lo tanto, declara responsable de la sanción a BFA. Nos interesa resaltar varias de las explicaciones del Alto Tribunal sobre este aspecto. Unas de las afirmaciones más llamativas las encontramos en el fundamento jurídico segundo donde el Tribunal Supremo sostiene lo siguiente: *«En suma, tanto el Derecho comunitario como la jurisprudencia del TJUE y de este Tribunal Supremo reconocen la vigencia del principio de personalidad de las sanciones, pero tampoco excluyen que la empresa sucesora pueda responder de las infracciones cometidas por la anterior, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso. El problema que se plantea no es si una persona jurídica puede responder de las infracciones de otra, que sí puede, sino en qué casos el ordenamiento jurídico permite esta responsabilidad; o, lo que es lo mismo, cuáles son las modulaciones que el principio de personalidad en materia sancionadora sufre en su aplicación a las personas jurídicas. Se admite, como un supuesto que no plantea dudas, la transmisión de la responsabilidad cuando, como consecuencia de un proceso de transformación o fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso. En tales casos, la razón de ser es la salvaguarda del interés público tutelado, permitiendo que siempre haya una persona jurídica sobre la que ejercer la potestad sancionadora siempre que quien la haya sucedido, haciendo suyos los medios materiales y personales de la explotación, siga con la actividad económica. Se trata así de evitar la impunidad de las personas jurídicas que, por meros procesos de transformación, inviables en las personas físicas, pudiesen eludir sus responsabilidades administrativas y sancionadoras. Pero también se ha admitido la transmisión de la responsabilidad, bajo determinadas circunstancias, cuando la*

persona jurídica causante de la infracción subsiste y mantiene su personalidad jurídica. En tales casos, mucho más polémicos, se han establecido cautelas y condiciones que han de cumplirse y los criterios varían en función de las circunstancias del caso».

Como advertíamos al inicio de esta breve referencia sobre lo que ocurre en estos casos en el Derecho administrativo, observamos que se proclama el principio de personalidad de las sanciones, pero, a renglón seguido se admite su modulación. Además, en el caso de la STS 334/2019 de 13 de marzo de 2019 se da la circunstancia de que las Cajas originalmente responsables siguen subsistiendo, pero sin dedicarse al negocio financiero. La resolución ahora analizada en su fundamento jurídico cuarto pone de relieve esta circunstancia y, aun así, considera que BFA debe seguir siendo responsable⁶²⁵.

Vista la posibilidad de que se transmita la responsabilidad administrativa, incluso cuando el sujeto originariamente responsable sigue subsistiendo, resta ver los criterios concretos en base a los cuales se determina dicha sucesión en la responsabilidad. Acudimos una vez más al fundamento jurídico segundo de la STS 334/2019 de 13 de marzo de 2019 donde el Tribunal Supremo pone de manifiesto los criterios que dan pie a la sucesión en la responsabilidad administrativa: *«En definitiva, a estos efectos, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de trascendencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que*

⁶²⁵ FJ 4º STS 334/2019 de 13 de marzo de 2019 *«La solución del presente litigio exige partir de que las infracciones que se imputan a las Cajas de Ahorros citadas, cometidas en el periodo que va desde el 21 de junio de 2010 a 22 de mayo de 2011, estaban relacionadas con la gestión del negocio financiero/bancario de las Cajas de Ahorros. En el momento en el que se dicta la resolución sancionadora (abril de 2015) tales Cajas, como tales entidades de crédito habían dejado de existir, habiéndose transformado en fundaciones. Pero la sucesión de su negocio financiero y de su actividad bancaria se produjo mucho antes, cuando dichas Cajas, en aplicación de la previsión contenida en el art. 5 del RD-Ley 11/2010, de 9 de julio ('Las cajas de ahorros podrán desarrollar su objeto propio como entidad de crédito a través de una entidad bancaria a la que aportarán todo su negocio financiero') cedieron, en mayo de 2011, la todos su bienes y obligaciones y todo su negocio financiero a BFA. A partir de ese momento BFA asumió el negocio financiero de las Cajas y el patrimonio relacionado con el mismo, negocio en el que se habían cometido las irregularidades objeto de sanción, por lo que se produjo una sucesión empresarial en la actividad bancaria, acompañada de un control de la nueva entidad por parte de las Cajas implicadas, al ser propietarias y accionistas mayoritarias de la nueva entidad. [...] A tenor de la jurisprudencia que hemos reseñado, ha de considerarse que BFA sucedió a las Cajas en la actividad empresarial que venían desarrollando en el negocio financiero y bancario (incluyendo los productos financieros vinculados con las infracciones que se imputan), dejando ésta últimas de actuar por sí mismas y directamente en el negocio bancario, existiendo una sucesión empresarial, entre ambas entidades, que permite la sucesión de la responsabilidad por las infracciones cometidas por las primeras.».*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido. Y tampoco resulta relevante que la reestructuración no se haya decidido por los particulares, sino que se haya impuesto por una norma legal. La sucesión en la responsabilidad opera cuando la empresa sucesora continúa realizando las actividades económicas de la empresa infractora en ese mismo ámbito comercial o empresarial y esta última deja de realizar actividades económicas o actúa en otros ámbitos o sectores, pues en estos casos la entidad infractora, aunque no haya dejado de existir jurídicamente si lo ha hecho económicamente. También se han considerado criterios válidos para establecer la sucesión en la responsabilidad entre empresas, la existencia de una ‘entidad económica’, los ‘estrechos vínculos organizativos y económicos’ y la ‘unidad de decisión’. La transmisión se articula sobre las ideas de ‘unidad económica’ y ‘vínculos organizativos y económicos’ porque implican coordinación en la acción económica y empresarial. La jurisprudencia comunitaria, considera que existen vínculos estructurales cuando las dos empresas tienen el mismo propietario, o pertenecen a un grupo de empresas, o cuando se pone de manifiesto la existencia de vinculaciones de tal intensidad que permitan concluir en que siendo dos entidades jurídicamente distintas constituyen una entidad económica.

También tiene importancia al elemento de ‘unidad de decisión’, cuando se mantiene total o parcialmente la composición de los órganos decisorios de la absorbida, pues lo que realmente se mantiene es el elemento volitivo de la entidad infractora, y, con ello, la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por ésta de la responsabilidad sancionadora.

La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones’.»

Por lo tanto, se podría concluir que en el orden administrativo se utiliza «*un concepto de patrimonio responsable*»⁶²⁶ para determinar la sucesión de la responsabilidad administrativa.

Si en el Derecho administrativo general el encaje legal de la transmisión de la responsabilidad por sanciones se ha ido construyendo vía jurisprudencial, en el orden tributario, para el caso de las personas jurídicas, se establece expresamente en la ley tal posibilidad. En concreto el artículo 40.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria señala lo siguiente «*Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas, en los términos establecidos en los apartados anteriores y, en su caso, hasta el límite del valor determinado conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo.*». De este mecanismo de transmisión de las sanciones se excluyen a las personas físicas y así lo determina el artículo 182 del mismo texto legal, al establecer que «*Las sanciones tributarias no se transmitirán a los herederos y legatarios de las personas físicas infractoras. Las sanciones tributarias por infracciones cometidas por las sociedades y entidades disueltas se transmitirán a los sucesores de las mismas en los términos previstos en el artículo 40 de esta ley.*».

En cuanto al orden social, sí podemos encontrar normas que contemplan los supuestos de sucesión entre personas jurídicas, pero no establecen la transmisión de sanciones, sino las obligaciones laborales y de la Seguridad Social. En concreto el artículo 44.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores determina que «*el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad*

⁶²⁶ LARA ORTIZ, M.L., «Transmisión de la responsabilidad administrativa...*op.cit.*, p. 19 «*Así, el concepto de patrimonio responsable es el que realmente se aplica, para imputar la responsabilidad administrativa en este caso, ya que se produce una "continuidad empresarial material", especialmente en los casos de sucesión universal de una unidad económica con cierta autonomía. Esta línea jurisprudencial que admite la transmisión de la responsabilidad administrativa en estos casos, en base a un criterio patrimonial (identificando al responsable por sucesión del negocio empresarial), y no personal (en base a la identificación de la personalidad jurídica del autor y el responsable), aplica un correctivo que pretende evitar posibles fraudes de ley, y garantizar mejor la eficacia en el ejercicio de la potestad sancionadora. Con ambas sentencias, se consolida la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con la aplicación de este criterio para transmitir responsabilidad administrativa en casos de sucesión empresarial, vinculados a los casos de reestructuración del sector del crédito, pues las sentencias referidas resuelven en el mismo sentido dos casos fundamentalmente análogos.*».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.». Como podemos observar, aquí no se plantea un problema de vulneración del principio de responsabilidad por el hecho propio precisamente debido a que lo que se transmite no es una sanción, sino unas obligaciones más propias del ámbito civil como pudiera ser el pago de las nóminas o aportaciones a un plan de pensiones.

Probablemente al legislador penal del año 2010 no le eran desconocidos todos estos mecanismos antifraude preexistentes a la introducción del artículo 130.2 en nuestro Código Penal. No obstante, aun tratándose de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el legislador debería haberse planteado el hecho de que el respeto al principio de personalidad de las penas debe ser muy estricto. Todo esto sin perjuicio de que, como se apuntó en su momento, las primeras resoluciones judiciales han establecido el axioma de que tanto las personas físicas como las jurídicas están sometidas a los mismos principios y garantías del Derecho penal. Por lo tanto, el legislador ha querido seguir la misma senda que en el caso de los demás órdenes jurisdiccionales, pero no sabemos si ha contemplado el cambio de paradigma que supone estar en el orden penal. Hasta que no realicemos el correspondiente análisis del art. 130.2 CP no podremos dar respuesta al interrogante anteriormente planteado.

3.2. ¿Otros ordenamientos jurídicos como posibles modelos?

Aunque se podrían estudiar y analizar las regulaciones de muchos países donde existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶²⁷, en las líneas que siguen nos limitaremos a hacer una breve referencia a la regulación de los EE. UU. y la legislación italiana. La razón de esta elección es la siguiente. Por un lado, se ha elegido el Derecho norteamericano dado que es un ejemplo representativo de las regulaciones de corte anglosajón donde, como se sabe, no ha habido tanta dificultad ni dogmática ni práctica en aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo que respecta a la legislación italiana creemos que es oportuno acercarnos a la misma debido a que, como

⁶²⁷ FRANSSEN, V., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso belga», *Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 28, 2014, pp. 92-93 donde se explica que también en dicho ordenamiento se han establecidos mecanismos legales que contemplan la posibilidad de que las personas jurídicas se disuelvan fraudulentamente; en el mismo sentido BLUMENBERG, A., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso danés y holandés», *Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, núm. 28, pp. 101-112.

muchas voces doctrinales han puesto de manifiesto, ha sido tomada como modelo a la hora de configurar nuestra legislación en esta materia. No nos proponemos hacer un análisis profundo de las referidas legislaciones, sino sólo apuntar las soluciones adoptadas por las mismas.

Para la labor que nos hemos propuesto nos apoyaremos en la obra de VILLEGAS GARCÍA dedicada al estudio de la responsabilidad penal y que trata específicamente esta cuestión. Aquí presentaremos resumidamente el estado de la cuestión en los EE. UU. sobre esta materia.

Obviamente las posibles operaciones societarias que se pueden producir son las mismas que ya conocemos en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, sí que se precisan algo más, en comparación con nuestra legislación penal, las especificidades de algunas de estas operaciones. Por lo tanto, se distingue entre disolución y liquidación⁶²⁸ (*dissolution/liquidation*), se contempla fusión (*merge*) y también la compra (*acquisitions*) que puede tener distintas especialidades⁶²⁹.

Durante mucho tiempo se aplicó un principio tradicional del *common law*, según el cual una sociedad disuelta ni podía ser demandada civilmente ni acusada penalmente. Dicho principio estaba recogido expresamente en una sentencia de 1927 del Tribunal Supremo Federal; en concreto en la sentencia *Oklahoma Natural Gas Corp. V. Oklahoma*. No obstante, en esta misma resolución se había dejado abierta la puerta a la posibilidad de que este principio no se aplicase, siempre y cuando hubiese una norma

⁶²⁸ Las normas mercantiles sí contemplan y regulan pormenorizadamente estas operaciones (ver arts. 360 y ss. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital para el caso de la disolución y los arts. 371 y ss. para el caso de la liquidación) pero nuestro Código penal y, en concreto, el art. 130.2, solo menciona la disolución.

⁶²⁹ VILLEGAS GARCÍA, M.Á., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2016, p. 249 donde se explica lo siguiente en relación con las *acquisitions* «Junto a las operaciones societarias, que hemos agrupado bajo la denominación de «merger type deal», existen otras en las que no se da el canje de acciones descrito, en sus distintas modalidades, sino que sencillamente una entidad adquiere otra a cambio de pagar un precio a sus accionistas, los cuales no entran a formar parte del accionariado de la sociedad adquirente. Son las *acquisitions* o «sale-type transactions». Estas a su vez pueden ser de dos tipos. Es posible que estemos ante una «*asset-sale-and liquidation*», donde una entidad decide vender todo o la mayor parte de sus activos a otra a cambio de un precio, que podrá consistir en dinero o en otra contraprestación. De ordinario la primera, a continuación, se disuelve, distribuyendo entre sus accionistas el precio recibido. O bien nos podemos encontrar ante una «*stock sale*». En ella no es la entidad la que decide, como en el caso anterior, a través de órganos de administración y dirección, la cesión de su patrimonio, sino que es la sociedad adquirente la que compra sus títulos a sus accionistas. Como consecuencia de ello, la sociedad adquirente pasa a controlar a la adquirida, pudiendo, a continuación, acordar su disolución, adjudicándose su patrimonio.».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

estatal que declarase que la entidad continuaba viva después de la disolución⁶³⁰. Y, en efecto, se fueron dictando cada vez más normas en este sentido. Por ejemplo, la *Illinois Business Corporation Act* establece un límite de cinco años, después de la disolución, dentro del cual es posible ejercitar tanto acciones civiles como penales contra la sociedad. En cambio, la legislación de Delaware, en su *Delaware Code* establece un plazo de tres años⁶³¹. Los casos de sociedades disueltas acusadas penalmente se fueron sucediendo y tras, unos cuantos titubeos de la jurisprudencia de los Estados se dicta la sentencia *Merlose Distiller v. United States* que pone fin a esta cuestión y se asienta el criterio, según el cual las sociedades debían continuar vivas una vez disueltas a efectos de responder civil y penalmente⁶³².

Por lo que respecta a las fusiones, y sin entrar en mayores detalles sobre la evolución hacia la situación actual, se puede afirmar que «*en la mayor parte de las jurisdicciones estatales, el derecho societario, además de prever la subsistencia de la responsabilidad de la persona jurídica más allá de su disolución, establece que en el caso de los mergers, las entidades resultantes de estos procesos asumirán las obligaciones y responsabilidades de las entidades que se disuelvan como consecuencia de los mismos*»⁶³³.

Por lo que se refiere a los *acquisitions* la cuestión se aborda de manera distinta. Por lo general la entidad adquirente no será responsable de las obligaciones que correspondan a la entidad adquirida o vendedora⁶³⁴. Ahora bien, se establecen dos excepciones a esta regla general. La entidad adquirente responderá en los siguientes casos: cuando en el contrato celebrado haya asunción de la responsabilidad o cuando «*a pesar de que formalmente la operación se articula como una cesión de bienes, realmente estamos ante una fusión – de facto merger –*»⁶³⁵. Es en este punto donde se plantean las batallas judiciales y doctrinales. La jurisprudencia de los tribunales estatales ha establecido unos criterios, en base a los que se considera que existe dicha fusión de facto: a) la existencia de una continuidad en la actividad de la entidad

⁶³⁰ VILLEGAS GARCÍA, M.Á., *La responsabilidad criminal de...op.cit.*, pp.253-255.

⁶³¹ DEL ROSAL BLASCO, B., «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil, derivada del delito) en los supuestos de sucesión de empresa», en SUÁREZ LÓPEZ, J.M.; BARQUÍN SANZ, J.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.; JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.; SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J.E., (Dir.), *Estudios jurídico-penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. 1, Dykinson, Madrid, p. 186.

⁶³² Ver, ampliamente, VILLEGAS GARCÍA, M.Á., *La responsabilidad criminal de...op.cit.*, pp.259-265.

⁶³³ VILLEGAS GARCÍA, M.Á., *La responsabilidad criminal de...op.cit.*, p. 266.

⁶³⁴ VILLEGAS GARCÍA, M.Á., *La responsabilidad criminal de...op.cit.*, p. 277.

⁶³⁵ VILLEGAS GARCÍA, M.Á., *La responsabilidad criminal de...op.cit.*, p. 278.

vendedora, reflejada en la continuidad de sus directivos, de su personal, de su localización o de sus operaciones; b) la existencia asimismo de una continuidad en sus accionistas, de manera que estos hayan recibido a cambio de los bienes de la entidad, acciones de la entidad compradora, siendo, pues parte esencial del acuerdo; c) el cese en su actividad de la entidad vendedora, y su disolución y liquidación tan pronto como le haya sido posible; d) la asunción efectiva, por parte de la entidad compradora, de aquellas obligaciones de la vendedora necesarias para la continuación ininterrumpida de las actividades ordinarias⁶³⁶. Junto a estos criterios jurisprudenciales recopilados y expuestos por VILLEGAS GARCÍA y por DEL ROSAL BLASCO SEÑALA que otros Estados han ido incorporando dos excepciones a la regla de que la entidad adquirente no responde de las obligaciones de la adquirida. En concreto, el citado autor señala como criterio: el que el sucesor continúa con el proyecto empresarial, las operaciones de negocios, del predecesor (se señala que esta es una expansión de la excepción de la “mera continuidad”) y el que el sucesor continúa con la línea del producto del predecesor con los activos comprados⁶³⁷.

Este breve repaso de la situación actual en EE. UU. pone de manifiesto que incluso para una tradición jurídica, como la anglosajona, que no ha tenido mayores dificultades en aceptar la responsabilidad penal de los entes colectivos, la cuestión de la transformación de la persona jurídica (entendida en sentido amplio, es decir, referida a cualquier modificación estructural o la propia disolución) no ha sido siempre una cuestión pacífica y ha requerido de muchos años de evolución. Ante esta situación podemos vaticinar muchas dificultades en nuestro ordenamiento jurídico a la hora de afrontar este problema, máxime cuando se muestra mucho más estricto, al menos en el orden penal, con el principio de personalidad de las penas y cuando además ha sido durante mucho tiempo receloso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Como advertíamos al principio, el siguiente ordenamiento jurídico que vamos a tomar en consideración va a ser el italiano, debido a las razones que ya hemos apuntado líneas arriba. Sabido es que, formalmente, la responsabilidad de las personas jurídicas en Italia es administrativa, aunque en realidad se trata de una responsabilidad penal. Igualmente, conocido es que la configuración de dicha responsabilidad no se llevó a cabo en el Código penal italiano, sino en una ley específica. En concreto, la norma que

⁶³⁶ VILLEGAS GARCÍA, M.Á., *La responsabilidad criminal de...op.cit.*, p. 278.

⁶³⁷ DEL ROSAL BLASCO, B., «La transferencia de la responsabilidad penal...*op. cit.*, p. 188.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

recoge toda la regulación sobre la responsabilidad de la persona jurídica es el Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 (en adelante el Decreto 231/2001). En las siguientes líneas nos limitaremos a presentar someramente las normas que regulan los supuestos de modificaciones estructurales, que ya adelantamos que son más mucho más detalladas que nuestro escueto art. 130.2 CP.

El Decreto 231/2001 italiano dedica los artículos 28 a 33 a regular todos los supuestos de transformación, fusión, escisión del ente y, además en el art. 42 determina algunos aspectos procesales relacionados con estas operaciones. A pesar de esta minuciosa regulación en relación modificaciones estructurales, se guarda un absoluto silencio sobre la disolución (fraudulenta o real) del ente.

Los artículos 28 (en relación con la transformación), 29 (en relación con la fusión) y 30.1 (en relación con la escisión) del Decreto 231/2001⁶³⁸ determinan que la responsabilidad por los delitos cometidos antes de la fecha de las mencionadas operaciones seguirá intacta. Parece que el legislador italiano, al menos en este punto, ha intentado evitar el empleo de términos como «traslado» o «extensión». El mencionado cuerpo legislativo también contempla de manera expresa en su artículo 33 la compraventa de empresa estableciendo, con algunos límites, la responsabilidad del ente adquirente⁶³⁹.

Observado el hecho de que también en el ordenamiento jurídico italiano se admite, al menos en relación con las modificaciones estructurales, la transmisión de la responsabilidad a terceros implicados en estas operaciones societarias, resta ver, entre otros aspectos, las limitaciones que se establecen en relación con el traslado de la responsabilidad.

⁶³⁸ Cfr. arts. 28, 29, 30.1 del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231: «Art. 28. *Trasformazione dell'ente* 1. Nel caso di trasformazione dell'ente, resta ferma la responsabilità per i reati commessi anteriormente alla data in cui la trasformazione ha avuto effetto. Art. 29. *Fusione dell'ente* 1. Nel caso di fusione, anche per incorporazione, l'ente che ne risulta risponde dei reati dei quali erano responsabili gli enti partecipanti alla fusione. Art. 30. *Scissione dell'ente* 1. Nel caso di scissione parziale, resta ferma la responsabilità dell'ente scisso per i reati commessi anteriormente alla data in cui la scissione ha avuto effetto, salvo quanto previsto dal comma 3.».

⁶³⁹ Cfr. art. 33 del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 «Art. 33. *Cessione di azienda* 1. Nel caso di cessione dell'azienda nella cui attività' e' stato commesso il reato, il cessionario e' solidalmente obbligato, salvo il beneficio della preventiva escussione dell'ente cedente e nei limiti del valore dell'azienda, al pagamento della sanzione pecuniaria. 2. L'obbligazione del cessionario e' limitata alle sanzioni pecuniarie che risultano dai libri contabili obbligatori, ovvero dovute per illeciti amministrativi dei quali egli era comunque a conoscenza. 3. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche nel caso di conferimento di azienda.».

En el artículo 31 del Decreto 231/2001 se establecen, en relación con las operaciones de fusión y de escisión, una serie de previsiones orientadas a limitar las penas a imponer al ente resultante de dichas operaciones⁶⁴⁰. La primera cuestión a resaltar es el hecho de que el legislador italiano, a diferencia del español, sí que distingue entre si la modificación estructural haya tenido lugar antes o después de la sentencia condenatoria. El efecto inmediato de esta distinción lo encontramos en el primer apartado del precepto anteriormente citado, donde se determina el hecho de que, si la operación de fusión o escisión se ha producido antes de dictarse sentencia, la pena pecuniaria a imponer se debe determinar teniendo en cuenta las condiciones económicas y financieras del ente originalmente responsable o del resultante. Junto a esta regla, obligatoria para el juez, se establece otra, esta vez preceptiva, según la cual, con independencia del momento (antes o después de la condena) en el que se haya producido la fusión o escisión el ente resultante de dichas operaciones, se puede solicitar la conversión de la pena de inhabilitación en pena pecuniaria.

Junto a las anteriores previsiones, hay que mencionar las llamativas disposiciones del art. 32 del Decreto 231/2001, que determinan que, a los efectos de apreciar la reincidencia de los entes resultantes de la fusión o de la escisión, se pueden tomar en consideración las sentencias condenatorias que se dictaron en relación con las entidades originalmente responsables que procedieron a fusionarse o escindirse⁶⁴¹. Para

⁶⁴⁰ Cfr. art. 31 del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231: «Art. 31. *Determinazione delle sanzioni nel caso di fusione o scissione* 1. Se la fusione o la scissione e' avvenuta prima della conclusione del giudizio, il giudice, nella commisurazione della sanzione pecuniaria a norma dell'articolo 11, comma 2, tiene conto delle condizioni economiche e patrimoniali dell'ente originariamente responsabile. 2. Salvo quanto previsto dall'articolo 17, l'ente risultante dalla fusione e l'ente al quale, nel caso di scissione, e' applicabile la sanzione interdittiva possono chiedere al giudice la sostituzione della medesima con la sanzione pecuniaria, qualora, a seguito della fusione o della scissione, si sia realizzata la condizione prevista dalla lettera b) del comma 1 dell'articolo 17, e ricorrano le ulteriori condizioni di cui alle lettere a) e c) del medesimo articolo. 3. Se accoglie la richiesta, il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna, sostituisce la sanzione interdittiva con una sanzione pecuniaria di ammontare pari da una a due volte quello della sanzione pecuniaria inflitta all'ente in relazione al medesimo reato. 4. Resta salva la facolta' dell'ente, anche nei casi di fusione o scissione successiva alla conclusione del giudizio, di chiedere la conversione della sanzione interdittiva in sanzione pecuniaria.».

⁶⁴¹ Cfr. art. 32 del Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231: «Art. 32. *Rilevanza della fusione o della scissione ai fini della reiterazione* 1. Nei casi di responsabilita' dell'ente risultante dalla fusione o beneficiario della scissione per reati commessi successivamente alla data dalla quale la fusione o la scissione ha avuto effetto, il giudice puo' ritenere la reiterazione, a norma dell'articolo 20, anche in rapporto a condanne pronunciate nei confronti degli enti partecipanti alla fusione o dell'ente scisso per reati commessi anteriormente a tale data. 2. A tale fine, il giudice tiene conto della natura delle violazioni e dell'attivita' nell'ambito della quale sono state commesse nonche' delle caratteristiche della fusione o della scissione. 3. Rispetto agli enti beneficiari della scissione, la reiterazione puo' essere ritenuta, a norma dei commi 1 e 2, solo se ad essi e' stato trasferito, anche in parte, il ramo di attivita' nell'ambito del quale e' stato commesso il reato per cui e' stata pronunciata condanna nei confronti dell'ente scisso.».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

una mejor ilustración podemos poner el siguiente ejemplo: si la entidad A cometió el delito X y, posteriormente, se fusiona con la entidad B (subsistiendo B y desapareciendo A) a la que se le impone condena por el delito X (del que originalmente era responsable A); si la entidad B en un futuro comete el delito X, a efectos de la reincidencia se tendrá en cuenta la condena por el delito X de la que originalmente era responsable A.

Por último, para cerrar las referencias a la limitación de las penas que se imponen o se trasladan al tercero, hay que poner de manifiesto que el artículo 33, antes mencionado, establece en relación con la transferencia de empresas y sociedades el que el adquirente quedará obligado solidariamente a pagar la multa del ente originalmente responsable, dentro de los límites del valor de la sociedad adquirida. Es decir, el adquirente, en ningún caso responderá por una multa que supere el valor de la sociedad adquirida. Igualmente, importante es la previsión del apartado 2 de este precepto donde se limita o se extiende la responsabilidad del adquirente en función del conocimiento que ha tenido. Por un lado, se determina que la responsabilidad del adquirente se limita a las sanciones pecuniarias que estuvieran reflejadas o que pudieran resultar de los libros de contabilidad obligatorios y, por otro lado, expresamente se establece que el cesionario responderá sólo de aquellas infracciones administrativas de las que tuviera conocimiento. Por lo tanto, podríamos decir que en el ordenamiento italiano en relación con la compraventa de empresa la llamada *due diligence* (la debida diligencia) tiene mucha importancia práctica.

Presentada someramente la situación de la legislación italiana sobre los supuestos de transferencia de responsabilidad en el caso de las modificaciones estructurales de los entes responsable, resta poner de manifiesto, una vez más, que sobre la disolución de la persona jurídica la ley guarda silencio. Esta laguna legal ha sido puesta de manifiesto por la doctrina italiana y algún autor ha alabado el hecho de que en nuestro ordenamiento sí se ha contemplado este extremo⁶⁴². Obviamente que en

⁶⁴² SICIGNANO, G.J., «Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità “da reato” dell’ente», *Diritto Penale Contemporaneo*, núm. 2, 2014, p. 163: «*In realta, una soluzione condivisibile, senza stravolgere il sistema del d.lgs. 231/2001, potrebbe essere adottata, guardando all’esperienza europea ed in particolare alla Ley Orgánica 5/2010 con cui e stata introdotta nell’ordinamento spagnolo la responsabilita “penale” delle persone giuridiche. [...] Il legislatore iberico si e orientato verso un modello di conservazione della responsabilita, a meta strada tra il modello penalistico e quello civilistico, laddove ha previsto che lo scioglimento dell’ente non estingue la*

relación con la normativa antes descrita cabría debatir sobre muchos aspectos, no obstante, nuestro objetivo era simplemente hacer un mínimo acercamiento a la misma para poner de manifiesto que el art. 130.2 CP no es una construcción única y novedosa con respecto a otros ordenamientos y que, aunque probablemente inspirado en la normativa italiana, no ha seguido por completo a ésta como modelo. Muestra de ello es la escueta redacción de nuestro art. 130.2 CP que, como veremos en su momento, no se pronuncia sobre muchos aspectos relevantes.

4. Alcance de las previsiones del artículo 130.2 CP

4.1. Valor relativo de los conceptos propios del Derecho mercantil

Centrándonos ahora en el análisis de la regulación de nuestro Código penal, hay que hacer referencia a dos aspectos generales del artículo 130.2 CP: determinar a qué casos concretos de modificaciones estructurales hace referencia el citado precepto; y dilucidar el momento procesal en el que entra en juego la aplicación de esta previsión.

A priori, parece que el art. 130.2 CP ha delimitado claramente los supuestos en los que se produce el traslado de la responsabilidad penal. Recordemos que nuestro Código penal determina expresamente que la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal. Ahora bien, sabido es que estas no son las únicas operaciones que pueden modificar de una manera sustancial a la persona jurídica. Operaciones como la denominada segregación, la cesión global del activo y del pasivo o, incluso, la compraventa de una empresa, no están contempladas expresamente en el precepto ahora analizado. ¿Quiere ello decir que de llevarse a cabo tales operaciones no se podría trasladar la responsabilidad penal? Este interrogante se puede resolver sólo cuando tengamos claro el parámetro interpretativo que se debe aplicar a la lista de supuestos contenida en el art. 130.2 CP.

En este punto, salvando alguna posición algo extrema⁶⁴³, muchos autores dan casi por supuesto que el parámetro interpretativo del artículo 130.2 es y debe ser la Ley

responsabilita della persona giuridica, quando l'estinzione dell'ente sia il risultato di un evento meramente "occulto o apparente".».

⁶⁴³ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 262: «A pesar de la referencia genérica a las personas jurídicas, este apartado segundo del art. 130 tal y como se

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LME)⁶⁴⁴. Es cierto que la terminología empleada por el Código penal coincide totalmente con la normativa mercantil, es decir, con la LME, pero no por ello podemos dar por supuesto que el Código penal toma en consideración única y exclusivamente los conceptos de dicho orden jurisdiccional. De ser así, por aplicación del principio de legalidad y por la prohibición de analogía, no podríamos aceptar la cesión global del pasivo y del activo o la segregación como un supuesto del art. 130.2 CP.

Además, la mencionada norma mercantil, la LME, va referida en exclusiva a las sociedades mercantiles mientras que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene por destinatarios a sujetos que no siempre tiene que revisar la forma jurídica de una sociedad mercantil.

No negamos la importancia de la LME a la hora de comprender estas operaciones mercantiles; de hecho, en este mismo trabajo nos apoyaremos en ella para estudiar las distintas modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, pero sí que queremos poner de manifiesto que el alcance del art. 130.2 CP no viene determinado, exclusivamente, por esta norma. Dicho de otra manera, esta norma hay que tomarla en consideración en su justa medida⁶⁴⁵.

Entonces, ¿cómo justificamos la inclusión de operaciones como la cesión global del activo y del pasivo, la segregación o la compraventa de empresa bajo el paraguas del art. 130.2 CP? Una interpretación teleológica es que la que nos permitirá considerar que deben aplicarse las previsiones del art. 130.2 CP a los casos mencionados. Es decir, si el art. 130.2 del CP tiene por finalidad evitar que las personas jurídicas burlen la

encuentra redactado sólo es aplicable en realidad a personas jurídicas titulares de organizaciones empresariales.».

⁶⁴⁴ DEL ROSAL BLASCO, B., «La transferencia de la responsabilidad penal...*op. cit.*, p. 182: «Así, por ejemplo, el CP recoge todos los supuestos de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante, LMESM), y se refiere a las hipótesis de la transformación, la fusión, la absorción o la escisión de una persona jurídica. Sin embargo y de forma inexplicable, deja fuera el supuesto de la cesión global de activos y de pasivos...».

⁶⁴⁵ En este punto subscribimos totalmente las palabras de LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 558-559: «Ciertamente es que los supuestos a los que se refiere el párrafo primero del art. 130.2 CP quedan regulados en la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, sin embargo, consideramos que, a efectos penales, deben proporcionarse unos conceptos autónomos de transformación, absorción y escisión válidos para cualquier clase de persona jurídica que no tiene, además, por qué coincidir con los descritos en la citada norma. Sin perjuicio, claro está, de que las disposiciones contenidas en dicha ley sirvan de base u orientación para ellos.».

responsabilidad penal a través de la utilización de operaciones que de una forma u otra modifican su identidad o composición del sustrato material, cualquier procedimiento tendente a poner en práctica el mencionado fin fraudulento deberá tratarse de acuerdo con las disposiciones de este precepto.

Antes de dar por finalizada esta cuestión falta hacer la siguiente reflexión. Es cierto que, al principio de este trabajo, en relación con la determinación del sujeto imputable, habíamos defendido claramente que, a día de hoy, debe manejarse un criterio mixto. Es decir, para determinar qué sujetos eran imputables de acuerdo con las previsiones de los art. 31 bis y ss. del CP habíamos sostenido que se debe recurrir a la normativa mercantil y civil, sobre todo, para determinar cuándo un ente ostenta personalidad jurídica y, a la vez se debe emplear un criterio material para ver que existe un cierto sustrato organizativo que se dedica, aunque fuera en parte, a la realización de actividades legales. En sede del artículo 130.2 CP, esta orientación hacia el empleo de la normativa civil y mercantil se debe relativizar mucho debido a que, como explicaremos, lo preeminente será no una concepción formal del sujeto, al que se le traslada la pena sino una concepción material donde lo esencial vendrá constituido por el sustrato organizativo-material. Por lo tanto, la perspectiva de que los conceptos de Derecho mercantil tendrán un papel relativo a la hora de interpretar y aplicar el art. 130.2 CP no implica una incoherencia con lo expuesto en su momento en relación con el sujeto imputable y su determinación de acuerdo a la normativa extrapenal.

Por último, el que en esta materia los conceptos empleados por el Código penal no son siempre coincidentes con los establecidos en la normativa mercantil y civil se puede observar también en el caso de la disolución. El art. 33.7 CP determina que la disolución produce la pérdida definitiva de la personalidad jurídica del ente, así como la pérdida de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad. En cambio, en el Derecho mercantil y, en concreto en la Ley de Sociedades de Capital, la disolución no implica extinción como en el caso del art. 33.7 CP sino, simplemente, la apertura de la fase de liquidación, periodo en el que la sociedad sigue manteniendo su personalidad⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Cfr. art. 371 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital: «1. La disolución de la sociedad abre el período de liquidación. 2. La sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza. Durante ese tiempo deberá añadir a su denominación la expresión «en liquidación».».

4.2. Reflexiones sobre el momento procesal al que va referida la regulación

A diferencia de la legislación italiana, donde sí se puede deducir claramente que la legislación referida a la transmisión de la responsabilidad penal comprende tanto los casos en los que se ha dictado sentencia condenatoria como aquellos en los que todavía no ha finalizado el procedimiento penal, en el art. 130.2 CP no se dice nada al respecto.

En el inciso primero del art. 130.2 CP se establece la facultad de moderar la «pena». Ahora bien, no sabemos si el mencionado término hace referencia a la pena ya impuesta al sujeto originariamente responsable o la pena que debería habersele impuesto de no haber procedido a la modificación estructural.

A pesar de esta falta de concreción legislativa, la doctrina tiene un criterio unánime sobre este extremo considerando que las disposiciones del art. 130.2 CP se aplican a los siguientes supuestos: cuando la persona jurídica responsable haya procedido a una modificación estructural antes de ser condenada (pudiendo haber sido o no imputada)⁶⁴⁷; cuando se produce esta modificación una vez condenada pero antes de cumplir total o parcialmente la pena⁶⁴⁸; e incluso, en opinión de algún autor, el art. 130.2 puede ir referido a aquellos supuestos en los que, si bien se ha cumplido íntegramente la pena, resta por cumplir la responsabilidad civil no satisfecha, el pago de las costas y también el decomiso de determinados bienes⁶⁴⁹.

Los distintos escenarios a los que se puede aplicar el art. 130.2 CP no son sólo fruto de las reflexiones doctrinales, sino que incluso alguna resolución judicial, dentro de las pocas que se han dictado sobre la aplicación de este precepto, ya han actuado contra la persona jurídica sucesora, aunque la originalmente responsable no haya sido condenada previamente. A tal efecto, véase el Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2019 que resuelve el recurso de reforma interpuesto contra el Auto del Juzgado Central de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2019 en el que se había acordado la sucesión procesal del Banco Santander al Banco

⁶⁴⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen...*op.cit.*, marginal, 6782.

⁶⁴⁸ FARALDO CABANA, P., «La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. Sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a las personas jurídicas», en MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA J. M.; GARCÍA ALBERO, R. (Coords.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 518.

⁶⁴⁹ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 569.

Popular Español, entidad que había sido absorbida por la primera. En la mencionada resolución se desestima el recurso del Banco Santander y se considera procedente que se le tenga como investigada en la causa. A los efectos que aquí nos interesan decir que el órgano jurisdiccional no vio problema alguno en el hecho de que el Banco Popular en ningún momento había adquirido la condición de investigado⁶⁵⁰.

En definitiva, el art. 130.2 CP se aplica al más amplio abanico de situaciones, es decir, es irrelevante si la persona jurídica originalmente responsable haya sido o no condenada, pudiéndose dirigir el procedimiento de investigación contra la persona jurídica sucesora.

5. Aparente conflicto dogmático: la vulneración del principio de personalidad de las penas

Antes de entrar en las concretas dudas que la doctrina ha manifestado sobre la posible vulneración del principio de personalidad de las penas por parte del artículo 130.2 CP, se debe una mínima aclaración sobre el contenido y funcionamiento de este principio. No vamos a hacer un análisis general sobre este principio informador del Derecho penal, al gozar ya de un vasto y asentado estudio tanto doctrinal como jurisprudencial, sino que nos limitaremos a describir concisamente en qué consiste. Para ello nos apoyaremos en las palabras de CUERDA RIEZU.

Así, este principio consiste en *«una estrecha relación, concretamente, en la correspondencia que debe existir entre el delito, el sujeto responsable y la pena.»*⁶⁵¹. Es decir, se trata de *«una relación de tipo jurídico que enlaza un hecho, un individuo al que se le responsabiliza de ese hecho, y, en virtud de dicha responsabilidad, una consecuencia jurídica restrictiva de derechos impuesta precisamente al mismo individuo»*⁶⁵². Por lo tanto, como consecuencia de dicha relación *«sólo el sujeto responsable debe cumplir la pena o, dándole la vuelta a esa afirmación, solo debe cumplir la pena por la comisión de un hecho delictivo el que es responsable de tal hecho»*. Debido a esta relación el principio tiene una doble denominación: *«una, la de principio de personalidad por hechos propios, que haría referencia a la conexión entre*

⁶⁵⁰ Cuestión distinta es que finalmente el Banco Santander fue sacado de la causa por el Auto de la Audiencia Nacional 246/2109 de 30 de abril. Sobre este extremo volveremos en su momento.

⁶⁵¹ CUERDA RIEZU, A., «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 62, 2009, p.187.

⁶⁵² CUERDA RIEZU, A., «El principio constitucional...*op. cit.*, p. 187.

la persona declarada responsable y el hecho cometido por ella; y otra, la de principio de personalidad de las penas, que explicaría la relación entre el sujeto declarado responsable y la pena que ha de cumplir»⁶⁵³.

Puesto lo anterior en relación con el art. 130.2 CP, parece que el precepto no respeta esa relación entre el sujeto responsable y la pena que ese mismo sujeto ha de cumplir. Efectivamente, de la redacción del precepto ahora analizado se observa claramente que la pena se «trasladará» o se «extenderá» a un tercer sujeto que originalmente no era responsable. Ni siquiera el hecho de que el traslado de la pena se puede moderar, mitiga la aparente vulneración del principio de personalidad de las penas. A partir de este momento se abren tres escenarios posibles: a) considerar el art. 130.2 CP inconstitucional precisamente por infringir el principio mencionado; b) buscar un fundamento que ponga en relación la pena «trasladada» con el tercero al que se le impone, lo que evitaría la vulneración del principio constitucional al restaurar la correspondencia entre una consecuencia jurídica y el sujeto que debe soportarla; c) comprobar si realmente la pena «trasladada» se impone a un sujeto distinto del responsable originalmente. Dicho de otra manera, obviando las posiciones que no se abren a la posibilidad de que el art. 130.2 CP sea constitucional, hay dos formas de intentar ofrecer una interpretación acorde de este precepto con el principio de personalidad de las penas o de responsabilidad por el hecho propio. La primera de ellas es intentar hacer responsable de alguna manera al tercero al que se le va a trasladar la pena de la consecuencia jurídica prevista o impuesta inicialmente al sujeto originalmente responsable. La otra posibilidad, que ya adelantamos y que es por la que nos inclinamos en este trabajo, es comprobar y demostrar que la relación entre la pena impuesta y el sujeto originalmente responsable no se quiebra aun cuando por el medio aparece la figura de un tercero. Para que se cumpla la premisa de esta última posibilidad es necesario demostrar que el sujeto originalmente responsable no desaparece aun cuando se haya llevado a cabo una modificación estructural o una disolución aparente. Afinando todavía un poco más estas dos formas de abordar el problema podemos decir que la primera de ellas se centra en exclusiva en configurar una responsabilidad del tercero que justificaría la asunción por parte de éste de una pena inicialmente prevista o impuesta a otro sujeto, mientras que la segunda pone el acento en el sujeto

⁶⁵³ CUERDA RIEZU, A., «El principio constitucional...*op. cit.*, p. 188.

originalmente responsable que, al seguir subsistiendo, la relación con la consecuencia jurídica que se la ha impuesto (o se le debería haber impuesto) no desaparece.

Retomando el primero de los escenarios posibles, es decir, aquel en el que se afirma el hecho de que el artículo 130.2 CP adolece de inconstitucionalidad, señalar que el argumento básico que se esgrime es que se hace responsable a un sujeto de unos hechos con los que nada tiene que ver⁶⁵⁴. Por lo tanto, también en esta posición doctrinal la atención sigue centrada en el tercero afectado y no en el sujeto originalmente responsable. Por lo general, aquellos que consideran que el precepto ahora estudiado vulnera el principio de personalidad de las penas han intentado o bien proponer una reforma legislativa que abordase el fenómeno de las modificaciones estructurales de manera distinta o bien realizar una interpretación alternativa de esta norma, en un intento de adecuarla al respecto del principio constitucional en riesgo.

Así, por ejemplo, DOPICO GÓMEZ-ALLER, aun reconociendo que no se resolvería por entero el problema de que las personas jurídicas pueden transformarse y proceder a multitud de operaciones societarias, considera que *«hubiese sido notoriamente menos problemático regular para estos casos un régimen de “responsabilidad de la entidad absorbente en el pago de la multa de la entidad absorbida”, similar al que contenía el derogado art. 31.2 en la redacción que le dio la Ley Orgánica 15/2003.»*⁶⁵⁵. Junto al anterior mecanismo, el citado autor se pregunta por qué el legislador no ha previsto la posibilidad de que *«permitiese la retroacción y anulación de la absorción o fusión, para procesar y sancionar a la persona jurídica verdaderamente infractora»*⁶⁵⁶. Por último, DOPICO GÓMEZ-ALLER toma en consideración la propuesta de otros autores en relación con la posibilidad de que la persona jurídica absorbente responda sólo cuando no ha tenido la suficiente diligencia (*due diligence*) a lo largo de proceso de fusión. La respuesta, por parte del autor antes mencionado, a esta propuesta es que *«no resuelve el*

⁶⁵⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. «Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas», Derecho penal económico y de la empresa, DE LA MATA N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; NIETO MARTÍN, A., Dykinson, 2018, pp. 162-163: *«Ello plantea ciertas dudas respecto de su compatibilidad con los principios constitucionales de personalidad de la responsabilidad penal y de prohibición de la responsabilidad objetiva. Si considerásemos que tras una absorción la entidad absorbente deviene penalmente responsable por un hecho con la que, en el momento de su comisión, no tuvo ningún contacto, nos encontraríamos ineludiblemente ante una norma que obliga a enjuiciar y declarar culpable a un sujeto por un hecho que, en el momento de su comisión, ni pudo evitar, ni le era atribuible.»*, en el mismo sentido MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen...*op.cit.*, marginal 6780.

⁶⁵⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. «Tema 4: La responsabilidad penal...*op.cit.*, p. 163.

⁶⁵⁶ *Ibidem*.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

problema de inconstitucionalidad. No cabe concluir que, si la entidad fue negligente en el momento de la absorción, esa negligencia ya permite, sin tacha de responsabilidad objetiva, condenar a la sociedad absorbente por el delito cometido por la absorbida quizá años antes»⁶⁵⁷. En este punto concreto, sobre el que volveremos más adelante nos mostramos de acuerdo debido a que el art. 130.2 CP, en su redacción actual, no abre la posibilidad de que la tercera persona jurídica consiga eximirse de ese traslado de la pena en base a una debida diligencia que haya podido tener durante el proceso de fusión o absorción.

Sin embargo, a pesar del tenor literal del precepto ahora analizado, autores como LUZÓN CAMPOS consideran que entre tanto se produzca una modificación legislativa que contemple la *due diligence* como elemento que permita a las terceras personas eximirse del traslado de la pena, es posible que los tribunales hagan una interpretación que evite un traslado automático de la responsabilidad penal⁶⁵⁸. No obstante, el art. 130.2 CP, y en concreto el primer inciso, es decir, el referido a las modificaciones estructurales, establece que, producida la fusión, absorción, etc., se debe trasladar la pena. No se hace ni la más mínima referencia a la posible actuación de la entidad resultante o implicada en la modificación estructural. Es más, ni siquiera se hace referencia a la presencia de un ánimo fraudulento en el sujeto originalmente responsable.

Para cerrar las reflexiones sobre este primer bloque en el que, repetimos una vez más, se considera que el art. 130.2 es inconstitucional por vulnerar el principio de personalidad de las penas, queremos hacer referencia a la posición de SERRANO ZARAGOZA. El citado autor considera que *«la única interpretación constitucionalmente admisible del art. 130.2 párrafo 1º del CP es aquella que sostiene que el legislador ha*

⁶⁵⁷ *Ibidem*.

⁶⁵⁸ LUZÓN CAMPOS, E., «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 CP», *Diario La Ley*, núm. 9369, 2019, p. 7: *«En conclusión, reconociendo que se trata de una cuestión jurídica que no resulta sencilla (como viene sucediendo con la mayoría de las cuestiones interpretativas en torno a la aplicación de la teoría general del delito a la responsabilidad penal de personas jurídicas), existen suficientes razones y argumentos jurídicos, que además de hacer recomendable una reforma legislativa como la apuntada, permitirían en este momento, una interpretación por parte de los Tribunales del artículo 130.2 del Código Penal que evite una traslación «ciega» o automática de la responsabilidad penal en casos de fusiones o adquisiciones de sociedades mercantiles, generando situaciones que, además de poco compatibles con los principios generales de nuestro ordenamiento, resultan manifiestamente injustas.»*

*introducido un sistema de traslación de responsabilidad de naturaleza no penal»⁶⁵⁹. Si bien es muy respetable la anterior posición, tenemos que resaltar el hecho de que se cambian sustancialmente los términos del debate dado que, ni siquiera por parte de los detractores del art 130.2 CP, se ha cuestionado el hecho de que lo que se transmite es una responsabilidad penal y, precisamente por ello, consideran inconstitucional el precepto. No obstante, resulta interesante, ver qué naturaleza tiene la responsabilidad que, en opinión de SERRANO ZARAGOZA, se transmite en base al art. 130.2 CP. Así, el citado autor en relación con el artículo 130.2 CP señala que el legislador no ha establecido un sistema de traslado objetivo de la responsabilidad penal, sino que *«ha creado un instrumento normativo para hacer efectiva la prohibición de los enriquecimientos injustificados o para fijar responsabilidades por culpa o por riesgo en el ámbito del derecho de daños»⁶⁶⁰. Obviando el hecho de que aquí defendemos una posición radicalmente opuesta, y debido a razones muy distintas, queremos poner de manifiesto el hecho de que esta posición doctrinal ha sido rechazada expresamente por alguna resolución dictada en relación con la materia que nos ocupa. El Auto de la Audiencia Nacional 246/2019, de 30 de abril, en su fundamento jurídico sexto dedicado a la interpretación del art. 130.2 CP señala lo siguiente: *«Tampoco sería admisible aquella, sobre la base de algunos planteamientos doctrinales que aseveran que el artículo 130.2 CP introduce un sistema de traslación de responsabilidad de naturaleza no penal, sino un instrumento normativo dirigido a evitar situaciones de enriquecimiento injusto, o en base a una responsabilidad por culpa o por riesgo en las hipótesis de disolución real de la persona jurídica delinciente».***

Con las anteriores reflexiones damos por analizado el primer escenario, el de considerar que el art. 130.2 CP vulnera el principio de personalidad de las penas y, por lo tanto, es inconstitucional.

Siguiendo el esquema propuesto al principio de este epígrafe, el siguiente paso es analizar las opciones interpretativas que si bien no consideran que art. 130.2 CP es de entrada inconstitucional, sí que intentan construir elementos o fundamentos que hagan al tercero merecedor de la pena trasladada, lo que evitaría la sospecha de vulneración del

⁶⁵⁹ SERRANO ZARAGOZA, O., «Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores sociales tras la introducción del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho español», en RUIZ DE LARA, M., (Coord.), *Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018, p.86.

⁶⁶⁰ SERRANO ZARAGOZA, O., «Régimen de deberes y responsabilidades...*op. cit.*, p. 91.

principio de personalidad de las penas. Antes de seguir, debemos advertir que, por el poco tratamiento que este precepto ha tenido, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, las siguientes reflexiones tampoco se pueden elevar a categoría de corriente asentada.

DEL ROSAL BLASCO es uno de los autores que admite la constitucionalidad con las previsiones del art 130.2 CP, pero sólo en relación con aquellos supuestos en los que las modificaciones estructurales se hayan llevado a cabo debido a un ánimo fraudulento. En concreto, señala que *«la transferencia de responsabilidad en los supuestos en los que se persiga eludir fraudulentamente las mismas, no sólo resulta lógico, sino que, además, es ajustado a derecho, puesto que la entidad sucesora habrá participado, en cierto modo, en la causación culpable del ilícito que genere tales responsabilidades; participación que, dicho sea de paso, deberá quedar debidamente acreditada, so pena de incurrir en una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia.»*⁶⁶¹. En base a estas palabras se puede observar que el autor intenta encontrar una especie de actuación de la persona jurídica o, mejor dicho, de la entidad sucesora que justifique la imposición de la pena. Esta necesaria participación por parte del tercero al que se le traslada la pena la exige el citado autor con más claridad todavía cuando afirma que el artículo 130.2 del CP *«solo puede operar en aquellos supuestos de fraude, es decir, aquellos en los que la operación societaria se realiza con el objetivo de eludir las responsabilidades penales o civiles derivadas del delito de la empresa sucedida, en los que sea posible afirmar la concurrencia de los elementos subjetivos pertinentes en la persona jurídica que responsa en última instancia»*⁶⁶². Es más, además asimila el art 130.2 al encubrimiento punible y así sostiene tajantemente que *«pese a que el texto de la Ley, no impide, en sentido literal, la aplicación de la transferencia de responsabilidades a supuestos distintos de los estrictamente elusivos, tal aplicación entraría en confrontación directa con principio elementales del Derecho penal.»*⁶⁶³. El problema con el que se enfrenta esta última interpretación es el siguiente. No es que la Ley no impida la aplicación del mecanismo del art 130.2 a supuestos no elusivos, sino que obliga a aplicarlo a cualquier supuesto de modificación estructural. En ningún momento debemos perder de vista el hecho de que el tenor literal del ya tan repetido art

⁶⁶¹ DEL ROSAL BLASCO, B., «La transferencia de la responsabilidad penal...*op. cit.*, p. 194.

⁶⁶² DEL ROSAL BLASCO, B., «La transferencia de la responsabilidad penal...*op. cit.*, p. 197.

⁶⁶³ *Ibidem.*

130.2 de CP establece un automatismo: producida una modificación estructural se debe proceder al traslado. Ya veremos líneas más adelante que la operativa es algo más compleja dependiendo del momento en el que se produce el traslado, pero, en esencia, se trata de un automatismo.

Junto a la anterior posición doctrinal podemos hacer referencia no a una jurisprudencia consolidada, ni mucho menos, sino a unas resoluciones de la Audiencia Nacional que han tratado este tema. En concreto, analizaremos los autos dictados por la Audiencia Nacional en relación con la imputación del Banco Santander tras la absorción del Banco Popular. Estas resoluciones también se pueden integrar en esta segunda posibilidad interpretativa del art. 130.2 CP, donde se busca justificar el traslado de la pena al tercero en base a una determinada actuación del mismo.

El caso de la imputación (y posterior “desimputación”) del Banco Santander queda comprendido en las siguientes tres resoluciones judiciales. A través del Auto de 15 de enero de 2019 del Juzgado Central de Instrucción, número 4 de la Audiencia Nacional se produce la imputación del Banco Santander. En esta escueta resolución se constata el hecho de que se había inscrito en el Registro Mercantil la fusión por absorción entre el Banco Popular Español y el Banco Santander, adquiriendo este último en bloque a título universal todos los elementos patrimoniales integrantes del activo y del pasivo del primero. Asimismo, se hace una referencia clara y concisa al hecho de que en el caso presente era procedente aplicar las disposiciones del art. 130.2 CP.

La siguiente resolución a mencionar es el Auto del Juzgado Central de Instrucción de la Audiencia Nacional de 20 de marzo de 2019 que resuelve el recurso de reforma interpuesto contra la anterior resolución. Adelantando el hecho de que en este momento se sigue manteniendo la imputación del Banco Santander queremos poner de relieve las siguientes manifestaciones del órgano jurisdiccional. En primer lugar, recuerda el carácter imperativo de este precepto y, en segundo lugar, respondiendo a los argumentos del recurrente, declara en el fundamento jurídico cuarto que « *el legislador penal dice lo que dice, pudiendo haber dicho otra cosa o haber detallado más los términos de dicha traslación de la responsabilidad penal en los supuestos recogidos en el precepto o, incluso, haber excluido expresamente de su ámbito de aplicación determinadas operaciones societarias enmarcadas en las reestructuraciones bancarias,*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

en base a razones de diversa índole. Pero no ha sido así. Y como es sabido “ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus”». Por lo tanto, se pone de relieve el hecho de que el art. 130.2 CP no da pie a que se aduzcan razones de ningún tipo que puedan eximir a la entidad sucesora del traslado de la responsabilidad penal. La conclusión antes sacada es válida relativamente debido a que el juzgado, en otro lugar del mismo fundamento jurídico, afirma que *«es lo cierto, que la instrucción, entre otras cuestiones, deberá analizar el apartado de riesgos legales contemplados en el proyecto de fusión, con especial detenimiento en los de naturaleza penal. Y tras ello, ponderar la posible culpabilidad de Banco Santander.»*. Con esta afirmación parece que el juzgado está dando cierta relevancia a la debida diligencia que el banco imputado hubiere prestado en el proceso de fusión por absorción.

La resolución clave en este caso es el Auto de la Audiencia Nacional 246/2109 de 30 de abril que resuelve el recurso de apelación del anterior auto y que finalmente saca de la causa penal al Banco Santander. Tras un exhaustivo repaso de los estudios doctrinales sobre el art. 130.2 CP y de la jurisprudencia más relevante sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en general, la Audiencia Nacional deja fuera de la instrucción al Banco Santander.

Lo relevante de esta resolución, a los efectos que aquí interesan, es el hecho de que el órgano jurisdiccional ofrece una interpretación del art. 130.2 CP donde, más que comprobar si se debe aplicar este precepto o no al caso, parece que intenta ver si al Banco Santander se le puede exigir responsabilidad penal o no de acuerdo con los arts. 31 bis y ss. CP.

Aunque se reconoce expresamente en la resolución que *«ninguna norma, o criterio jurisprudencial, permite por el momento, hablar de la existencia de una excusa absolutoria para la entidad absorbente por la responsabilidad penal en que hubiere podido incurrir la entidad absorbida, sino todo lo contrario al amparo del artículo 130.2 CP., es necesario, llevar a cabo una interpretación del precepto acorde con la normativa constitucional y con los principios básicos del Derecho penal»*, procede a hacer una interpretación encaminada, precisamente, a eximir al Banco Santander de la responsabilidad derivada de la absorción del Banco Popular.

Una clara descripción de la idea rectora con la que se analiza el art. 130.2 CP por parte del órgano jurisdiccional la encontramos en el fundamento jurídico sexto donde expone que *«En el caso de autos, el Banco Santander, S.A., ninguna imputación, ni responsabilidad penal tenía como consecuencia de los hechos que se investigan. No se pueden trasladar, sin más a aquella, los posibles defectos de organización de la entidad absorbida, ni la inexistencia de una cultura de cumplimiento de la norma, susceptibles de reproche penal, por qué de ser así, sí se estaría produciendo una vulneración del principio de personalidad de las penas y del de culpabilidad, ya que se haría responder a aquél por hechos ajenos en los que ninguna intervención ni dolosa, ni culposa hubiere tenido, lo que nada tiene que ver con un sistema penal de autorresponsabilidad como el pretendido por el legislador en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas»*. Observamos que, a juicio del juzgador, para que se aplique el art. 130.2 CP es necesaria una intervención de la entidad sucesora en los hechos por los que se hizo responsable a la entidad originaria, en este caso la absorbida. Si esta es la interpretación ¿cuál es el sentido del art. 130.2 CP? ¿Por qué ha de aplicarse el 130.2 CP y no el modelo de imputación del art. 31 y ss.?

Esta idea, la de que la entidad sucesora debe participar en los hechos de la sucedida se ve más claramente cuando se pone de manifiesto que *«No existe dato alguno que indique una participación si quiera indiciaria del Banco de Santander, S.A., en los hechos objeto de investigación. No intervino ni en la ampliación de capital aprobada en mayo de 2016, ni en la supuesta manipulación del valor de cotización de las acciones de Banco Popular Español, S.A. supuestamente llevada a cabo bajo la supervisión del anterior Consejo de Administración»*. Volvemos a replantear el mismo interrogante: si esa es la circunstancia que debería haberse dado ¿cuál es el papel asignado al art. 130.2 CP?

Está claro a los ojos del órgano jurisdiccional que emitió el Auto que ahora analizamos *«una traslación automática de la responsabilidad penal a sujetos que ninguna intervención han tenido en los hechos con relevancia penal, como la propugnada en el caso de autos, máxime cuando no se requiere una identidad "absoluta", sino que basta con una identidad "sustancial", implica una renuncia a los principios de personalidad de las penas y de la responsabilidad penal como manifestaciones fundamentales del principio de culpabilidad»*.

Si la interpretación mantenida en esta última resolución es la que se va a seguir por los tribunales; es decir, si llega a convertirse en doctrina jurisprudencial, entonces el artículo 130.2 CP no tendría aplicación alguna, dado que siempre se volverían a examinar los requisitos de imputación del art. 31 bis CP. En palabras de FARALDO CABANA el Auto 246/2019 «no tiene en cuenta que la persona jurídica responsable o beneficiaria no es declarada penalmente responsable del delito cometido en el seno de la persona jurídica extinguida, sino que se le “traslada” dicha responsabilidad, en principio ajena.»⁶⁶⁴. Con buen criterio señala la citada autora que, aunque pudiera parecer muy garantista el exigir la concurrencia de los requisitos de imputación, ello es poco razonable, además de que «será imposible que se produzca traslado alguno salvo en casos evidentes de connivencia entre las entidades para eludir responsabilidades»⁶⁶⁵. Lo que propone el Auto 246/2019 es que la persona jurídica sucesora participe de alguna manera en los delitos de la entidad a la que sucede; esta es una situación en la que no hace falta acudir a un mecanismo como el art. 130.2 CP, sino que basta con aplicar el modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto en el art. 31 bis.

Tras lo expuesto anteriormente resta explicar el último de los escenarios interpretativos que se pueden plantear y es el que considera que el principio de personalidad de las penas no se ve vulnerado debido a que la pena que se traslada o, si se quiere, la responsabilidad que se traslada afecta a un sujeto que materialmente sigue siendo el mismo. La pieza clave de este planteamiento es que el sujeto originalmente responsable no desaparece, sino que sólo muta.

Debido al escaso tratamiento doctrinal del que ha gozado el art. 130.2 CP tampoco en este tercer escenario interpretativo encontraremos muchas opiniones al respecto, aunque sí podemos encontrar algún autor que defienda esta posición que, recordemos, subscribimos en este trabajo.

⁶⁶⁴ FARALDO CABANA, P., «La transmisión de las penas en las modificaciones estructurales de las personas jurídicas. Una reflexión sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a los entes colectivos», en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.); DE LA CUERDA MARTÍN, M., y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., (Coords.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p.445.

⁶⁶⁵ FARALDO CABANA, P., «La transmisión de las penas...op.cit., pp.445-446.

FARALDO CABANA, tras un repaso de los casos de las modificaciones estructurales⁶⁶⁶ que se pueden llevar a cabo, concluye que *«con el traslado de la responsabilidad penal en los casos apuntados de identidad no se infringe el principio de personalidad de las penas porque, desde una perspectiva fáctica, sigue tratándose, sustancialmente, de la misma persona jurídica»*⁶⁶⁷. Esta misma idea, la de que no necesariamente estamos ante un sujeto distinto cuando se produce el traslado de la pena la encontramos en las siguientes palabras de LEÓN ALAPONT : *«obsérvese que el legislador en estos supuestos se aleja claramente de un criterio formal de personalidad jurídica [...] así, al recurrir a parámetros materiales para determinar cuándo nos encontramos antes una transformación, fusión, absorción, escisión o disolución aparente precisamente lo que se quiere poner de manifiesto es que no estamos frente a “otros” entes totalmente distintos de la persona jurídica originalmente responsable (aun cuando así sea en un sentido estrictamente formal)»*⁶⁶⁸.

Dado que en los siguientes apartados nos dedicaremos a ahondar en este planteamiento exponiendo sus líneas maestras baste por el momento con las anteriores referencias doctrinales.

6. La «supervivencia» del sujeto responsable como fundamento posible de un «traslado» de la pena constitucionalmente aceptable

Como advertíamos líneas arriba, en este trabajo nos alineamos con la posición doctrinal que opta por considerar que, al menos en la mayoría de los casos, el art. 130.2 CP sí respeta el principio de personalidad de las penas. También apuntábamos en su momento que la pieza clave de esta interpretación es demostrar que la responsabilidad o la pena que se traslada afecta al sujeto originalmente responsable que, si bien se ha transformado (entendido en un sentido amplio) sigue subsistiendo. A su vez, creemos que esta interpretación se muestra respetuosa con el tenor literal del precepto ahora analizado.

⁶⁶⁶ No los mencionamos ahora, porque en este mismo trabajo se analizarán dichos supuestos con detenimiento. En este punto, únicamente se quiere resaltar la conclusión a la que llega la autora.

⁶⁶⁷ FARALDO CABANA, P., «La transmisibilidad de la pena de multa...*op.cit.*, pp.526-527.

⁶⁶⁸ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 569.

Sin más preámbulos y acercándonos al texto de la ley, en concreto, al inciso primero del art. 130.2 CP, la primera cuestión a resaltar es el hecho de que el presupuesto básico para la aplicación de esta norma es la existencia de responsabilidad penal de una determinada persona jurídica⁶⁶⁹. Aquí hay que recordar lo expuesto en relación con el momento procesal al que va referido este precepto donde explicábamos que esta norma comprende tanto los casos en los que el sujeto originalmente responsable ha sido condenado, como aquellos en los que no. Esto implica que en aquellos casos en los que una persona jurídica, en cuyo seno se haya cometido un delito, por el que puede ser declarada responsable penal, de acuerdo con los arts. 31 bis y ss., CP y haya procedido a una modificación estructural o una disolución meramente aparente antes de que se haya condenado, lo primero que se tendrá que hacer por parte del tribunal es acreditar dicha responsabilidad penal. Es decir, lo primero que se debe verificar es si en relación con la persona jurídica a la que se sucede se puede acreditar la responsabilidad penal de la misma de acuerdo con los arts. 31 bis y siguientes. Tomando como ejemplo el caso del Banco Santander, lo primero que se tenía que haber comprobado era si al Banco Popular, al que había absorbido, podía ser declarado responsable de acuerdo con el modelo de imputación de las personas jurídicas.

Aclarado el anterior punto, la siguiente cuestión a resaltar es el hecho de que la personalidad jurídica, es decir, el elemento formal queda relegado en un segundo plano. El que el ente resultante de alguna de las modificaciones estructurales, o el sucedáneo de la persona jurídica que aparentemente se haya disuelto, tenga o no personalidad jurídica es irrelevante a efectos de la aplicación de este precepto. Si observamos detenidamente, nos daremos cuenta de que el propio legislador se cuida de emplear para los entes sucesores el término de persona jurídica, sino que recurre a términos como «entidad» o «entidades». Ahora bien, esta relativización del criterio de personalidad jurídica tiene efectos sólo en un sentido: se puede trasladar la pena a un ente sin personalidad jurídica, pero ello no quiere decir que si la ostenta no se le pueda transferir la pena. De esta configuración del art. 130.2 CP se deriva un efecto un tanto paradójico,

⁶⁶⁹ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 568: «En otro orden de cosas, el art. 130.2 CP parte de una premisa que resulta nuclear y que puede pasar inadvertida por obvia: para trasladar o extender la responsabilidad penal al partido político transformado, fusionado, absorbido, escindido o disuelto aparentemente tiene que haber responsabilidad penal. Esto, es no sólo se requerirá que estemos ante un supuesto de transformación, fusión, absorción, escisión o disolución meramente aparente; sino que, además tendrá que quedar suficientemente acreditado que el partido originario era, o es si no se ha disuelto (como sucede en el caso de la escisión parcial), responsable conforme a las previsiones del art. 31 bis CP, salvo que, naturalmente, la formación política en cuestión ya haya sido condenada».

el que a un ente sin personalidad jurídica se le imponga una pena y no una consecuencia accesoria del art. 129 CP. A nuestro modo de ver consideramos que es posible tal traslado debido a que, en un principio, la personalidad jurídica sí funcionó como criterio de imputación, tal como lo exige el art. 31 bis CP. Originalmente el delito se cometió en el seno de una persona jurídica que pudo haber sido condenada o no antes de la modificación estructural. Cuestión distinta es que al hilo del análisis de este mecanismo se pone de manifiesto el hecho de que a lo mejor es un tanto artificial y poco práctica la distinción entre el modelo de imputación de las personas jurídicas y el de las consecuencias accesorias de los entes sin personalidad jurídica.

Llegamos a un punto muy importante del art. 130.2 CP que es la absoluta irrelevancia de la actuación del tercero al que se le traslada la pena. Con independencia de que este extremo sea muy criticable y de que a lo mejor este mecanismo se tenía que haber construido de otra manera, lo cierto es que la redacción actual de las reglas ahora analizadas no hace ni la más mínima referencia a los efectos que pudiera tener la actuación de los terceros afectos (entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida o las que resulten de la escisión.). Esto es, cuando contemplamos a los entes o entidades a las que se le trasladan la pena, observamos en primer lugar un absoluto automatismo. Como apuntamos ya en otro lugar de este trabajo, la modificación estructural de una persona jurídica penalmente responsable lleva directamente a abrir el proceso de traslado de dicha responsabilidad.

Junto a la aplicación automática de estas previsiones hay que resaltar que, sobre todo, en relación con el inciso primero del art. 130.2 CP (las modificaciones estructurales) no se exige ningún ánimo fraudulento. Es decir, ni a la persona jurídica originalmente responsable, ni a la entidad que sucede a dicho sujeto se les exige un ánimo fraudulento para que se apliquen estas disposiciones. En cierta manera podría tener hasta sentido que no se exija tal ánimo. La explicación podría ser la siguiente: el legislador sigue apostando por la libertad de la persona jurídica de seguir con sus actividades propias, incluidas el proceder a modificarse estructuralmente (muchas veces estas operaciones suponen verdaderas oportunidades económicas para los entes implicados) pero le seguirá exigiendo el cumplimiento de las consecuencias derivadas de su responsabilidad penal allá donde esté y bajo la forma que tenga. Más allá de esta hipótesis lo cierto es que la lógica jurídico-penal es que mientras no se hayan cumplido

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

con las consecuencias derivadas de la responsabilidad penal es legítimo que se persiga al ente responsable con independencia de la forma que adopte.

Más relevante incluso que el automatismo en la aplicación de las disposiciones y la falta de exigencia de un ánimo fraudulento en cualquiera de los sujetos implicados es la imposibilidad de que la entidad a la que se le traslada la pena pueda eximirse de responsabilidad. Ya vimos en su momento que se había suscitado el debate sobre si, por ejemplo, la persona jurídica que absorbe a otra puede excusarse de ese traslado de la pena debido al hecho de haber prestado una debida diligencia (*due diligence*). Nuestra opinión es que el art. 130.2 CP no da pie a ello. Hoy por hoy la *due diligence* puede ser útil en ámbito mercantil y económico, en el sentido de que aquellas sociedades o personas jurídicas que piensen en fusionarse con otras o absorber a otras no lo hagan por detectar un grave riesgo de tener que afrontar unas consecuencias gravosas por razón de tales operaciones. En relación con la disposición que ahora analizamos, la debida diligencia no tiene efecto alguno. Esta circunstancia podría tener coherencia con el planteamiento que aquí defendemos. Si consideramos que el art. 130.2 CP supone, más que un traslado de la pena a un sujeto distinto, un mecanismo de exigir la responsabilidad a la persona jurídica originalmente responsable por qué habría que darle un valor a la diligencia o a la actuación del tercero. Con esto damos por cerradas las reflexiones relativas a la irrelevancia de la actuación de terceros a efectos del art. 130.2 CP.

Situados en su justa media elementos como la personalidad jurídica o la actuación de terceros resta analizar la piedra angular del planteamiento aquí defendido: el sustrato material y organizativo como criterio determinante de la aplicación del artículo 130.2 CP⁶⁷⁰. Como señalábamos al inicio de este estudio, las personas jurídicas tienen una capacidad singular⁶⁷¹, que es la posibilidad de subsistir de una forma u otra aun cuando o bien se haya dividido en varias partes (o, si se quiere, sujetos) o bien cuando se integra totalmente en un sujeto ya preexistente. Eliminada la personalidad jurídica, esa subsistencia del sujeto originalmente responsable sólo se puede comprobar

⁶⁷⁰ Como la propia FGE señala en su Circular 1/2011, p. 23 «se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales».

⁶⁷¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen...*op.cit.*, marginal 6780 «En cualquiera de estos casos la persona jurídica desaparece como tal formalmente, pero materialmente continúa sus actividades en otra u otras, a quienes se traslada o se extiende la responsabilidad. Se trata de una particular característica de la responsabilidad de las personas jurídicas, impensable en las físicas, que mantienen su identidad desde el nacimiento hasta la muerte.».

analizando el sustrato material y organizativo. Vaya por delante el hecho de que entendemos que estamos empleando un concepto un tanto heterogéneo, pero es al que obliga el propio art 130.2 CP, máxime si nos detenemos en el inciso segundo de dicho precepto donde se regula la disolución meramente aparente⁶⁷². Por lo tanto, la labor, nada fácil, es determinar qué elementos materiales y organizativos componen la «identidad» de un ente (que puede o no seguir ostentando personalidad jurídica).

Sin perjuicio de que los criterios para determinar si hay o no disolución meramente aparente tendrán su estudio específico, podemos tomar como punto de partida los propios criterios materiales previstos en el art. 130.2 CP. Junto a los anteriores, se pueden encontrar algunos elementos más. Sin aspirar a hacer una sistemática completa de aquello que conforma el sustrato organizativo-material, sí que podemos centrarnos en tres bloques temáticos. El primero podría ir referido a los recursos humanos y personales del ente, el segundo podría comprender la actividad del ente, entendida en un sentido amplio, dado que haremos referencia no sólo a lo que hace, sino también a aquellos con los que se relaciona. El último bloque vendría constituido por el patrimonio del que es titular el ente o del que se sirve, aunque no sea titular.

En el grupo de los recursos humanos y personales se puede incluir las personas que forman parte de los órganos rectores del ente⁶⁷³. En un sentido amplio podríamos hablar de directivos, es decir, aquellas personas que forman parte de la junta directiva (por ejemplo, de una asociación), del consejo de administración (de una empresa), del patronato (en el caso de las fundaciones) y un largo etc., dependiendo del tipo de persona jurídica. Junto a los directivos, obviamente que hay que sumar al personal con el que cuenta la entidad y que es esencial para la gestión ordinaria y para llevar a cabo sus actividades. Aquí, sobre todo, pensamos en personas que mantienen una relación laboral con el ente, aunque no creemos que habría impedimento alguno en tomar en

⁶⁷² Para recordar *cfr.* 103.2 segundo inciso «*No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.*».

⁶⁷³ Advertir del hecho de que no queremos, al menos en este momento, hace referencia única y exclusivamente sociedades mercantiles o empresas. La razón es que si miramos otros tipos de personas jurídicas encontraremos muchos más rasgos identificativos del sustrato material de un ente.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

consideración otras relaciones asimiladas, como pudiera ser la figura del autónomo económicamente dependiente o también, por qué no, los llamados falsos autónomos.

El bloque dedicado a la actividad y a las relaciones del ente con terceros abre un gran abanico de posibilidades, debido a la multitud de tipos de personas jurídicas y de tipos de actividad, así como de la profusión de las relaciones con terceros. En este caso siempre nos viene a la mente la empresa que desempeña una o varias actividades económicas. Obviamente no vamos a hacer aquí una enumeración de dichas actividades; para ello nos remitimos, por ejemplo, al censo de actividades económicas de la Agencia Tributaria. No hay que olvidar que hay otras personas jurídicas cuya actividad no tiene por qué coincidir necesariamente o, al cien por cien, con una actividad económica (sin perjuicio de la obtención de fondos para el mantenimiento de sus labores). Así, en una asociación o fundación debemos comprobar los objetivos a los que se dedican. Interesante es el caso de la sucesión por parte del PDeCAT (*Partit Demòcrata*) del partido Convergencia Democrática de Cataluña (CDC) que había alegado un cambio de ideología con respecto al CDC lo que, a su juicio, lo diferenciaba del mencionado partido⁶⁷⁴. No obstante, el juzgado, al igual que afirma algún autor, considera que estos cambios de ideología se tienen que valorar en su justa medida, dado que pueden ser un pretexto bajo el que esconder una autentica similitud⁶⁷⁵.

Junto a la actividad, que podríamos calificar de principal, hay otras que pueden ser indicativos de que estamos ante el mismo sujeto; sirva de ejemplo la identidad en los perfiles de redes sociales o la asunción de acuerdos de colaboración suscritos con otras entidades⁶⁷⁶.

Al lado de las actividades hay que investigar la relación con los terceros, clientes, proveedores, afiliados, socios, colaboradores de todo tipo y un sinnúmero de relaciones.

Por último, el bloque relacionado con el patrimonio englobaría las sedes que sirven de domicilio del ente y los inmuebles donde se ejecuta la actividad de la entidad, que pueden ser desde establecimientos abiertos al público hasta naves industriales,

⁶⁷⁴ Auto del Juzgado Central de Instrucción de número 5 de 27 julio de 2018 en el que se imputa a PDeCat como sucesor de CDC.

⁶⁷⁵ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 564.

⁶⁷⁶ Auto del Juzgado Central de Instrucción de número 5 de 27 julio de 2018.

terrenos, etc. Refiriéndonos al caso concreto de sociedades mercantiles, mención aparte merece la titularidad de las acciones.

Esta sería, a grandes rasgos la enumeración de algunos de los elementos que pudieran construir el sustrato material y organizativo de un ente. Entonces la ecuación, al menos teóricamente, es relativamente sencilla. Si entre dos entes se da la identidad o, al menos la similitud de estos elementos se podría afirmar que, desde un punto de vista material, estamos ante el mismo sujeto. No entramos ahora a valorar el grado de identidad que se debe dar entre estos elementos, dado que esta labor la haremos al hilo del estudio de los criterios a emplear para determinar la disolución aparente.

Resta por hacer las siguientes observaciones. Como tendremos ocasión de comprobar, por lo general, las modificaciones estructurales implican una transmisión en bloque de todos estos elementos a la entidad con la que se produce la fusión, escisión, etc. Los mayores problemas aparecerán en relación con operaciones como la escisión, donde o bien se da la circunstancia de que el sujeto originalmente responsable subsiste o bien su sustrato material y organizativo se divide en varias partes lo que dificulta predicar esa subsistencia del ente⁶⁷⁷ al no darse un grado importante de similitud.

El problema se complica incluso más, dado que el propio art. 130.2 CP da a entender que la transmisión de la pena se produciría incluso en el caso de que el sujeto originalmente responsable subsista no solo materialmente sino formalmente. El inciso primero del art. 130.2 del CP emplea el término «trasladará» para el caso de la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada mientras que para el caso de la entidad o entidades que resulten de la escisión de utiliza el vocablo «extenderá». Si atendemos a la explicación de los términos que ofrece el Diccionario de la RAE observaremos que el significado no es idéntico y, por lo tanto, tampoco lo serán los efectos. Así mientras trasladar significa *«llevar a alguien o algo de un lugar a otro»*⁶⁷⁸, extender implica, entre otras cosas *«dar mayor amplitud y comprensión que la que tenía a un derecho, una jurisdicción, una autoridad, un conocimiento»*⁶⁷⁹. Por lo tanto, en el caso el caso de las transformaciones y fusiones «mudamos» la responsabilidad penal de un lugar a otro, es decir, la llevamos allá donde se encuentre el sujeto originalmente responsable,

⁶⁷⁷ En el caso de las escisiones parciales, el sujeto no desaparece ni formal ni materialmente dado que sólo transmite una parte de su patrimonio y actividades.

⁶⁷⁸ Cfr. Diccionario de la RAE, acepción primera.

⁶⁷⁹ Cfr. Diccionario de la RAE, acepción cuarta.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

mientras que en el caso de las escisiones (y en concreto las parciales) «estiramos» dicha responsabilidad penal hasta alcanzar a la entidad resultante o beneficiaria de dicha escisión. Esto implica que en el caso de las escisiones parciales responde tanto el sujeto originalmente responsable (que sigue subsistiendo ya no solo materialmente sino también formalmente) como la entidad resultante o beneficiaria de la modificación estructural⁶⁸⁰.

Hay que preguntarse si la situación antes descrita casa con el planteamiento aquí defendido. Para ello hay que contemplar las dos situaciones posibles: una primera en la que la parte que se escinde va a una entidad de nueva constitución; una segunda en la que la parte escindida se traslada a una entidad preexistente.

En la primera de las situaciones, el planteamiento aquí defendido no se ve afectado dado que, como decíamos en su momento, las personas jurídicas tienen la capacidad de subsistir incluso cuando se dividen en varias partes. Es decir, en un caso en que la entidad A se escinde parcialmente constituyendo un nuevo ente A1, se seguiría pudiendo afirmar que estamos ante el mismo sujeto aun cuando su forma aparente es de dos entes (A y A1)

La segunda de las situaciones plantea dificultades a esta posición. Si la empresa A se escinde parcialmente y la unidad económica o la parte del patrimonio escindida pasa al ente preexistente B, aparentemente, es más complicado justificar el traslado de la pena a este último. La solución dependerá de si el sujeto A sigue pudiendo cumplir la pena (imagínese una multa o una prohibición de actividades). Si el sujeto A no puede hacer frente, por ejemplo, a la multa, por haber transmitido tanto patrimonio hasta el punto de que no puede cumplir sus responsabilidades, nada impediría trasladar la pena. Podríamos decir que, en este caso, la situación es similar a los otros supuestos que contempla el art. 130.2 CP, pero con la diferencia de que, el sujeto subsiste formalmente. Es decir, el sujeto originalmente responsable se ha quedado con el «casarón» de la personalidad jurídica y con un mínimo de sustrato organizativo y el grueso de patrimonio y actividad ha pasado a un tercero. Si se da esta situación

⁶⁸⁰ De la misma idea es LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 561: «En consecuencia, en todos aquellos casos en que se exija (como hemos visto) la disolución del partido sólo habrá pronunciamientos condenatorios respecto de las entidades resultantes de la transformación, fusión absorción o escisión total, mientras que en el caso de la escisión parcial la responsabilidad será compartida entre el partido originalmente responsable y el escindido».

estaremos, en el fondo, ante la misma circunstancia que en los demás supuestos, es decir, en esencia, el sujeto responsable (el sustrato material y organizativo) subsiste realmente integrado en un tercer ente. Si el sujeto A puede seguir haciendo frente a la pena, por más que haya separado parte de su patrimonio, no tendría sentido trasladar la pena al tercero que ha recibido esa parte del ente originalmente responsable. De acuerdo con la posición aquí defendida sería difícil demostrar que la parte escindida es, en realidad, el mismo sujeto originalmente responsable. No obstante, lo dicho, el automatismo de las disposiciones del art. 130.2 CP impiden hacer tal interpretación y obligan, aun en este caso, trasladar la pena.

Con independencia de que nos podemos encontrar dificultades como las analizadas en esta última reflexión, creemos que el grueso de supuestos no implica vulneración del principio de personalidad de las penas debido a que el traslado de la responsabilidad afecta, en esencia, al mismo sujeto. Esta vez las singulares características de las personas jurídicas juegan en su contra dado que, a nuestro entender, es legítimo que el Derecho penal se haga eco de una realidad como es la de las modificaciones estructurales o la disolución meramente aparente.

D. Estudio de las modificaciones estructurales: posibles escenarios

1. El cómo y el cuánto del traslado de la pena

Antes de proceder a hacer un estudio ejemplificativo de las distintas modificaciones estructurales, para ver cómo en realidad el sujeto originalmente responsable subsiste, hay que hacer alguna reflexión sobre la cláusula de moderación de la pena⁶⁸¹.

El art. 130.2 CP prevé el traslado de la responsabilidad penal pero la moderación sólo se permite en relación con la pena. Por lo tanto, éste será el único elemento que en base a esta previsión se pueda ajustar, quedando fuera de tal posible cálculo cuestiones

⁶⁸¹ Cfr. Art 130.2 CP primer inciso in fine «El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella».

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

como, la responsabilidad civil, las costas procesales, los antecedentes penales o las medidas cautelares⁶⁸².

Otra de las observaciones a hacer es que la moderación de la pena se prevé de manera potestativa, esto es, el juez o tribunal no tiene obligación de proceder a la misma⁶⁸³. Ahora bien, es obvio que en un supuesto en el que una persona jurídica condenada procede, antes de la fusión, transformación o cualquier modificación estructural, al cumplimiento de parte de la pena y demás consecuencias jurídicas derivadas del delito el traslado irá referido sólo a la parte que quede por cumplir. Pero esto no es la moderación a la que hace referencia el art 130.2 CP, sino una consecuencia lógica.

Para ver en qué debería traducirse esta moderación de la pena hay que reflexionar sobre el parámetro que marca dicha operación. El precepto analizado compele a tener en cuenta la proporción que la persona jurídica originalmente responsable guarda con la entidad a la que se le traslada la pena. Entonces entendemos al igual que lo hacen otros autores que *«de observarse un menor grado de vinculación entre el sujeto infractor y el actual, la necesidad de moderación sería más evidente»*⁶⁸⁴. Por lo tanto, en aquellos supuestos en los que hay una identidad absoluta, que son la mayoría, no debería entrar en juego la cláusula de moderación. Creemos al igual que FARALDO CABANA (que si bien no lo dice expresamente se puede deducir de sus reflexiones⁶⁸⁵) que la moderación de pena debería aplicarse sobre todo en los supuestos de escisiones parciales en las que se extingue la entidad escindida.

Respecto de lo que se puede hacer en aplicación de esta moderación, estamos de acuerdo con LEÓN ALAPONT cuando señala que, en el caso de que la persona jurídica ya estuviera condenada, no se pueden revisar las penas impuestas no siendo posible suprimir o sustituir alguna de ellas⁶⁸⁶. Pero disentimos con el citado autor cuando señala que *«la expresión “moderar” no debe entenderse en términos de rebaja de la pena, ni tampoco suponer un incremento de estas, sino que implicará “adecuar” o “ajustar” la*

⁶⁸² LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 570.

⁶⁸³ Aunque como muy bien señala LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 570 *«se trata de una facultad discrecional de los jueces, que no arbitraria, de modo que, en caso de darse los presupuestos para apreciar dicha moderación, su no estimación por parte de sus señorías deberá quedar debidamente justificada.»*.

⁶⁸⁴ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 571.

⁶⁸⁵ FARALDO CABANA, P., *«La transmisibilidad de la pena de multa...op.cit.»*, pp.527-528.

⁶⁸⁶ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 570.

pena a la nueva realidad organizativa en función del grado de conexión entre la persona jurídica originaria y la sucesora»⁶⁸⁷. Que no se pueda incrementar la pena no ofrece lugar a dudas, pero que no se pueda rebajar la misma es más discutible dado que, a nuestro modo de ver, la cláusula de moderación fue diseñada, precisamente para casos en los que lo procedente es eliminar parte de la pena. ¿Cómo habría que proceder en un caso en el que la sociedad A, condenada a una multa de un millón de euros se escinde y la mitad del patrimonio y de sus actividades se utilizan para la creación de la sociedad A1 y la otra mitad para la sociedad A2? ¿A quién trasladamos la pena y en qué cuantía? El ejemplo propuesto creo que constituye una situación típica en la que procede la moderación, la pena del sujeto originalmente responsable se traslada a las dos entidades (A1 y A2) pero en cada una de ellas se modera la pena dado que la proporción que guardan con la entidad infractora es del 50%. Por lo tanto, en un caso como este creo que lo procedente será que a cada una de las entidades resultantes de la escisión se le traslade 500.000€ de multa.

A los problemas relativos a la determinación de las situaciones en las que procede la moderación de la pena y el alcance que se le debe dar, hay que sumar las dificultades que aparecen a la hora de poner esta cláusula en relación con cada una de las penas.

Por lo que respecta a la pena de multa, ya vimos que es una de las medidas más fáciles de moderar. En cambio, no ocurre lo mismo con la pena de disolución que es imposible de moderar, dado que o hay disolución o no la hay, no se puede graduar⁶⁸⁸.

Las siguientes penas del catálogo del art. 33.7 CP, es decir, suspensión de actividades, clausura de establecimientos y locales y prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito (ésta última se puede imponer con carácter definitivo) plantean bastantes dudas sobre si pueden o no ser moderadas. ¿Cómo moderamos las actividades, en el sentido de dejar que algunas se puedan ejercer y otras no; el número de establecimientos cerrados; el tiempo de duración de estas medidas? A

⁶⁸⁷ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 570.

⁶⁸⁸ Respecto de cómo se podría actuar en estos casos consideramos acertada la propuesta de LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 571: «En estos supuesto específicos, consideramos que se debería deshacerse la unión generada, de forma que, se pudiera disolver sólo al partido originalmente responsable. Lo contrario, entendemos, causaría unas consecuencias devastadoras que excederían sobremedida, a nuestro juicio, de la voluntad perseguida por el legislador con el mecanismo previsto en el art. 130.2 CP.». En todo caso, nos surge la duda de si tal operación, hoy por hoy, tiene alguna cobertura legal.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

nuestro modo de ver consideramos que, al menos teóricamente, lo acertado sería actuar sobre la duración de estas penas⁶⁸⁹, no obstante, en la práctica puede que ni sea fácil calcular hasta donde se rebaja la duración de la pena ni tenga sentido dicha minoración. Poniendo por ejemplo el caso de una sociedad A (que tiene varias líneas de negocio) condenada a una multa y a la prohibición de realizar actividades en el sector inmobiliario por dos años se escinde totalmente, pasando la mitad de patrimonio y actividades a la sociedad B (que adquiere la unidad económica dedicada al sector inmobiliario) y la otra mitad del patrimonio a una sociedad A2 de nueva constitución. ¿Cuál sería el sentido de rebajar un año, por ejemplo, la pena de prohibición de realizar actividades en el sector inmobiliario? ¿En base a qué decidimos rebajar un año la duración de la pena? Esto contrasta mucho con la moderación de la pena de multa, donde si vemos muy claro que al adquirir la mitad del patrimonio de la empresa A, lo lógico es responder solo de la parte proporcional de dicha pena pecuniaria.

Los mismos interrogantes se plantean con la 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. ¿Moderamos el tipo de ayuda o incentivo al que se pueda acceder o moderamos la duración de la pena? La situación es exactamente la misma y, por lo tanto, hay que remitirse a las anteriores reflexiones que, como vimos, no ofrecen una gran solución.

La intervención judicial, gracias al hecho de que puede afectar tanto a la totalidad de la organización como sólo a algunas de sus secciones o unidades de negocio, sí podría ser objeto de moderación. Siguiendo con el ejemplo de la sociedad A que se escinde en dos partes y poniendo por hipótesis que estaba condenada a una intervención judicial que afectase a la totalidad de organización, la moderación de esta medida se produciría de la siguiente manera: la intervención judicial afectaría sólo a la unidad de negocio que la entidad sucesora adquirió.

⁶⁸⁹ No lo ve así LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 572: «También podría moderarse, en su caso las penas de suspensión y prohibición de actividades, así como la de intervención judicial, siempre que se interprete como propusimos, dado que estas pueden dirigirse o circunscribirse únicamente a un ámbito territorial, nivel organizativo, etc. En cuanto a la clausura de locales o establecimientos, en realidad, esta pena no requerirá de moderación, ya que como se señaló en su momento, sólo afecta a aquellos que presenten una vinculación con los hechos penalmente relevantes, de modo que solo podrá clausurar las sedes u otras instalaciones que el nuevo partido haya adquirido del anterior cuando presenten tal conexión con los hechos delictivos.».

Más allá de las anteriores reflexiones que no pretendemos, ni mucho menos, convertir en afirmaciones tajantes sobre cuál habría de ser la solución, nuestra posición sobre esta disposición concreta es la siguiente: Auguramos que la cláusula de moderación de la pena por tratarse, al igual que muchos otros extremos del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, de un elemento absolutamente falto de criterios de aplicación y por ser una regla potestativa, no será un mecanismo legal utilizado asiduamente.

2. Las sociedades mercantiles de capital como sujeto idóneo del análisis de los posibles escenarios

Con el objetivo de presentar, someramente, las distintas modificaciones estructurales que se pueden llevar a cabo y demostrar concretamente que en la mayoría de estas operaciones nos encontramos ante el mismo sujeto originalmente responsable tomaremos como referencia a las sociedades mercantiles de capital y más específicamente, las sociedades anónimas y limitadas. Debido a la amplitud de tipos de sociedades mercantiles⁶⁹⁰ se hace muy necesario proceder a esta limitación del objeto de estudio.

La razón por la que nos centramos en las sociedades anónimas y limitadas viene constituida fundamentalmente por el hecho de que las modificaciones estructurales de este tipo de sociedad gozan de una regulación mercantil expresa y, relativamente, detallada. En efecto, como apuntábamos en su momento, la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (en adelante LME) es un instrumento muy útil para entender las distintas operaciones societarias, pero dejando claro, una vez más, que este cuerpo legislativo no tiene por qué erigirse en el único y exclusivo parámetro interpretativo del art. 130.2 CP. Además, la Ley de Modificaciones Estructurales se aplica a todas las sociedades mercantiles no solo a las

⁶⁹⁰ Ver las diversas formas de sociedades mercantiles y su regulación (Sociedad Anónima, Sociedad Anónima Europea, Sociedad Limitada, Sociedad de la Nueva Empresa, Sociedad Unipersonal, Sociedad Colectiva, Sociedad Comanditaria, Sociedad Cooperativa, Entidades financieras y/o de Crédito, Sociedad Anónima Deportiva, Sociedad Mercantil Laboral, Sociedad Profesional, Sociedades Anónimas cotizadas) en MOYA JIMÉNEZ, A., *Disolución, liquidación y transformación de sociedades de capital*, 3ª Ed., Bosch, Barcelona, 2012, pp. 13-33.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

sociedades de capital⁶⁹¹, con lo cual, el análisis que aquí haremos se puede proyectar sobre un espectro amplio de la realidad económica.

Por otro lado, vimos, al hilo del estudio de los datos ofrecidos por el Registro Mercantil, que este tipo de sociedades constituyen el grueso de sujetos que recurren a estas operaciones.

Por último, se debe señalar que, si bien el vigente modelo de imputación de las personas jurídicas está destinado a una amplia tipología, la mayoría de los destinatarios del mismo revestirán la forma de una sociedad mercantil.

3. Transformación

Determinados los términos en los que se va a enmarcar la exposición corresponde hacer una mínima reflexión sobre el caso de la transformación, proceso que según el art. 3 de la LME consiste en que *«una sociedad adopta un tipo social distinto, conservando su personalidad jurídica»*.

En nuestra opinión, a los efectos de comprobar el hecho de que el sujeto originalmente responsable subsiste, el elemento clave no es tanto la conservación de la personalidad jurídica⁶⁹², como el hecho de que en la operación no interviene ningún tercero. A partir de este punto con independencia de cuál es el resultado de esta modificación⁶⁹³, siempre estaremos ante el mismo sujeto dado que materialmente no habrá variación ninguna.

⁶⁹¹ Cfr. Art.2 Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

⁶⁹² FARALDO CABANA, P., «La transmisibilidad de la pena de multa...*op.cit.*, p. 523: «Pues bien, no es necesario hacer traslado alguno de la responsabilidad penal en el caso de la transformación, pues se mantiene tanto la personalidad jurídica como la identidad de la persona jurídica penalmente responsable.».

⁶⁹³ Cfr. art 4 LME: «Artículo 4. Supuestos de posible transformación. 1. Una sociedad mercantil inscrita podrá transformarse en cualquier otro tipo de sociedad mercantil. 2. Una sociedad mercantil inscrita, así como una agrupación europea de interés económico, podrán transformarse en agrupación de interés económico. Igualmente, una agrupación de interés económico podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil y en agrupación europea de interés económico. 3. Una sociedad civil podrá transformarse en cualquier tipo de sociedad mercantil. 4. Una sociedad anónima podrá transformarse en sociedad anónima europea. Igualmente, una sociedad anónima europea podrá transformarse en sociedad anónima. 5. Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad mercantil, y una sociedad mercantil inscrita en sociedad cooperativa. 6. Una sociedad cooperativa podrá transformarse en sociedad cooperativa europea y una sociedad cooperativa europea podrá transformarse en sociedad cooperativa.».

4. Escisión

4.1. Escisión total

Aunque sobre esta concreta modificación estructural se han adelantado muchos aspectos, debido a las necesidades de la exposición de nuestro planteamiento, creemos que igualmente merecen un tratamiento específico en este lugar, máxime cuando suponen uno de los supuestos más problemáticos.

Desde el punto de vista de la LME por escisión total se entiende *«la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde»*⁶⁹⁴. Hay que resaltar dos datos: por un lado, la sociedad original se extingue y, por el otro, en relación con el patrimonio transmitido se abren dos escenarios posibles.

El primer escenario puede venir constituido por el siguiente ejemplo. La sociedad A (sociedad condenada) se extingue totalmente transmitiendo su patrimonio por partes iguales a dos sociedades de nueva constitución: la sociedad A1 y la A2. Como ya apuntamos en su momento, este es un caso claro en el que, desde el punto de vista material se puede afirmar la subsistencia del sujeto originalmente responsable. Buena muestra de ello es, por ejemplo, el hecho de que los socios de la sociedad A serán los que participen en las entidades de nueva creación.

El segundo escenario que se puede dar es el siguiente: Continuado con el anterior ejemplo, la sociedad A se extingue dividiendo su patrimonio en dos partes iguales siendo una de ellas absorbida por la sociedad B y la otra por la sociedad C. En esta segunda situación, la identidad del sujeto originalmente responsable se desdibuja algo, pero creo que no lo suficiente como para impedir la aplicación del art. 130.2 CP, máxime cuando cada una de las sociedades preexistente han sucedido a la condenada en un 50 % de su patrimonio.

⁶⁹⁴ Cfr. art. 69 LME.

Creo que la presencia de unas sociedades preexistentes sólo puede obstaculizar la afirmación de que seguimos ante el mismo sujeto, en la medida en la que heredan de la infractora un menor porcentaje de patrimonio. Para una mejor ilustración imagínese el caso en el que la sociedad A no se divide en dos, sino en cuatro partes que no tienen por qué ser iguales y que se transmiten a cuatro sociedades preexistentes: B, C, D y E. Si en esta operación, la sociedad B recibe el 90% del patrimonio, dividiéndose el otro 10% entre las sociedades C, D, E, creo que no habría inconveniente en considerar que el sujeto originalmente responsable subsiste integrado en la citada sociedad B y, por lo tanto, se le pueda transmitir a ésta la responsabilidad. En cambio, si cada una de las cuatro sociedades adquieren el 25% del patrimonio es mucho más complicado afirmar la subsistencia del sujeto originalmente responsable, salvo que, las cuatro sociedades estuvieran relacionadas por un fuerte vínculo, económico o jurídico, como pudiera ser el hecho de que formasen parte de una unión temporal de empresas o que fueran filiales de una empresa matriz. Aunque no hay que olvidar que, con independencia de la anterior matización, ya hemos apuntado en su momento que una persona jurídica puede subsistir aun cuando se divida en varias partes.

Por lo tanto, en relación con este segundo escenario, se puede afirmar que, a mayor división del patrimonio de la sociedad que se extingue totalmente, más dificultades para considerar que el sujeto originalmente responsable subsiste.

4.2. Escisión parcial

El art. 70 de la LME define la escisión parcial como « *el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo ésta el capital social en la cuantía necesaria.*». La diferencia fundamental entre la escisión total y la parcial es que en esta última la sociedad escindida no se extingue y, además mantiene parte de su patrimonio.

En este punto no sólo hay que tomar en consideración algunas de las reflexiones hechas en relación con la escisión total sino también remitirnos a los concretos aspectos que hemos tratado ya en relación con la escisión parcial a lo largo de este trabajo.

Una vez más vamos a poner por ejemplo que la sociedad A se escinde parcialmente y su patrimonio o bien va a la sociedad de nueva constitución A1 o bien va a la sociedad preexistente B. Aquí hay que contemplar las siguientes dos posibles situaciones: la sociedad A sigue manteniendo la capacidad de cumplir la pena o no sigue ostentando dicha capacidad.

No tendría sentido proceder a un traslado de la pena (ni siquiera previa moderación) si el sujeto originalmente responsable (la sociedad A) sigue siendo capaz de cumplir las consecuencias jurídicas derivadas de la responsabilidad penal. No obstante, como ya hemos advertido en su momento, el art. 130.2 CP prevé una aplicación automática de sus disposiciones lo que lleva necesariamente a ese traslado. Este es uno de los casos en los que no podemos afirmar que la pena se traslada al mismo sujeto.

En cambio, si se da la circunstancia de que el sujeto originalmente responsable no es capaz de cumplir la pena por haberse vaciado totalmente de su sustrato material y organizativo, sí tiene sentido el traslado de la pena y, además, se puede demostrar, en casi todos los casos, la subsistencia de dicho sujeto. Si la sociedad A se escinde parcialmente transmitiendo un 90% de su patrimonio a la sociedad B, no hay obstáculo en decir que la pena impuesta no se traslada, sino que se aplica al mismo sujeto. La situación se complica, al igual que habíamos observado en relación con la escisión total, cuando la parte escindida se divide y se transmite a muchos otros sujetos. Por lo tanto, también en el caso de la escisión parcial cabe el riesgo de que la identidad del ente originalmente responsable se desdibuje a través de una excesiva fragmentación de su sustrato material y organizativo.

4.3. Segregación

La segregación es una clase de escisión que se diferencia de los anteriores supuestos por el hecho de que no son los socios de la sociedad originaria los que reciben participaciones en las sociedades a las que se transmite el patrimonio, sino que es la propia sociedad la que es beneficiaria de dichas participaciones. En concreto, señala el

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

art. 71 de la LME que *«se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias»*. Las situaciones a las que puede dar lugar esta operación son las siguientes: 1) la sociedad A transmite todo su patrimonio a la sociedad B y, a cambio, la primera recibe acciones de la segunda; 2) la sociedad A transmite parte de su patrimonio a la sociedad B y, a cambio, la primera recibe acciones de la segunda; 3) la sociedad A transmite todo o parte de su patrimonio a la sociedad B, C, D, recibiendo de cada una de ellas acciones.

En todas las posibles situaciones derivadas de la segregación la sociedad originalmente responsable no se extingue, sino que su sustrato material sufre una mutación, dado que en el patrimonio de la sociedad ya no vendría constituido por los bienes que ha transmitido, sino por las acciones que ha recibido en virtud de dicha transmisión.

A los efectos que aquí nos interesan y con absoluto respeto a la normativa y los conceptos mercantiles podríamos decir que la segregación es una especie de transformación donde lo que cambia no es el tipo social sino el sustrato material.

Ante esta operación no cabe un traslado de la pena dado que el sujeto original sigue existiendo tanto formalmente como materialmente, aun cuando su sustrato material viene constituido por otros elementos. Los problemas pueden aparecer cuando este nuevo sustrato material no sea apto para cumplir la pena. Imaginemos que el sujeto originalmente responsable tenía impuesta además de una multa (que a lo mejor puede afrontar con el dinero que le reportan las acciones adquiridas) una pena de prohibición de actividades (por ejemplo, de fabricación de compuestos químicos). La nueva realidad de la persona jurídica originalmente responsable es dedicarse a obtener rentabilidad de las acciones adquiridas (vendiéndolas, cobrando el dividendo, etc.) y, por lo tanto, ya no tiene capacidad de cumplir la pena inicialmente impuesta o, al menos, ya no le afecta dicha pena.

5. Fusión y absorción

Tratados los casos más problemáticos de las modificaciones estructurales, es decir, las distintas clases de escisión, llegamos a unas operaciones donde consideramos que el planteamiento aquí defendido podría llegar a tener plena aplicación.

La fusión⁶⁹⁵ de sociedades puede tener dos modalidades. La primera de ellas consiste en que dos o más sociedades se extinguen y transmiten en bloque su patrimonio a una sociedad de nueva creación⁶⁹⁶. La segunda modalidad es la conocida como fusión por absorción donde una sociedad preexistente adquiere en bloque el patrimonio de otra extinguiéndose esta última⁶⁹⁷. En base a estas dos modalidades podemos diseñar las siguientes hipótesis:

Refiriéndonos a la primera de las modalidades podemos poner como ejemplo la sociedad A (condenada) que se fusiona con la sociedad B dando como resultado la sociedad de nueva constitución C. Las sociedades A y B se han extinguido. Aquí, a diferencia de la escisión, el sustrato organizativo y material no se divide, sino que se incorpora al cien por cien a la sociedad de nueva constitución y, por lo tanto, es mucho más fácil afirmar que el sujeto condenado subsiste y es a él al que se le transmite la pena.

Por lo que respecta a la segunda modalidad, la operación consistiría en que la sociedad A (la condenada) se extingue y transmite todo su patrimonio a la sociedad preexistente B que la absorbe. Aquí, al igual que pasaba en la primera modalidad de fusión el 100% del sustrato material y organizativo de sujeto originalmente responsable se encuentra integrado en la sociedad absorbente.

Por último, señalar que obviamente estos procesos tienen como efecto el que el sustrato material de las sociedades que participan en la fusión se va adecuado a la nueva

⁶⁹⁵ Cfr. art. 22 LME: «En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan».

⁶⁹⁶ Cfr. art. 23.1 LME: «1. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.»

⁶⁹⁷ Cfr. art. 23.2 LME: «Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.»

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

realidad en el sentido de que con el tiempo se producirá una homogeneización de todos los elementos (patrimoniales, personales, relativos a la actividad concreta desempeñada), pero ello no quiere decir que el sujeto original desaparezca.

6. Cesión global del activo y del pasivo

Se ha apuntado por parte de algún que otro autor la necesidad de que también se incluya esta operación en los supuestos del art. 130.2 CP dado que *«es perfectamente asimilable a un supuesto de sucesión de empresas, en la medida en la que la empresa cedente se convierte en un cascarón vacío, incapaz de asumir responsabilidad de ningún orden»*⁶⁹⁸. Otros, en cambio, han afirmado que la cesión global del activo y del pasivo no siempre supone un problema relacionado con las modificaciones estructurales, sino más bien con la disolución meramente aparente⁶⁹⁹.

Partiendo, una vez más, de la LME, conviene señalar que su art. 81.1 determina lo siguiente: *«una sociedad inscrita podrá transmitir en bloque todo su patrimonio por sucesión universal, a uno o a varios socios o terceros, a cambio de una contraprestación que no podrá consistir en acciones, participaciones o cuotas de socio del cesionario»*. El mismo precepto en su punto segundo añade la siguiente disposición que puede tener relevancia para el tema que nos ocupa: *«la sociedad cedente quedará extinguida si la contraprestación fuese recibida total y directamente por los socios»*.

Antes de hacer cualquier otra valoración es importante poner de relieve que este mecanismo se distingue de la segregación antes analizada por el hecho de que la contraprestación que la entidad que transmite su patrimonio no consistirá en acciones de la beneficiaria, sino en dinero o cualquier otro bien o derecho. Además, hay que llamar la atención sobre el hecho de que esta contraprestación recibida se la puede entregar a la propia sociedad o se puede transmitir a los socios. De darse esta última circunstancia se producirá la extinción de la sociedad.

⁶⁹⁸ DEL ROSAL BLASCO, B., «La transferencia de la responsabilidad penal...*op. cit.*, p. 182.

⁶⁹⁹ FARALDO CABANA, P., «La transmisibilidad de la pena de multa...*op. cit.*, p. 524: *«En la cesión global, en caso de que la sociedad condenada cedente siga existiendo, no es necesario trasladar la responsabilidad penal a la entidad a la que se traspasa en bloque todo o parte del patrimonio. Si se extingue, lo que se plantea no es el traslado de la responsabilidad penal a otra persona jurídica, sino si la disolución es real o meramente aparente en los términos expresado por el propio. Art. 130.2 CP. Sea cual sea la respuesta, no nos encontramos ante un problema relacionado con el principio de personalidad de las penas»*.

Para mejor entendimiento de la operativa vamos a poner tres ejemplos y analizarlos, para ver en cuál de ellos se puede afirmar que el sujeto originalmente responsable subsiste.

El primer ejemplo es el siguiente: la sociedad A (condenada) conformada por dos socios (S1 y S2) transmite a la sociedad B todo su patrimonio y recibe a cambio un millón de euros. La sociedad A se queda con el dinero. En esta situación la sociedad A no se extingue, sino que podrá emprender otra actividad, por ejemplo. Este sería el caso en el que sólo hay un cesionario (la sociedad B) y la contraprestación (en este caso el dinero) queda en las manos de la cedente (la sociedad A).

El segundo ejemplo vendría constituido por la siguiente hipótesis: la sociedad A (condenada) conformada por dos socios (S1 y S2) transmite a la sociedad B todo su patrimonio y recibe a cambio un millón de euros. Pero en este caso el dinero pasa a los socios lo que, de acuerdo con la normativa mercantil, implica la extinción de la sociedad A. Aquí también tenemos un único cesionario, pero la contraprestación pasa a manos de los socios que, supongamos, ostentan el 50% de las acciones cada uno.

El tercer ejemplo a tener en cuenta es este: la sociedad A (condenada) conformada por dos socios (S1 y S2) transmite su patrimonio a partes iguales a la sociedad B y a la sociedad C y recibe a cambio un millón de euros (quinientos mil de cada una de las cesionarias). Como ya hemos puesto de manifiesto en los otros ejemplos, si la prestación queda en manos de la sociedad A entonces ésta no se extingue, mientras que si la contraprestación se reparte entre los socios entonces sí que la sociedad cedente desaparecerá.

La consideración de esta operativa societaria es, en palabras de la doctrina mercantilista, la de un mecanismo *«especialmente adecuado cuando se quiere transmitir un establecimiento mercantil, y sobre todo si la sociedad está en proceso de liquidación (aunque no solo en esta hipótesis), pues frente a la liquidación tradicional, que conduce a la enajenación por separado de cada elemento patrimonial se transmite la empresa en su totalidad, con el plus del valor que tiene vender una empresa en*

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

funcionamiento, que siempre es mayor que el valor separado de cada uno de sus componentes»⁷⁰⁰.

Vistos los distintos escenarios que se pueden plantear como consecuencia de la cesión global del activo y pasivo, así como la razón económico-mercantil por la cual se suele utilizar esta figura, resta ponerlo todo en relación con el tema que nos ocupa que es el art. 130.2 CP.

En los casos en los que la sociedad condenada no se extingue, es decir, aquellos en los que la prestación recibida a cambio del patrimonio transmitido queda en manos de la sociedad, parece que no habría inconveniente para actuar en el mismo sentido que el apuntado en el caso de la segregación. Es decir, considerar que el sustrato material y organizativo ha mutado (ya no hay una empresa, hay solo dinero, por ejemplo) pero no ver este extremo como un obstáculo mientras el sujeto pueda seguir cumpliendo con la pena que tenía impuesta. Aquí podemos encontrarnos con la misma situación que en el caso de la segregación, es decir, aunque el sujeto originalmente responsable subsista, pierda la capacidad de cumplir alguna pena (como la prohibición de realizar actividades o alguna inhabilitación) precisamente debido a esa mutación del sustrato organizativo. El problema tiene tan difícil solución como en el caso de la segregación.

En aquellos casos en los que la sociedad originalmente responsable (la sociedad cedente) se extinga debido a que la contraprestación pasa a manos de los socios, sí que habrá que hacer responsable a la sociedad cesionaria dado que en realidad hay un cambio de titularidad, pero el sujeto original sigue siendo el mismo. Aquí no se produce esa mutación del sustrato material donde el patrimonio se convierte en dinero, sino que la propia sociedad está siendo transmitida a las sociedades cesionarias. Esto es, los socios, en definitiva, los propietarios del ente transmiten a cambio de un precio a la propia persona jurídica.

Desde otro punto de vista podríamos decir que, en la primera situación, aquella en la que la sociedad no se extingue, sino que se queda con el dinero o la

⁷⁰⁰ MUÑOZ PAREDES, M.L., *Lecciones de Derecho de Sociedades Mercantiles*, 2ª Ed., Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2016, Oviedo, p. 243. En el mismo sentido VILLAMIL FERREIRA, V., «La cesión global de activo y pasivo: problemas en la tutela de socios minoritarios y acreedores», *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 17-18, 2012-2013, p. 126: «*Se revela, por lo tanto, como una operación de carácter plurifuncional, pudiendo ser utilizada como instrumento de transmisión de empresas, pero también como forma de liquidación abreviada y extinción de la empresa, teniendo conferidos por ley trámites más sencillos que para operaciones semejantes...*».

contraprestación recibida a cambio de la transmisión del patrimonio, la persona jurídica actúa como sujeto beneficiario mientras que, en la segunda situación, en realidad, la persona jurídica (en su vertiente material) es el objeto de esta operación siendo los socios los sujetos beneficiarios directos. Por esta razón, en esta segunda situación, la subsistencia del sujeto originalmente responsable no hay que buscarlo en el dinero con el que se han quedado los socios, sino en el patrimonio que se ha transmitido a la cesionaria.

Tal como hemos observado en el tercer ejemplo, puede darse la circunstancia de que haya varios cesionarios y, por lo tanto, se produce una división del patrimonio. En este caso, para la transmisión de la responsabilidad habrá que tener en cuenta lo dicho para el caso de la escisión, es decir, hay que ver qué sociedad se ha quedado con mayor porcentaje de patrimonio de la persona jurídica originalmente responsable. Obviamente los problemas serán los mismos que en el caso de la escisión, es decir, a más división del patrimonio más dificultades de apreciar una identidad subjetiva.

7. Reflexiones finales sobre las modificaciones estructurales

A lo largo de este análisis hemos observado que hay supuestos en los que la teoría de que la pena no se traslada a un sujeto distinto sino al originalmente responsable que subsiste en un sentido material tras la modificación estructural encaja con bastante facilidad. No obstante, también hay que resaltar que no son pocas las dificultades que aparecen en algunos casos como las escisiones donde el automatismo del art. 130.2 CP y la falta de distinción obliga a trasladar la pena incluso cuando el sujeto originalmente subsiste tanto formal como materialmente y, además, es capaz de cumplir con las consecuencias jurídicas derivadas de su responsabilidad penal. También habría que sumar a esta lista de casos complejos aquellos en los que el sujeto originalmente responsable subsiste, pero pierde la capacidad de cumplir parte de las medidas que se le han impuesto (o se le podrían imponer), como alguna de las penas interdictivas.

Por último, no hay que perder de vista lo aparatoso que es trasladar estas propuestas a la aplicación práctica. En efecto, si es complicado explicar sobre el papel cuándo subsiste el sujeto originalmente responsable, más dificultoso se vuelve aun apreciar y demostrar tal extremo empíricamente.

E. Problemas derivados de la disolución de la persona jurídica

1. La disolución como pena

Hasta el momento no hemos realizado un análisis exclusivo de esta pena, sin embargo, no han sido pocas las ocasiones en las que sí hemos expuesto los problemas que la doctrina y la jurisprudencia han puesto de manifiesto. Sin perjuicio de que nos vamos a detener en algún que otro aspecto que reviste importancia, las líneas que siguen constituyen, podríamos decir, una retrospectiva de los aspectos ya tratados.

Es necesario recordar, una vez más, la definición concreta que el Código penal ofrece en relación con la disolución de la persona jurídica. El art. 33.7 b) CP determina que *«la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita»*. Por lo tanto, aparte de su carácter definitivo, hay que resaltar, al igual que lo hicimos ya en numerosas ocasiones, el hecho de que el concepto de disolución en nuestra Ley penal equivale a extinción y, en consecuencia, difiere del concepto mercantil donde la apreciación de esta circunstancia (la disolución) implica la apertura de la fase de liquidación. Asimismo, salta a la vista las graves consecuencias que se derivan de la imposición de una medida como ésta.

Probablemente debido a la gravedad antes apuntada, el legislador, a través del art. 66 bis CP, ha reservado esta medida para unos sujetos concretos. Como tuvimos ocasión de ver, el mencionado art. 66 bis CP además de los criterios generales de imposición⁷⁰¹ de las penas previstas en el art. 33.7 CP prevé dos condiciones alternativas que el sujeto debe ostentar para que pueda ser sometido a esta medida. En efecto la pena de disolución sólo se puede aplicar a la persona jurídica que sea multireincidente⁷⁰² o a aquella que *«se utilice instrumentalmente para la comisión de*

⁷⁰¹ Cfr. art. 66 bis CP 1ª regla *«1.ª En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.»*

⁷⁰² Cfr. art. 66 bis CP 2ª regla *«Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del apartado 1 del artículo 66.»*

ilícitos penales», entendiéndose que se da tal circunstancia cuando «*la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal*»⁷⁰³.

A su vez, no hay que perder de vista el hecho de que el concepto de persona jurídica instrumentalizada se tiene que diferenciar de aquellos entes que tanto la Fiscalía General del Estado (que había tomado como punto de partida un pronunciamiento de la Audiencia Nacional) como el Tribunal Supremo han calificado como inimputables⁷⁰⁴. De manera resumida recordar que la Audiencia Nacional en su Auto de 19 de mayo de 2014 había señalado que «*incluso en el caso de “que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales” es penalmente imputable como persona jurídica y debe ostentar el estatus jurídico penal correspondiente*» y que «*solo cuando su carácter instrumental exceda del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos, estaremos ante personas jurídicas puramente simuladas, es decir no reales y que por ello no resultan imputables*». Por su parte la Fiscalía General del Estado, en base al anterior pronunciamiento, ofrece una clasificación de los entes imputables e inimputables en su Circular 1/ 2016⁷⁰⁵, tesis que fue acogida enteramente acogida por el Tribunal Supremo⁷⁰⁶. Cuestión distinta es cómo se ha de actuar contra estos tipos de personas jurídicas a las que no se les puede aplicar la disolución prevista en el art. 33.7 del CP precisamente por no ser destinatarias del modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto en el art. 31 bis. Sobre este último aspecto se ha pronunciado FERNÁNDEZ TERUELO y ha señalado el decomiso como el instrumento jurídico más adecuado para estos entes inimputables⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Hemos puesto de manifiesto los problemas derivados de este aspecto en el Capítulo III, epígrafe D, punto dedicado a la difícil concreción del concepto de instrumentalización de la persona jurídica.

⁷⁰⁴ Ver análisis de este aspecto en el Cap. I, epígrafe B, punto dedicado a los elementos definitorios de la persona jurídica penalmente responsable.

⁷⁰⁵ Cfr. Circular 1/2016 de la FGE, p. 15 donde clasifica como imputables a aquellas personas jurídicas que operan con normalidad en el mercado y a aquellas sociedades que desarrollan cierta actividad, pero en su mayor parte ilegal mientras que considera como inimputables aquellas personas jurídicas en las que no hay ninguna clase de actividad legal o ésta es meramente residual.

⁷⁰⁶ Ver STS 154/2016 «*la sociedad meramente instrumental, o “pantalla”, creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del art. 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia.*».

⁷⁰⁷ FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «Personas jurídicas imputables e inimputables, incluidas y excluidas en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.); DE

Por lo que respecta a la ejecución de esta pena, es decir los trámites a seguir para llevar a cabo la extinción de la persona jurídica, el Código penal no hace ofrece pauta alguna. En relación con este aspecto la Fiscalía General del Estado considera que lo más conveniente sería una habilitación legal expresa que permita al juez hacer uso de los trámites previstos en la normativa extrapenal⁷⁰⁸ referidos a la liquidación. Por su parte, la doctrina mayoritaria no ve inconveniente en recurrir a las normas específicas de cada una de las personas jurídicas que se puedan ver sometidas a esta medida⁷⁰⁹. No obstante, como apunta FARALDO CABANA, consideramos que lo más lógico sería que el juez nombrara un interventor encargado de la liquidación de la persona jurídica⁷¹⁰.

En todo caso consideramos que la pena de disolución no será una medida que se aplique con mucha frecuencia. Ello debido no tanto al hecho de que de que los jueces se muestren reacios a imponer una consecuencia jurídica de estas características, sino porque, tal como hemos sostenido en su momento, es muy difícil apreciar el presupuesto que habilita la imposición de esta medida y que es el carácter instrumental de la persona jurídica entendido en los términos del art. 66 bis CP. Obviamente que, en su lugar, los jueces pueden fundamentar la imposición de la disolución en la multirreincidencia, pero nos surgen dudas de si esta condición es equivalente al carácter instrumental antes mencionado. ¿Una persona jurídica responsable y condenada por tres delitos de defraudación tributaria es merecedora de la pena de disolución? Deberíamos mostrarnos, cuanto menos, prudentes con la afirmación de que en el caso anteriormente planteado es procedente la pena de disolución, máxime cuando, a pesar de los tres delitos de defraudación tributaria el ente es recuperable.

LA CUERDA MARTÍN, M., y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., (Coords.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 459: «El recurso a la figura del decomiso parece la opción más razonable de todas las planteadas. El apartado 1 del art. 127 CP dispone que toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. La persona jurídica (inimputable) utilizada en la ejecución del delito (por ejemplo, para realizar y dotar de opacidad a operaciones de blanqueo de dinero) podría ser considerada, medio o instrumento, pues estos son “los útiles empleados para la ejecución del delito”».

⁷⁰⁸ Vid. Circular 1/2011 de la FGE, p. 65 donde, sin negar que el juez pueda recurrir a los mecanismos de liquidación previstos en la normativa extrapenal considera más acertado una habilitación legal expresa que prevea tal remisión.

⁷⁰⁹ Ver, entre muchos otros, FARALDO CABANA, P. «Las penas» ...*op. cit.*, pp. 139-141.

⁷¹⁰ FARALDO CABANA, P. «Las penas» ...*op. cit.*, p.140.

2. La disolución real

Antes de entrar a analizar los pormenores relativos a la disolución meramente aparente prevista en el segundo inciso del art 130.2 CP, hay que hacer una mínima reflexión sobre la disolución real de la persona jurídica.

Muchos autores han apuntado el hecho de que la disolución real de la persona jurídica puede operar como causa de extinción de la responsabilidad penal⁷¹¹. Dicha idea viene sostenida por una interpretación a *sensu contrario* de la siguiente expresión del art. 130.2 CP «*no extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica*». Esto es, si la disolución aparente no extingue la responsabilidad penal, la real, la que no pretende un simple cambio, sí que da lugar a la desaparición de dicha responsabilidad.

En principio estamos de acuerdo con lo planteado, no obstante, se debe tener consideración todo el párrafo del art. 130.2 CP relativo a la disolución meramente aparente y, por lo tanto, interpretar a *sensu contrario* que hay disolución real si no se continua con la actividad económica y que no se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados. Esto se cumple fácilmente en los casos en lo que, por ejemplo, la sociedad se liquida y, tras afrontar todas las obligaciones, lo que queda se reparte entre los socios.

En cambio, en aquellos supuestos en los que en el proceso de extinción participan terceras personas jurídicas que, precisamente, buscan quedarse con una parte del patrimonio o de alguna unidad económica (recuerda el caso de la cesión global del activo y del pasivo que se mostraba ser un instrumento muy útil para la extinción de las sociedades transmitiendo la actividad o la organización empresarial antes de liquidarse) estos criterios a *sensu contrario* no se pueden cumplir. Esto es, puede darse el caso en el que una tercera persona jurídica pretenda quedarse con buena parte de la empresa o las unidades económicas de las que es titular la sociedad o persona jurídica que se extingue y, en consecuencia, habrá heredado clientes, proveedores, empleados. En esta situación, debido al automatismo del art 130.2 CP puede darse la paradójica circunstancia de que aun cuando la disolución de la sociedad originalmente responsable es real, la sociedad que ha adquirido parte de su patrimonio podría verse sometida a las disposiciones

⁷¹¹ MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen...*op.cit.*», marginal 6775. En el mismo sentido LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 562.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

relativas al traslado de la responsabilidad penal en el caso de las modificaciones estructurales.

Por lo tanto, la disolución real de la persona jurídica necesita de una regulación expresa por parte del Código Penal, dado que plantea muchas disfuncionalidades en relación con la realidad económica, donde vimos que es mucho más rentable para la sociedad que se liquida transmitir su patrimonio como un todo y no componente a componente.

3. La disolución meramente aparente

3.1. Precisiones terminológicas en torno a la «disolución encubierta» y a la «disolución meramente aparente»

Hasta el momento siempre que hemos hecho referencia al segundo inciso del art. 130.2 CP hemos empleado la expresión disolución meramente aparente y ello a pesar de que el mencionado precepto utiliza alternativamente la expresión disolución encubierta.

Con la expresión «disolución encubierta» se da a entender que lo que se oculta es precisamente la disolución. Esto es, la sociedad mercantil en nuestro caso oculta el hecho de que se ha disuelto. Dicho de otra manera, la persona jurídica en cuestión oculta una situación que se ha producido de hecho, pero no de derecho. Póngase, por ejemplo, una sociedad que si bien ya se ha liquidado no ha cumplido con los requisitos de publicidad exigidos por la legislación correspondiente. Esta previsión es cuanto menos perturbadora ya que alude precisamente a lo contrario de lo que el artículo 130.2 del Código Penal pretende que es actuar contra aquellas personas que aparentan haberse disuelto cuando no lo han hecho en realidad.

Esta situación fue puesta de manifiesto por parte de la doctrina y se señaló como un error del legislador dado que, probablemente, quería «*referirse al mantenimiento encubierto de las actividades de la persona jurídica no a la disolución encubierta*»⁷¹².

En definitiva, lo que el segundo inciso del art 130.2 tiene por objeto es establecer que la disolución meramente aparente no extingue la responsabilidad penal

⁷¹² MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen...*op.cit.*, marginal 6784.

de la persona jurídica ofreciendo, a tal efecto, unos criterios indicativos de que nos encontramos ante la situación descrita.

3.2. Determinación del margen de apreciación que ostenta el juez en relación con los indicios de la disolución meramente aparente

En relación con el enunciado «*se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.*» se han planteado debates en dos direcciones: la primera la de determinar si se trata de una presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum*; y la segunda la de si se puede apreciar la disolución aparente aun cuando no se dan todos los anteriores requisitos.

Respecto del tipo de presunción que establece el art. 130.2 CP consideramos que se trata de una presunción *iuris et de iure*⁷¹³, esto es, de apreciarse la continuidad en la actividad económica y la identidad sustancial o la parte más relevante de clientes, proveedores y empleados el juez deberá apreciar que existe una disolución meramente aparente. Ahora bien, lo que hay que resaltar es que, por un lado, apreciar los elementos que conforman esta presunción (identidad sustancial o parte relevante) no es nada fácil debido a su indeterminación y, por el otro, no creemos que ésta sea la única vía por la que se pueda apreciar la disolución meramente aparente.

Dejando de lado, de momento, la interpretación concreta de las expresiones identidad sustancial o parte más relevante, hay que incidir algo más sobre el hecho de que creemos que el precepto ahora analizado permite acudir a otros criterios para apreciar que una determinada persona jurídica no se ha disuelto en realidad. En efecto, a nuestro modo de ver, la redacción del artículo 130.2 no establece como únicos indicios de la disolución meramente aparente la continuación con la misma actividad económica y el mantenimiento de la parte más relevante de los clientes, empleados y proveedores. Lo que hace el legislador es determinar que la presencia de estos criterios de forma simultánea y en la proporción que legalmente se establece (identidad sustancial o parte más relevante) se deba considerar como disolución aparente. Ponemos el énfasis en esta

⁷¹³ En el mismo sentido DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-08, 2011, p. 18. En contra LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 565.

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

cuestión, debido a que hay autores, como FEIJOO SÁNCHEZ, que consideran que si se castiga a una persona jurídica faltando alguno de estos elementos estaríamos ante una infracción del principio de legalidad⁷¹⁴. Consideramos que no se da tal infracción siempre y cuando «*la identidad quedara apuntalada por otros medios*»⁷¹⁵.

En nuestra opinión el tenor literal del artículo 130.2 CP es meridianamente claro a estos efectos. Por un lado, establece, en general, que la disolución meramente aparente no extingue la responsabilidad penal y, por otro, determina que una situación concreta deba valorarse como disolución meramente aparente, pero no se predica de la misma una exclusividad que impida acudir a otros criterios.

3.3. Los criterios legalmente establecidos

Sobre los criterios contemplados expresamente en el artículo 130.2 del Código Penal, la primera observación que podemos hacer es que son unos criterios puramente económicos, lo que implica una muestra más de que el legislador, en este punto, da una absoluta relevancia al sustrato material y organizativo.

La segunda observación es que para que se aprecie la presunción prevista en el precepto ahora analizado todos los requisitos contemplados por el mismo se tienen que dar de manera simultánea. Esto es, son acumulativos. En el caso de que no fuera así, tendríamos que afrontar la cuestión de manera algo diferente, en el sentido de que habrá que apoyarse en otros indicios adicionales.

En relación con la expresión «*misma actividad económica*» he de decir que lo necesario para que se pueda cumplir con la presunción, que ahora analizamos, es que se tiene que tomar en un sentido literal. Es decir, se tiene que tratar exactamente de la misma actividad que se desempeñaba antes de la disolución. Nos referimos a la misma actividad, no en sentido amplio sino en sentido estricto, es decir, no podemos hablar del mismo sector económico o de la misma rama. Valga como ejemplo una empresa que antes de la disolución se ha dedicado a los micro préstamos y ahora se dedica a la gestión de carteras de inversión; en tal caso no podemos decir, en los términos en los que entendemos este criterio, que está desempeñando la misma actividad, a pesar de que

⁷¹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 264.

⁷¹⁵ LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal...op.cit.*, p. 565.

no se ha salido del sector financiero. Hay que identificar específicamente cuál era la actividad a la que se dedicaba la sociedad antes de la disolución. En mi opinión, de no ser así, puede que el juzgador requiera más indicios para llegar al convencimiento de que estamos ante la misma persona jurídica.

Podemos concluir que el requisito que toma en consideración la continuación con la misma actividad que la previa a la disolución se debe interpretar en el sentido más estricto posible.

Antes de hacer las correspondientes reflexiones sobre cada grupo de sujetos que contempla el art. 130.2 CP, es decir, clientes, proveedores y empleados hay que detenerse por un momento y ver cuál podría ser el significado de las expresiones «*identidad sustancial*» y «*la parte más relevante de ellos*». Parece que las dos expresiones hacen referencia únicamente a la cantidad de proveedores, clientes y empleados que se mantengan, pero ninguna de ellas exige una identificación absoluta. Esto es, a efectos de determinar la disolución meramente aparente será suficiente que la «nueva» persona jurídica mantenga una parte importante o significativa de estos tres grupos. Ahora bien, la dificultad reside en ver dónde ponemos el límite. ¿Es suficiente con que se mantenga el 50 % de los anteriores clientes, proveedores, empleado? ¿Habría que exigir un porcentaje mayor? Este es el verdadero problema de la presunción prevista en el art 130.2 CP, el empleo de parámetros indeterminados.

Aunque a efectos de esta presunción no se exige, creo que un buen indicio adicional de que hay una disolución aparente puede ser también la importancia que los clientes, proveedores o empleados suponen tanto para la antigua como para la nueva persona jurídica. Sobre este extremo volveremos a la hora de analizar los otros criterios posibles para apreciar la disolución aparente.

Siguiendo con el análisis de este criterio establecido legalmente tenemos que hacer la reflexión de que, en cierta manera, estos grupos de sujetos son sustituibles. Si se mantiene la misma actividad económica es lógico, o mejor dicho es consecuencia natural, que la persona jurídica se relacione con el mismo tipo de clientes, proveedores y con empleados que tengan una cualificación igual. Pero ello no quiere decir que tengan que ser los mismos. Salvando el grupo de los clientes, los demás son bastante fácil de sustituir lo que llevará a la persona jurídica a evitar, como mínimo, la aplicación de esta

presunción. Obsérvese que para evitar que se aplique la presunción ahora analizada a la persona jurídica le es suficiente con sustituir, por ejemplo, el grupo de proveedores. El que se evite la presunción no implica que no se pueda acreditar la disolución meramente aparente en base a otros criterios, pero lo que aquí queremos poner de manifiesto es el hecho de que la previsión del art. 130.2 CP no es garantía por si misma de detectar los supuestos fraudulentos.

De todos estos sujetos, lo más difícil de sustituir son los clientes. Y esto por una razón puramente económica. Si la persona jurídica tiene ánimo de cometer un fraude, lo hace precisamente movido por el interés económico, por ejemplo, más beneficio al eludir la pena y poder seguir desempeñando una actividad que le ha sido prohibida. El intentar cambiar de clientes, para poder desligarse de la imagen de la antigua sociedad, es un coste muy alto que no compensaría a la persona jurídica en cuestión. Por lo tanto, dentro de los tres tipos de sujetos, los clientes deberían tener un peso más importante que los proveedores o incluso los empleados. Sin embargo, no podemos perder de vista el hecho de que, dependiendo de la actividad económica a la que se dedica la persona jurídica, la relación con los clientes es más o menos estable. Por ejemplo, no es lo mismo una aseguradora, que por lo general tiene una relación con el cliente de mínimo un año, que una empresa que vende un determinado producto y cuya relación con el cliente se consume en un acto. A este último tipo de personas les es mucho más fácil alegar que no mantiene los mismos clientes ni si quiera en un porcentaje residual.

Por lo que respecta al mantenimiento de los proveedores y los empleados ya hemos señalado que son grupos, en principio, fácilmente sustituibles. La única excepción se podría dar en caso de actividades muy específicas donde se requiere tanto para los proveedores como para los empleados unas características muy determinadas. Pero dejando de lado esta situación, en unos mercados tan competitivos o incluso saturados, es muy fácil cambiar tanto de empleados como de proveedores.

Concluyendo las reflexiones sobre los criterios legalmente establecidos, hay que decir que, a pesar de la importancia que el legislador les ha conferido construyendo con los mismo una presunción, son fácilmente eludibles y, a la vez, no son suficientes para demostrar esa identidad, aunque sea sustancial y no total, entre la persona jurídica originalmente responsable y la utilizada para llevar a cabo la disolución meramente aparente.

3.4. Otros criterios

A continuación, nos proponemos hacer referencia a algunos criterios o indicios adicionales que pueden ayudar a la hora de demostrar que estamos ante una disolución meramente aparente. Esto es, consideramos que el juez puede recurrir a otros criterios que sirvan de complemento a los legalmente establecidos. Estas pautas complementarias pueden llegar a ser muy útiles, sobre todo en aquellos casos en lo que los criterios relativos a los clientes, proveedores y empleados no presentan una identificación con los de la persona jurídica originalmente responsable en un porcentaje muy alto. Para llevar a cabo esta tarea seguiremos tomando como base el ejemplo de las sociedades mercantiles.

Uno de los criterios a los que podríamos acudir es la identidad de los socios que forman parte de la sociedad mercantil. Para explicar esta idea tenemos que partir de una realidad fáctica y no jurídica. Obviando todo el debate sobre la capacidad infractora de la persona jurídica, en el que no entraremos, hay que decir que la intención fraudulenta se origina en el seno de uno de los colectivos más afectados por una condena de la sociedad, los socios. Partiendo de este punto podemos decir que la conservación de una parte relevante de los socios es un fuerte indicio de que estamos ante la misma persona jurídica. Si los socios no siguen en la sociedad que acaba de disolverse ¿cuál es el sentido de que se haga este fraude? Dicho de otra manera, si los socios han perdido el interés en la sociedad condenada sería cuanto menos raro que se quisiera procediera a realizar este fraude.

Un buen indicador podría ser también el cargo de administrador, o mejor dicho los administradores. Y ello debido a que, al igual que en el caso de los socios, pueden ser los precursores de la idea fraudulenta para no decir que incluso pueden ser los sujetos que lo pueden llevar a cabo. En una sociedad mercantil, en la fase de liquidación, los administradores cesan en sus funciones, pero se pueden convertir en los encargados de llevar la liquidación⁷¹⁶. Simplemente hay un cambio en la denominación, pero en realidad serían los mismos sujetos.

⁷¹⁶ Cfr. Art 374 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital «1. Con la apertura del período de liquidación cesarán en su cargo los administradores, extinguiéndose el poder de representación. 2. Los antiguos administradores, si fuesen requeridos, deberán prestar su colaboración para la práctica de las operaciones de liquidación.».

Además, hay que subrayar el hecho de que estos dos criterios, que aquí proponemos, se pueden comprobar de manera relativamente más fácil que los legalmente establecidos. Esto es debido a que, a las sociedades mercantiles, que es el caso que nosotros analizamos, se les exige por parte de la Ley de Sociedades de Capital una serie de datos que podrían resolver muchas dudas en relación con una disolución fraudulenta. En la escritura pública de extinción de una sociedad de capital tiene que constar la identidad de los socios⁷¹⁷. La misma exigencia la encontramos también en el caso de la fundación de una sociedad de capital⁷¹⁸. Por lo tanto, el propio proceso de constitución y de disolución nos podría ayudar a desmontar el fraude.

La identidad de los socios y de los administradores se debe poner en relación con una idea que ya apuntábamos al hilo del análisis de los criterios legalmente establecidos y que es la siguiente. Junto a la cantidad de clientes, proveedores y empleados habría que valorar la importancia para el mantenimiento de la actividad económica. Imagínese el caso en el que la «nueva» persona jurídica, la utilizada como tapadera en el esquema fraudulento, mantiene apenas el 10% de los antiguos clientes pero que suponen un 50% 60% del total de la cifra de negocio. En una situación como esta, el criterio cuantitativo no ayudaría a demostrar que estamos ante una disolución meramente aparente. La misma idea la podemos aplicar al caso de los empleados. De mantenerse sólo el 10% de los empleados, pero estos son cargos intermedios y directivos, el criterio legalmente establecido que valora únicamente la cantidad habrá fallado en la detección de una disolución meramente aparente.

Dado que hablamos de la sucesión de aparentemente dos personas jurídicas que en el fondo constituyen el mismo sujeto, un elemento clave que se debería comprobar son los respectivos momentos en los que se produce la disolución de la entidad originalmente responsable y la constitución de la «nueva» persona jurídica. Sin perder de vista que los trámites tanto los encaminados a la extinción como los necesarios para la constitución se pueden alargar bastante en el tiempo lo que hay que analizar la

⁷¹⁷ Cfr. Art.395 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital «*Artículo 395 Escritura pública de extinción de la sociedad*2. A la escritura pública se incorporarán el balance final de liquidación y la relación de los socios, en la que conste su identidad y el valor de la cuota de liquidación que les hubiere correspondido a cada uno.».

⁷¹⁸ Cfr. Art.22 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital «*Artículo 22 Contenido de la escritura de constitución* 1. En la escritura de constitución de cualquier sociedad de capital se incluirán, al menos, las siguientes menciones: a) La identidad del socio o socios...».

cercanía en el tiempo de estas dos operaciones. Creo que puede ser revelador para el juez el hecho de que la sociedad originalmente responsable se extingue en determinado año y en el mismo periodo de tiempo nace la sociedad sospechosa de ser tapadera de la primera. Esto es, imagínese una sociedad que se extingue en abril de 2021 y en octubre del mismo año se constituye otra sociedad sobre la que planea las dudas de si es una entidad distinta o un sucedáneo de la original.

Como se ha apuntado al hilo de otras explicaciones, también puede ser un elemento más a valorar, aunque no tenga mucho peso, la similitud en la organización y funcionamiento entre las dos personas jurídicas (la original y la que sirve de tapadera). Este sería un elemento mucho menos decisivo, dado que hay una multitud de entidades que funcionan de manera igual o similar.

Sin perjuicio de que puede haber más criterios que aquí se nos escapan, es posible concluir la lista de estas pautas adicionales haciendo referencia a un elemento que al legislador claramente se le ha escapado. El mismo se ha centrado mucho en elemento de corte personal como los clientes, los empleados y los proveedores, pero, sin razón aparente, ha dejado de lado los elementos patrimoniales o materiales que pueden constituir un fuerte indicio de que nos encontramos ante el mismo sujeto. De hecho, como tuvimos ocasión de ver a lo largo del análisis de las modificaciones estructurales, el patrimonio era un elemento fundamental para apreciar la subsistencia del sujeto originalmente responsable. Por lo tanto, en este punto el juez tendrá que intentar establecer una trazabilidad, partiendo de los bienes materiales e inmateriales (como pueden ser las patentes, por ejemplo) de la sociedad originalmente responsable. Es más, si se continua con la misma actividad económica, a priori los elementos que se heredan son los mismos. Imagínese una aseguradora que utiliza las mismas sedes que su antecesora.

Los distintos elementos a los que hemos hecho referencia anteriormente probablemente no sean exhaustivos, pero sí han cumplido la función última que era poner de manifiesto el hecho de que el legislador ha ofrecido unos criterios a todas luces insuficientes.

F. Conclusión: una solución innecesariamente complicada

– Las penas previstas para las personas jurídicas y su integración en el sistema penal –

A pesar de que hipotéticamente la disolución meramente aparente y las modificaciones estructurales se muestran como instrumentos idóneos para eludir la responsabilidad penal de las personas jurídicas no resultan ser, desde el punto de vista mercantil y económico, unas operaciones sencillas ni muchos menos. Esta complejidad no reside sólo en los trámites legales y los cálculos contables que se deben llevar a cabo en una operación como una modificación estructural sino también en encontrar una tercera persona jurídica con la que se lleve a cabo determinada reestructuración prevista en la Ley de modificaciones estructurales. Lo que queremos decir es que, si bien desde el punto de vista estrictamente penal la debida diligencia no tiene efecto alguno, desde el punto de vista económico y de la realidad del tráfico mercantil esta forma de actuar de las sociedades si evitará en muchas ocasiones asistir a procesos de fusión o absorción en los que una de las partes sea susceptible de que se le exija responsabilidad penal. Este es un primer elemento que reducirá el número de modificaciones estructurales llevados a cabo con un fin fraudulento.

Otro elemento a destacar es el hecho de que debido al cortafuego que supone el art. 66 bis CP que, como se ha visto en su momento, acota mucho la posibilidad de imponer penas interdictivas (que a priori pueden llegar a ser más gravosas que la multa) no creo que aparezcan con mucha frecuencia alicientes que hagan a la persona jurídica optar por un procedimiento de esta naturaleza.

A pesar de que probablemente el número de estas operaciones sea reducido sí es necesario prever un determinado mecanismo que evite la elusión fraudulenta de la responsabilidad penal.

No obstante, creemos que el legislador ha optado por un mecanismo extremadamente complejo no sólo desde el punto de vista legal sino sobre todo fáctico y que además presenta dudas sobre su constitucionalidad.

Considero que una solución, al menos parcial, sería intentar diseñar mecanismo que operen antes de cualquier modificación estructural o procedimiento de disolución. Para ello es necesario, en primer lugar, hacer una distinción entre aquellos supuestos en los que la persona jurídica se encuentra bajo un procedimiento de investigación penal o haya sido condenada y aquellos supuestos en los que no se ha detectado el delito cometido en el seno de la infractora antes de la modificación estructural o la disolución.

En la primera de las situaciones es mucho más fácil actuar. En relación con las personas jurídicas que están bajo investigación, pero no se ha dictado condena lo más conveniente sería establecer legalmente una medida cautelar que expresamente determine la prohibición de llevar a cabo procesos que implique la extinción de la entidad. Se podría pensar la actual intervención judicial podría cumplir esta misma función, pero hemos visto en su momento que sus presupuestos son muy específicos y no siempre fácil de apreciar. Por esta razón creemos conveniente una modificación legislativa *ad hoc* para este problema.

Dentro de este primer grupo de situaciones hay que incluir a las personas jurídicas condenadas, dónde los mecanismos de ejecución se pudieran ver reforzados a través de una especie de pena accesoria que consistiría en una vigilancia judicial dirigida única y exclusivamente a autorizar este tipo de operaciones, tras previa comprobación de que se ha cumplido enteramente la pena. Obviamente que existen los trámites y los órganos encargados de la ejecución de la pena, pero aun así no se debería descartar la posibilidad de que estas operaciones se puedan llevar a cabo sólo tras la previa constatación de que la persona jurídica condena ha cumplido enteramente la pena. Otra posibilidad, puede que incluso más efectiva, es que esta pena accesoria consista en una prohibición de poder llevar a cabo modificaciones estructurales durante el tiempo de condena. Está claro que con lo que proponemos aquí no se resuelve la cuestión de la disolución real para la cual también se deberá prever mecanismos específicos que aseguren de alguna manera que no se burle la responsabilidad penal.

Por lo que se refiere a la situación en la que la modificación estructural se produce antes de la declaración de la responsabilidad penal, se debería llevar a cabo una modificación legislativa que prevea expresamente la rescisión de estas operaciones. Ahora bien, desde el punto de vista práctico no es una solución plenamente satisfactoria y desde el punto de vista de la seguridad jurídica se debería poner un plazo máximo en el que se pudiera proceder a dicha rescisión.

En definitiva, la solución no es nada sencilla porque, en cierta manera, se intenta poner puertas al campo, pero el problema tampoco aparecerá con demasiada frecuencia debido a las razones ya apuntadas.

CAPÍTULO VII: CONCLUSIONES

1ª La determinación del sujeto imputable. El Código penal español no ofrece una definición concreta de la persona jurídica penalmente responsable. No obstante, sí es posible encontrar los elementos necesarios para la determinación del sujeto imputable. En primer lugar, el mencionado sujeto debe ostentar personalidad jurídica de acuerdo con las normas extrapenales; en segundo lugar, es necesaria la apreciación de un mínimo sustrato organizativo; en tercer lugar, el carácter instrumental de la persona jurídica debe ser relativo en el sentido de que quede demostrado que el ente no ha sido creado única y exclusivamente para la comisión de delitos. Por último, se debe comprobar un elemento negativo, es decir, la no inclusión en la lista de entes legalmente exentos de responsabilidad penal.

2ª La falta de consenso sobre el modelo de imputación de las personas jurídicas. La configuración actual del régimen legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha generado un intenso y largo debate sobre el modelo de imputación de estos entes. Nuestra legislación no hace una apuesta clara ni por un modelo de autorresponsabilidad ni por uno de heterorresponsabilidad, sino que presenta elementos de ambos. Esta circunstancia ha generado una situación compleja en la que ni el Tribunal Supremo, ni la Fiscalía General del Estado, ni la doctrina han conseguido acercar posiciones. Aunque cada propuesta plantea sus matizaciones, sí podemos hacer una clasificación de las mismas en dos bloques teniendo en cuenta los rasgos esenciales. Precisamente estos rasgos esenciales determinarán en gran parte la calificación jurídica que se ofrece en relación con las medidas susceptibles de imponer a las personas jurídicas.

3ª La naturaleza de las medidas susceptibles de imponer a las personas jurídicas de acuerdo con los modelos de autorresponsabilidad. De acuerdo con los postulados básicos del modelo de autorresponsabilidad la persona jurídica es culpable de un injusto “cometido” por ella misma. Este modelo implica la necesaria creación de conceptos de acción y culpabilidad adecuados al singular sujeto que constituye la persona jurídica. Una vez llevada a cabo esta tarea y, apoyándose en dichas construcciones los defensores de este modelo afirman que las medidas previstas en el art. 33.7 del CP son verdaderas

penas. Nuestro Tribunal Supremo, uno de los grandes defensores de este modelo, ha afirmado en repetidas ocasiones que las medidas que se imponen a las personas jurídicas son auténticas penas.

4ª La naturaleza de las medidas susceptibles de imponer a las personas jurídicas de acuerdo con los modelos de heterorresponsabilidad. Este modelo parte de la premisa de que las medidas del artículo 33.7 del CP ni mucho menos se imponen a un sujeto culpable de la realización de un injusto, sino que hay una transferencia de responsabilidad, a través de un hecho de conexión llevado a cabo por la persona física. Más allá de los evidentes problemas relacionados con el principio de culpabilidad, en lo que se refiere a la calificación de las medidas susceptibles de imponer a las personas jurídicas, es de destacar la diversidad de propuestas: medidas de seguridad, penas sin culpabilidad, cargas. Por lo tanto, si se parte de un modelo de heterorresponsabilidad será difícil argumentar que a las personas jurídicas se les impone unas penas entendidas en sentido estricto.

5ª La situación de las personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador. Dado que los dos grandes modelos de imputación de las personas jurídicas no resuelven nítidamente los distintos conflictos dogmáticos, se ha intentado fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas partiendo de dos elementos: la unidad del *ius puniendi* del Estado y el hecho de que en el Derecho administrativo se acepta la posibilidad de sancionar a la persona jurídica. Por lo tanto, considero que lo que habría que hacer es importar las soluciones del Derecho administrativo, trasladándolas al Derecho penal de las personas jurídicas. Uno de los grandes escollos de esta fórmula es que, en realidad, el problema de sancionar a la persona jurídica tampoco se ha resuelto por completo en el terreno del Derecho administrativo. Siempre se recurre al argumento de que el Tribunal Constitucional ha aceptado claramente la posibilidad de que las personas jurídicas sean sancionadas. No obstante, como hemos demostrado a lo largo de este trabajo, el Tribunal Constitucional ha hecho una construcción bastante criticable que se puede resumir de la siguiente manera: la persona jurídica tiene capacidad de infringir normas y por ello tiene capacidad de culpabilidad. Como observamos se hace un salto injustificado o nada explicado de la capacidad de infringir normas a la capacidad de culpabilidad. Por lo tanto, la cuestión de la sanción de la persona jurídica en el Derecho administrativo no se ha resuelto plenamente, lo que impide hacer una importación al Derecho penal.

6ª La necesidad de creación de una categoría jurídica específica para las medidas a imponer a las personas jurídicas. En nuestra opinión, estas medidas deberán constituir una categoría independiente, ya que será la forma más acertada de recoger todas las particularidades que presentan. Dicho de otra manera, ninguna de las categorías clásicas es capaz de soportar un sujeto tan abstracto como la persona jurídica, una imposición que no se fundamenta en la culpabilidad y un presupuesto que no es la realización de un hecho físico. Por otro lado, por muchas construcciones similares a las de las personas físicas, la responsabilidad penal de la persona jurídica nunca podrá verse en los mismos términos que la de la persona física.

7ª Los principios informadores del Derecho penal como imprescindibles parámetros interpretativos de las medidas a imponer a las personas jurídicas. Podemos concluir que el único referente en el que podemos poner el foco, y que nadie pone en duda, son los principios informadores del Derecho penal. Si la responsabilidad de la persona jurídica se ha introducido por razones pragmáticas y de política criminal, y ya no hay vuelta atrás, lo que sí estamos a tiempo es dar una interpretación a los rasgos y a la aplicación de las medidas susceptibles de imponer a las personas jurídicas acorde con dichos principios informadores. En caso contrario, corremos el riesgo (con efectos mucho más devastadores) de seguir la misma senda que en el Derecho administrativo, diluyendo poco a poco dichas garantías. Esto es, aunque no tengamos una categoría definida para las medidas aplicables a las personas jurídicas, éstas las tenemos que interpretar y aplicar acorde con dichos principios, en la medida de lo posible, y con el objetivo de que estos no se flexibilicen.

8ª El carácter generalmente potestativo de las penas interdictivas. Salvando el caso de la pena de multa, que siempre tiene carácter preceptivo, el resto del catálogo de medidas previstas en el art. 33.7 del CP se imponen, generalmente, de manera potestativa. Ello ha creado la necesidad de introducir un precepto (art. 66 bis CP), donde se establecen una serie de criterios de imposición y de extensión de las penas interdictivas. Este sistema de imponer las penas previstas para el caso de las personas jurídicas ha sido valorado muy positivamente por la doctrina, debido a que, supuestamente, esto permite una mejor adecuación al caso concreto. No obstante, a nuestro modo de ver, el carácter generalmente potestativo no se debe tanto a una noble intención del legislador, sino a que éste ha eludido una tarea (ardua) que era pensar y

decidir en cada caso (para cada delito) no sólo la pena más adecuada, sino también la graduación de la misma.

9ª La remisión al artículo 66 CP. El artículo 66 bis, el precepto que regula todo el sistema de imposición y determinación de las penas interdictivas presenta problemas desde su primer inciso al remitirse a las reglas del artículo 66 CP. Esta previsión plantea, por un lado, el problema de que se hace la remisión a unas normas que, entre otras cuestiones, regulan los efectos derivados de la apreciación de agravantes, circunstancias no previstas para el caso de las personas jurídicas. Por otro lado, no queda claro si esta remisión afecta sólo a la pena de multa o también a las penas interdictivas. Nuestra posición es que afecta a todas las penas, pero la remisión al artículo 66 adquiere relevancia cuando la pena interdictiva tiene carácter obligatorio.

10ª Aspectos generales de los criterios de imposición de las penas interdictivas. La regla 1ª establecida en el artículo 66 bis CP recoge una lista taxativa de criterios de imposición. Para la imposición de alguna pena interdictiva es necesaria la apreciación conjunta de estos criterios, pero consideramos que no todos tienen el mismo peso a la hora de ponderar la idoneidad de someter a la persona jurídica a alguna de las medidas del art. 33.7 CP.

11ª El criterio de necesidad para prevenir la continuidad delictiva o de sus efectos. Este criterio implica hacer un juicio de peligrosidad subjetiva y ver si existe el riesgo de que en el seno de la persona jurídica condenada se vuelva a realizar una actividad delictiva de características similares a la que determinó su responsabilidad penal. Este juicio de peligrosidad se debe llevar a cabo a través de la comprobación de que la persona jurídica ha adoptado medidas concretas en relación con las prácticas que han desembocado en una conducta delictiva.

12ª El criterio de las consecuencias económicas y sociales. Este criterio implica analizar si la pena interdictiva impuesta tiene unas consecuencias desorbitadas con respecto a los efectos que debe tener una condena particular de una persona jurídica. En relación con este criterio se debe hacer una interpretación restrictiva en el sentido de que no cualquier despido o variación en el mercado pueda implicar la imposibilidad de proceder a la imposición de una pena interdictiva. En todo caso, este criterio está subordinado al de la necesidad de prevenir la continuidad delictiva o de sus efectos.

13ª El criterio relativo al puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Debido a sus múltiples disfuncionalidades es recomendable eliminarlo o, en su defecto, replantearlo por completo. A este criterio se le pueden hacer diversas críticas. La primera es la discordancia con todo el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se puede observar en el hecho de que, mientras el art. 31 bis CP establece unos criterios materiales para identificar a las personas físicas que tienen el deber de control, poniendo el acento en las facultades que ostentan dichas personas físicas, el artículo 66 bis, al exigir la identificación del puesto, obliga a una interpretación exclusivamente formal. El segundo aspecto criticable es su alcance limitado, al ser aplicable sólo a los casos en los que el delito ha sido cometido por las personas del apartado b) del art. 31 bis CP (los subordinados).

14ª La duración máxima de la pena privativa de libertad de la persona física. La segunda regla del art. 66 bis introduce la previsión relativa al límite máximo de las penas interdictivas (de las personas jurídicas) de duración limitada que se determina en función de la duración máxima de la pena privativa de libertad de la persona física. El efecto más importante de esta previsión es que éste se convierte en el verdadero límite absoluto de las penas interdictivas de duración limitada, quedando lo establecido en el art. 33.7 CP sin virtualidad alguna. Este límite se determina en función de la pena abstracta privativa de libertad de la persona física y es un límite que se debe observar incluso cuando, en relación con la persona jurídica, se puede apreciar la reincidencia, la multirreincidencia o la instrumentalización del ente.

15ª La necesidad de eliminar el incumplimiento menos grave como criterio de extensión de las penas interdictivas. Esta previsión no tiene sentido alguno, dado que, si no se produce un incumplimiento grave de los deberes de control, no puede nacer la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

16ª La reincidencia como requisito para poder superar los dos años de duración de las penas interdictivas. Más allá de los problemas y debates clásicos relacionados con esta figura jurídica, lo cierto es que presenta unas particularidades cuando se trata de apreciarla en el caso de las personas jurídicas, siendo lo más destacable el hecho de que en el caso de las personas jurídicas no es obligatoria la apreciación de la reincidencia. Esto ocurre en situaciones en las que o bien no se procede a la imposición de alguna

pena interdictiva, por así aconsejarlo los criterios de imposición, o bien porque se recurra al criterio alternativo que es el de la instrumentalización del ente.

17ª El concepto de instrumentalización de la persona jurídica. Con las actuales pautas ofrecidas por el legislador es harto difícil determinar el modo en el que se puede apreciar la instrumentalización del ente. Pero, además, no se sabe cuál ha de ser el grado de instrumentalización necesario para que se pueda afirmar que la persona jurídica es imputable.

18ª Debates sobre la idoneidad del sistema días-multa para el caso de las personas jurídicas. Al igual que en muchas otras cuestiones, el legislador no parece haber reflexionado sobre este aspecto y, por lo tanto, recurre a este sistema sin que exista una razón clara del porqué de dicho uso. El mayor problema que se ha predicado en relación con el sistema días-multa ha sido el hecho de que con el mismo no se priva de los beneficios que la persona jurídica haya podido obtener gracias al delito cometido en su seno, no obstante, la situación se puede reconducir fácilmente gracias a la figura del comiso.

19ª La capacidad económica de las personas jurídicas. Si en el caso de la multa impuesta a las personas físicas la averiguación de la capacidad económica se hace de una forma muy superficial, en el caso de las personas jurídicas la tendencia es la misma, tal como hemos observado tras el análisis de las primeras resoluciones judiciales en las que se trató esta materia.

20ª La multa proporcional. Por lo general la doctrina la considera muy adecuada para el caso de las personas jurídicas. En cambio, se critica la coexistencia de esta multa con el sistema días-multa. Una vez más, queda patente la falta de criterio del legislador a la hora de optar por uno o por otro sistema.

21ª El sistema de sustitución de la pena de multa proporcional. Hay que destacar el injustificable trato diferencial entre las personas jurídicas y las físicas en relación con la solución adoptada en el caso de la imposibilidad de calcular la multa proporcional. Para el caso de las personas jurídicas contamos con un sistema legal establecido expresamente que determina la aplicación del sistema días-multa cuando no es posible calcular la multa proporcional, mientras que para la persona física tenemos una solución

parcial ofrecida por la jurisprudencia que consiste en no imponer la pena de multa cuando no se pueda determinar el coeficiente multiplicador.

22ª Aplazamiento y reducción del importe de la multa impuesta a las personas jurídicas. No hay inconveniente alguno en aplicar también para el caso de las personas jurídicas el aplazamiento del pago o la reducción del importe de la multa, máxime cuando el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene por objetivo mantener la continuidad de la empresa o persona jurídica condenada.

23ª La modulación de las penas de multa impuestas a la persona jurídica y a la física. No se vislumbra con claridad el fundamento de la previsión del art. 31 ter 1. Tampoco queda claro cómo se deben llevar a cabo las operaciones necesarias para la modulación de las dos penas. Las primeras resoluciones judiciales han ofrecido una pequeña orientación, señalando que en los casos en los que la pena de multa se impone a la persona jurídica y al socio mayoritario o administrador el resultado de la modulación de la pena de multa no puede quedar debajo del límite mínimo establecido por la ley. En cambio, parece que sí se permite rebasar el límite mínimo en el caso de las sociedades unipersonales.

24ª El fraccionamiento del pago de la multa impuesta a la persona jurídica. Uno de los mayores problemas de esta previsión es probar las causas que pueden dar lugar al fraccionamiento. A nuestro modo de ver, la causa relativa a la supervivencia de la persona jurídica tiene que probarse en base a la solvencia del ente, mientras que el mantenimiento de los puestos de trabajo sólo debería ser causa, cuando lo que hay en la empresa condenada es una falta de liquidez. Por último, el interés general podrá ser alegado por aquellas personas jurídicas que prestan un servicio de interés económico general.

25ª La intervención judicial para el pago de la multa. Es una garantía de pago que debe aplicarse una vez que se haya recurrido a la vía de apremio. Esta intervención es una figura distinta de la pena de intervención judicial prevista en el artículo 33.7 CP y puede tener una duración máxima de 10 años.

26ª La pena de suspensión de actividades. El mayor problema que presenta esta medida es distinguir sus efectos de los de las otras penas del catálogo del art. 33.7 CP. La suspensión total de las actividades puede llevar a una situación en la que la persona

jurídica se extinga *de facto* por la falta de actividad. Si bien es cierto que en el plano teórico la suspensión de actividades se distingue claramente de la pena de disolución, dado que a diferencia de esta última tiene carácter temporal y el ente mantiene su personalidad jurídica, en el plano práctico puede llegar a tener los mismos efectos. La suspensión total de las actividades convertirá a la persona jurídica, en la mayoría de los casos en una especie de patrimonio yacente. Por su parte, la suspensión parcial de las actividades presenta el problema de que sólo encontraría la legitimación si se vincula al ámbito de las actividades en las que se cometió el delito que dio lugar a la responsabilidad penal del ente. Esta circunstancia lleva a la confusión con la otra pena prevista en el artículo 33.7 CP relativa a la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. En nuestra opinión la solución de estos problemas pasaría por aplicar la suspensión de actividades sólo como medida cautelar y siempre durante un plazo lo más reducido posible.

27ª La pena de clausura de locales y establecimientos. Se pueden clausurar tanto los establecimientos abiertos al público como los locales dedicados a otros fines de la persona jurídica. Se puede cerrar parte o la totalidad de los locales y establecimientos en función de su vinculación con la actividad delictiva. Mientras el establecimiento esté clausurado no se puede llevar a cabo actividad alguna, salvo las de conservación y mejora. Consideramos que, para lograr efectivamente los fines de esta medida se debería prohibir expresamente la posibilidad de abrir nuevos locales y establecimientos durante el plazo de la condena.

28ª La prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Aunque no se menciona expresamente, queda claro que sólo la persona física puede favorecer, cometer o encubrir el delito. La referencia a la coautoría y participación tiene sentido, pero la mención al encubrimiento no, dado que ello no da lugar a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta pena implica la prohibición de actuar en un determinado ámbito o sector.

29ª La posibilidad de aplicar de manera diferenciada las inhabilitaciones previstas en el art. 33.f) del CP. Nuestra posición es que nos encontramos ante distintas penas y que, además, existen situaciones en las que podría ser conveniente la aplicación de sólo alguna de ellas.

30ª Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas. Los conceptos de subvenciones y de ayudas públicas son conceptos jurídicos indeterminados específicos del Derecho administrativo, que presentan una amplia tipología que no está regulada por completo por la Ley General de Subvenciones, lo que complica su determinación, dada la alta proliferación de normas administrativas que regulan estos aspectos. Por su parte el concepto de subvención utilizado a los efectos del art 308 CP no es suficiente por sí mismo para identificar todas las ayudas públicas a las que hace referencia el artículo 33.7 f) CP. Lo más conveniente es la creación de un concepto que se inserte en la parte general del Código Penal, al igual que se ha hecho con el concepto de autoridad, funcionario o documento público.

31ª Inhabilitación para contratar con el sector público. A diferencia de lo que ocurría con la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, aquí sí tenemos una ley administrativa general que nos ayudará a determinar el contenido del llamado sector público. Para determinar el contenido y alcance de esta pena, la norma de cabecera que se debe utilizar como referente es la Ley General de Contratos del Sector Público. Ahora bien, se producen algunas discordancias entre la mencionada norma que establece unas prohibiciones de contratar con el sector público como consecuencia de la comisión de determinados delitos, pero que no son todos los que pueden generar responsabilidad penal de las personas jurídicas.

32ª Inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. La amplitud de los beneficios e incentivos fiscales hace difícil que esta pena pueda ser determinada de una manera exhaustiva en la propia sentencia. Además, se suma el problema de que la Agencia Tributaria no ha habilitado los procedimientos necesarios para la comprobación de estos extremos, es decir, de verificar si un determinado sujeto no puede gozar de algún beneficio fiscal. Por lo que respecta a la inhabilitación para gozar de los beneficios de la seguridad social hay que poner de manifiesto que la persona jurídica no es la verdadera afectada por esta medida, aun cuando puede que se reduzca su capacidad de contratación. Hay una incoherencia entre el hecho de que entre los criterios de imposición de las penas interdictivas se contemple expresamente los efectos sociales y económicos, pero, a la vez, se permita la aplicación de una medida que en realidad afecta de manera negativa y directa al colectivo que se pretende proteger. Consideramos que esta inhabilitación debería eliminarse del catálogo del art. 33.7 CP.

33ª Fines de la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Al debate planteado sobre los fines de esta pena nuestra respuesta es que no tiene como único fin la protección de los trabajadores y acreedores, sino que, además pretende evitar la continuidad de la actividad delictiva y de sus efectos.

34ª Imposibilidad de encontrar la justificación del presupuesto específico de la intervención judicial. El mayor problema interpretativo con el que se confronta esta pena es determinar las circunstancias que sirvan de base al presupuesto específico de esta medida (salvaguarda de los derechos de los trabajadores y acreedores) que, una vez apreciado, permita su imposición. Para proteger los derechos de los trabajadores y acreedores es necesario delimitar o encontrar aquella situación o causa que pone en peligro los derechos de los mencionados colectivos. A pesar de que en la búsqueda de la circunstancia que justificase la necesidad de preservar los derechos de los trabajadores y acreedores se han planteado hipótesis que o bien ponían el acento en los efectos económicos derivados de la condena o bien se centraban en la preservación del patrimonio de la persona jurídica para asegurar el cumplimiento de la responsabilidad civil, lo cierto es que no se ha podido dar una respuesta definitiva sobre la causa que pueda hacer necesaria la intervención judicial para la salvaguarda de los derechos de estos colectivos.

35ª Ejecución de la pena de intervención judicial. En primer lugar, aunque no hay previsto procedimiento para ello, creemos que es posible la modificación, que implicará una rebaja de la intensidad de la intervención con respecto al régimen inicialmente previsto. Por lo que respecta a la suspensión de esta pena, creemos que ésta debería tener lugar cuando la causa que motivó la necesidad de imponerla haya desaparecido o se haya atenuado. Pero esta cuestión nos remite una vez más al problema inicial; es decir, la causa que pone en peligro los derechos de los trabajadores y acreedores. Por último, se debe hacer referencia al elemento clave de la ejecución de la pena de intervención judicial, es decir, a la figura del interventor. El principio de legalidad hace necesario que se determine el catálogo de las facultades del interventor, pero no por vía reglamentaria, sino mediante Ley que recoja al menos el contenido esencial.

36ª Inaplicación de algunas causas de extinción de responsabilidad penal al caso de las personas jurídicas. La combinación de cuestiones de orden ontológico y técnico-

jurídico determina que algunas causas de extinción de la responsabilidad penal no sean trasladables al caso de las personas jurídicas. Así, no se puede predicar en relación con las personas jurídicas la muerte del reo, la remisión definitiva de la pena o la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

37ª Causas de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se puede ver extinguida por el indulto, no obstante, es aconsejable una reforma legislativa que prevea expresamente esta posibilidad; por el perdón del ofendido, pero sólo en un caso específico como es el delito de descubrimiento y revelación de secretos; la prescripción del delito cometido en el seno de la persona jurídica y la prescripción de la pena impuesta.

38ª La prescripción del delito cometido en el seno de la persona jurídica. A nuestro modo de ver, la regulación actual obliga a considerar que el plazo de prescripción del delito en el caso de las personas jurídicas es de 5 años. El inicio del cómputo coincidirá con el momento fijado para el caso de las personas físicas. Por lo que respecta a las normas relativas a la interrupción y suspensión del cómputo, éstas se aplican por entero y sin variación también a las personas jurídicas.

39ª La prescripción de la pena impuesta a las personas jurídicas. El plazo de prescripción de las penas de las personas jurídicas es de 10 años. Por lo que respecta al cómputo del plazo de prescripción el que mayores problemas presenta es el del quebrantamiento de la condena. En este punto no se tiene que confundir el requisito del tipo objetivo del delito de quebrantamiento de condena, figura delictiva que además no genera responsabilidad penal a las personas jurídicas, que exige un incumplimiento grave de la pena con el incumplimiento que se exige a los efectos del inicio del cómputo del plazo de prescripción que no tiene que ser grave.

40ª Alcance de las previsiones del art. 130.2 CP. La primera observación general que se debe hacer es que las previsiones del art. 130.2 CP no recogen conceptos que coincidan exactamente con los empleados por el Derecho mercantil. Si bien es cierto que expresiones como escisión, fusión o disolución son propias del Derecho mercantil ello no quiere decir que el art 130.2 CP se vea constreñido por los conceptos de dicho orden jurisdiccional. En contra de lo sostenido generalmente por la doctrina consideramos que la Ley de Modificaciones estructurales no es ni mucho menos el

único parámetro interpretativo del art 130.2 CP, dado que ello supondría dejar fuera a aquellos entes que no tienen la condición de sociedad mercantil.

41ª Posible vulneración del principio de personalidad de las penas por parte del art 130.2 del CP. La regulación de los supuestos de ausencia de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de proceder a algún tipo de modificación estructural o una disolución fraudulenta se enfrenta a la continua sospecha de que está vulnerando el principio de personalidad de las penas. Efectivamente la previsión de que una determinada pena se traslada a un sujeto ajeno a los hechos que han generado responsabilidad penal sólo puede llevar a la fundada opinión de que se está vulnerando un principio tan básico como es el principio de personalidad de las penas.

42ª Un posible traslado de la pena constitucionalmente aceptable. El traslado de la pena previsto en el art. 130.2 CP se ha justificado por lo general poniendo el foco en la actuación del tercero afectado, de tal manera que la transferencia de la responsabilidad encuentre alguna legitimación. El principio de personalidad de las penas aplica el esquema sujeto-hechos-responsabilidad, es decir, un determinado sujeto es responsable de sus propios hechos. La alteración de este esquema implica la vulneración de este principio. Para mantener el mencionado esquema parte de la doctrina ha intentado relacionar a la persona jurídica a la que se le traslada la pena con los hechos originarios. En cambio, en este trabajo defendemos que es posible mantener una interpretación respetuosa con el principio de personalidad de la pena si se consigue demostrar que, en realidad, no se altera el mencionado sujeto, debido a que el ente originalmente responsable sigue existiendo, pero bajo otra forma. Esta opción interpretativa parte de una concepción exclusivamente material y patrimonial del sujeto originalmente responsable, quedando la cuestión de la personalidad jurídica relegada a un segundo plano. Con esta premisa se ha intentado demostrar que en gran parte de las modificaciones estructurales que se pueden llevar a cabo estaremos ante el mismo sujeto al que se la había impuesto inicialmente la pena. No obstante, la propuesta no resuelve ni siquiera en el plano teórico todos los supuestos de modificaciones estructurales, encontrando especiales dificultades en el caso de las escisiones parciales y de las cesiones globales del activo y del pasivo. Por lo que respecta al ámbito práctico, debido a la natural tendencia a fusionarse los elementos materiales, personales y organizativos entre los sujetos participantes en una modificación estructural, se hace extremadamente

difícil probar que el traslado no se hace a un tercero, sino que afecta al sujeto originalmente responsable.

43ª La pena de disolución de las personas jurídicas. Es previsible que esta pena no se aplique con mucha frecuencia y no tanto por lo dificultoso que es concretar alguno de los criterios que permiten su aplicación, como puede ser el de la instrumentalización del ente, sino por su difícil encaje con la línea general que mantiene la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y que es la continuidad de la actividad del ente. Esta medida se reservará, en todo caso, para aquellas situaciones más graves en los que si bien las personas jurídicas no son creadas con el único fin de delinquir (en este caso, como defiende la doctrina autorizada, habría que recurrir al comiso) pero sí dedican gran parte de sus actividades a la comisión de delitos.

44ª La disolución real como causa de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideramos que con la regulación actual la disolución real sí puede operar como causa de extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ahora bien, ello no quiere decir que no sea un problema para la efectiva aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, máxime cuando la legislación no ofrece mecanismo alguno que impida al ente proceder a esta operación.

45ª Los criterios de la disolución meramente aparente. La presunción que se establece en relación con la disolución meramente aparente se construye en base a unos criterios que son fácilmente eludibles y, además, no son suficientes por sí mismos para demostrar la identidad entre la persona jurídica originalmente responsable y la utilizada para llevar a cabo la disolución meramente aparente. No sólo por esta razón sino porque la actual regulación lo permite hay que acudir a otros criterios que refuercen la prueba de que hay una identidad, al menos sustancial, entre la persona jurídica originalmente responsable y el ente que hace de tapadera, como pueden ser, entre otros, la identidad de los socios que forman parte de la sociedad mercantil, los administradores, o la importancia los clientes, proveedores y empleados heredados para el mantenimiento de la actividad económica.

46ª Una forma distinta de abordar las modificaciones estructurales y la disolución meramente aparente. Ha quedado patente que el legislador ha intentado atajar los

problemas que se puedan derivar de las distintas modificaciones a las que puede recurrir la persona jurídica mediante una solución que no sólo pone en riesgo principios básicos del Derecho penal, sino que además no necesariamente consigue una efectiva aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde nuestro punto de vista el enfoque legal debería ser distinto estableciendo mecanismos preventivos y no reactivos. Así, se debería prever expresamente una medida cautelar que implique la prohibición de que las personas jurídicas investigadas lleven a cabo cualquier proceso que suponga la extinción de la entidad. Para el caso de las personas jurídicas ya condenadas se debería configurar una pena accesoria que prohíba poder proceder a modificaciones estructurales o, en su defecto, se refuercen los mecanismos de ejecución a través de una vigilancia judicial dirigida única y exclusivamente a autorizar este tipo de operaciones tras previa comprobación de que se ha cumplido enteramente la pena.

BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, M., «Algunas discordancias legislativas sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el código penal español», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 35, 2021, pp. 1-62.

ABEL SOUTO, M., «Antinomias de la reforma penal de 2015 sobre programas de prevención que eximen o atenúan la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en MATA LLÍN EVANGELIO, Á., (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 13-28.

ABEL SOUTO, M., «Blanqueo de dinero y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DE VICENTE REMESAL, J.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; PAREDES CASTAÑÓN, J.M.; OLAIZOLA NOGALES, I.; TRAPERO BARREALES, M.A.; ROSO CAÑADILLAS, R.; LOMBANA VILLALBA, J.A. (Dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. 2, Reus, Madrid, 2020, pp. 1421-1430.

ABEL SOUTO, M., «Blanqueo de dinero, criminalidad organizada y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DEMETRIO CRESPO E. (Dir.) y DE CUERDA MARTÍN M. Y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F. (Coords.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 539-568.

ABEL SOUTO, M., «El indulto: una propuesta para incluir en el código penal su regulación adaptada a principios constitucionales básicos y al estado democrático de derecho», *ReCrim: Revista del Instituto Universitario de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV*, Núm. 9, 2013, pp. 1-5.

ABEL SOUTO, M., «Las reformas penales de 2015 sobre el blanqueo de dinero», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.19, 2017, pp. 1-35.

ABEL SOUTO, M., *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, BdeF, Montevideo, 2020.

ALÁEZ CORRAL, B., «Los sujetos de los derechos fundamentales», en AAVV. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 83-102.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Sobre la ejecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», PÉREZ-CRUZ MARTIN, A.J. (Dir.) y NEIRA PENA, A.M. (Coord.), *Proceso penal y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 333-374.

AYMERICH CANO, C., «Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 53, pp. 306-343.

BACIGALUPO SAGGESE, M., «El derecho comunitario de las ayudas de Estado y su articulación con el Derecho español de las subvenciones y las ayudas a las actividades económicas», en FERNÁNDEZ FARRERES, G. (Dir.), *El régimen jurídico de las subvenciones. Derecho español y comunitario*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 189-222.

BACIGALUPO SAGGESE, S., «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129)», *Diario La Ley*, núm. 7541, 2011, pp. 1292-1302.

BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho Penal*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2011.

BAJO FERNÁNDEZ, M. Y BACIGALUPO SAGGESE, S., «Las medidas administrativas y penales de prevención de blanqueo de capitales en el ámbito urbanístico: límites entre las infracciones administrativas y delito», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 12, 2008, pp. 15-39.

BAJO FERNÁNDEZ, M., «La responsabilidad colectiva», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 98, 2009, pp. 31-70.

BAJO FERNÁNDEZ, M., «Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal», *InDret*, núm. 3, 2008, pp. 1-10.

BAJO FERNÁNDEZ, M., «Vigencia de la RPPJ en el Derecho sancionador español», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de*

responsabilidad penal de las personas jurídicas, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 19-47.

BANACLOCHE PALAO, J., «El principio de oportunidad y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel de los programas de cumplimiento normativo», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) y MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch Valencia, 2019, pp. 551-582.

BARBERO SANTOS, M., «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 64, 1957, pp. 285-336

BAUCCELLS LLADÓS, J., «Las penas previstas para las personas jurídicas en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 175-208.

BECKER, G., «Crime and Punishment: An Economic Approach», *The Journal of Political Economy*, Vol. 76, Núm. 2 (Mar. - Apr., 1968), pp. 169-217.

BERISTAIN IPIÑA A., «La multa penal y administrativa en relación con las sanciones privativas de libertad», *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 28, Fasc. 3, 1975, pp. 379-404.

BERMEJO VERA, J., «La dimensión constitucional del derecho de asociación», *Revista de Administración Pública*, núm. 136, 1995, pp. 119-148.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Análisis de la aplicación jurisprudencial del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista de Derecho y Proceso penal*, núm. 52, 2018, pp. 207-232.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Aplicación y determinación de la pena» en GRACIA MARTÍN, L., (Coord.), *Lecciones de Consecuencias jurídicas del delito* 5ª Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 94-128.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «Extinción de la responsabilidad penal» en GRACIA MARTÍN, L., (Coord.) *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 387-429.

BOLDOVA PASAMAR, M. A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. pp. 219-263.

CARDENAL MONTRAVETA, S., «Pasado, presente y futuro de la suspensión del cómputo de la prescripción de la pena», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 21, 2019, pp.

CARRASCO ANDRINO, M.^a M., «Acerca de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias del artículo 129», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 18, 2006, pp. 139-169.

CEREZO MIR, J., *Derecho Penal Parte general-Lecciones 2^a edición*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2^a ed., 2000.

CERRADA MORENO, M., «La naturaleza jurídica de la posibilidad de prescripción de los delitos», *Anuario Facultad de Derecho -Universidad de Alcalá*, X, 2017, pp. 103-130.

COFFEE, J.C. JR. «No soul to damn: no body to kick": an unscandalized inquiry into the problem of corporate punishment», *Michigan Law Review*, Vol. 79, Núm.3, 1981, pp. 386-459.

COOTER R., «Prices and Sactions», *Columbia Law Review*, Vol. 84, Núm. 6, 1984, pp. 1523-1560.

CUELLO CONTRERAS, J., «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013, núm. 15-03, pp. 1-25.

CUERDA RIEZU, A., «El principio constitucional de responsabilidad personal por el hecho propio. Manifestaciones cualitativas», *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 62, 2009, pp. 157-209.

CUGAT MAURI, M., «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 919-963.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español», *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, 2015, pp.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 49-102.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) y MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 67-100.

DE LA FUENTE HONRUBIA, F., «Las consecuencias accesorias de clausura y suspensión de actividades (Comentario al auto de 23-VIII-2002 del Juzgado Central de Instrucción núm.5 de la AN)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.11, 2003, pp. 339-372.

DE LA MATA BARRANCO N.J., «La actuación conforme a Protocolos de prevención de delitos como causa de exención de responsabilidad penal», DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.), DE LA MATA BARRANCO, N.J., (Coord.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp.249-266.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. Y HERNÁNDEZ, L., «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. /DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 227-248.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., «La atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo», *La Ley Penal*, núm.87, 2011.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., «La exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Protocolos de prevención de delitos», en JUANES PECES, Á., (Dir.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 87-101.

DE LA MATA BARRANCO, N.J., «Tipos penales por los que se prevé responsabilidad penal: lagunas y deficiencias a la luz de la normativa europea», en Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas, JUAN PECES, A. (Dir.) Y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.) Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 189-238.

DE LA MATA, N.J.; BILBAO LORENTE, M.; ALGORTA BORDA, M., «La atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo. *La Ley Penal* núm. 87, nov. 2011, pp. 1-19.

DE SALAS MURILLO, S., «De las personas jurídicas» en AAVV., *Código Civil comentado*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Civitas, 2016, pp. 267-235.

DEL MORAL GARCÍA, A., «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: Presente y perspectivas», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) y MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch Valencia, 2019, pp. 675-704.

DEL MORAL GARCÍA, A., «Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas: notas con ocasión de la reforma de 2015», *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 0, 2015, pp. 215-252.

DEL ROSAL BLASCO, B., «La transferencia de la responsabilidad penal (y civil derivada del delito) en los supuestos de sucesión de empresa», en SUÁREZ LÓPEZ, J.M.; BARQUÍN SANZ, J.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.; JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.; SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J.E., (Dirs.), *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Vol. 1, Dykinson, Madrid, pp.179-197.

DEL ROSAL BLASCO, B., «Responsabilidad penal de empresas y códigos de buena conducta corporativa», *Diario La Ley*, núm. 7670, 2011.

DEL ROSAL BLASCO, B., «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de la persona jurídica: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, núm. 8733, 2016.

DEL ROSAL BLASCO, B., *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, La Ley, Madrid, 2018.

DELGADO MUÑOZ, L.J., «La prescripción de la pena. Situación tras la LO 1/2015 y sus vicisitudes en cuanto al cómputo del plazo respecto de las penas concretas», *Diario la Ley*, núm. 9445, 2019, pp. 1-17.

DÍAZ GÓMEZ, A., «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 13-08, 2011, pp. 1-28.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un análisis dogmático», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) y MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch Valencia, 2019, pp. 101-123.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Algunas cuestiones sobre la prescripción de la pena», *InDret*, núm. 2, 2008, pp.1-26.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret*, núm.1, 2012, pp. 1-33.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», en *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Fabio Suárez Montes*, FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (Dir.), *Constitutio Criminalis Carolina*, Oviedo, 2013, pp. 195-218.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la Democracia* núm. 73, 2012, pp. 48-64.

DOLZ LAGO, M. J., «Doctrina de la FGE sobre Compliance: Discordancias con la Jurisprudencia», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) y MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch Valencia, 2019, pp. 124-156.

DOLZ LAGO, M. J., «Primera sentencia condenatoria con doctrina general sobre responsabilidad penal de las personas jurídica. Análisis de los requisitos del art. 31 bis CP/2015. Organización criminal que opera a través de mercantiles dedicadas a la

exportación e importación internacional de maquinaria con droga oculta en su interior. Votos discrepantes», *Diario La Ley*, núm. 8796, 2016.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. «Tema 4: La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Derecho penal económico y de la empresa*, DE LA MATA N.J., DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.; NIETO MARTÍN, A., Dykinson, 2018, pp. 129-169.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica», en JUANES PECES, A. (Dir.) y DIEZ RODRÍGUEZ, E., (Coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2015, pp. 165-172.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Plazos de prescripción del delito y estado de alarma», *Diario la Ley*, núm. 9640, 2020, pp. 1-6.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., «Responsabilidad de personas jurídicas» en ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Dir.) *Memento Experto (Reforma Penal 2010)*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 11-38.

DOVAL PAÍS, A.; BLANCO CORDERO I.; FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C.; VILLANA BALLESTER, C.; SANDOVAL CORONADA, J.C., «Las concesiones de indultos en España (2000-2008)», *Revista Española de Investigación Criminológica*, núm. 9, 2011.

ECHARRI CASI, F. J., «Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales», *Diario La Ley*, núm.7632, 2011.

ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a Personas Jurídicas en el Proceso Penal: las Consecuencias Accesorias*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2004.

ESCALADA LÓPEZ, M.L., «Las medidas cautelares en el proceso penal contra entes supraindividuales, con especial atención a las de carácter real», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 41, 2017, pp. 1-34.

ETXEBERRÍA GURIDI, J.F. y ETXEBERRÍA BEREZIARTUA, E., «Medidas cautelares y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) y MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad*

Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 705-740.

FARALDO CABANA, P., «¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?» en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L., PÉREZ MACHÍO, A.I., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J.I. (Dir.), *Armonización penal en Europa*, IVAP Herri Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 2013, pp. 77-113.

FARALDO CABANA, P., «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y la persona físicas», *La Ley Penal*, núm. 115, 2015, pp. 1-12.

FARALDO CABANA, P., «La transmisibilidad de la pena de multa en las modificaciones estructurales. Sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a las personas jurídicas», en MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA J. M.; GARCÍA ALBERO, R. (Coords.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 515 a 529.

FARALDO CABANA, P., «La transmisión de las penas en las modificaciones estructurales de las personas jurídicas. Una reflexión sobre la aplicación del principio de personalidad de las penas a los entes colectivos», en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.); DE LA CUERDA MARTÍN, M., y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., (Coords.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 431-450.

FARALDO CABANA, P., «Las penas», en Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas, JUAN PECES, A. (Dir.) Y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.) Memento Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 113-163.

FEIJOO SÁNCHEZ B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas» en JULIO DIAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por la LO5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero*, Cizur Menor, Navarra, 2011, pp. 65-142.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La extinción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 261-265.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «La persona jurídica como sujetos de imputación jurídico-penal», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 55-66.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., «Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 67-73.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Réplica a Javier Cigüela. A la vez algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la FGE1/2016 y Sentencias del Tribunal Supremo 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo», *InDret*, núm. 2, 2016, pp. 1–39.

FEIJOO SÁNCHEZ, B., *El delito corporativo en el CP español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2ª ed., 2016.

FEIJOO SÁNCHEZ, B.J., «Las consecuencias jurídicas del delito» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 273-296.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El régimen de las ayudas de Estado y su impacto en el derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 200, 2016, pp. 231-250.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Algunos apuntes sobre la discusión doctrinal y jurisprudencial relativa a la naturaleza del modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas» en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; QUERALT JIMÉNEZ J.J.; CORCOY BIDASOLO, M.; CASTIÑEIRA PALOU, M.T., (Coords.), *Estudios de Derecho Penal Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 975-985.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss. CP», en GÓMEZ COLOMER, J.L. (Dir.) y MADRID BOQUÍN, C.M. (Coord.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas*

Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión, Tirant lo Blanch Valencia, 2019, pp. 181-210.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Las consecuencias accesorias del artículo 129 CP», en QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, pp. 273-294.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de la responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación: art 31 bis 1, art 31 ter y art 31 quinquies», en JUAN PECES, A. (Dir.) Y DIEZ RODRÍGUEZ E. (Coord.) *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas Memento Francis Lefebvre*, Madrid, 2015, pp. 59-85.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Requisitos de configuración de los programas de prevención de delitos (art. 31 bis CP y Norma UNE 19601)», en FRAGO AMADA, J. A., (Dir.), *Actualidad Compliance 2019*, Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 185 y ss.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: requisitos comunes a los criterios de transferencia o conexión o doble vía de imputación (art. 31 bis.1 apartados a) y b))», en MATELLÍN EVANGELIO, Á., (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 43-54.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español (una visión crítica)», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, pp. 7-42.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «Personas jurídicas imputables e inimputables, incluidas y excluidas en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.); DE LA CUERDA MARTÍN, M., y GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA, F., (Coords.), *Derecho penal económico y teoría del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 452-467.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el artículo 31 bis 1. b) del Código Penal español», en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2019, pp.1-25.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., *Instituciones de derecho penal económico y penal de la empresa*, Lex Nova, Madrid, 2013.

FERNÁNDEZ TERUELO, J.G., «El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y su la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas», *Diario La Ley*, núm. 7657, 2011.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., «El indulto a instancia judicial como válvula de escape en casos de conflicto entre legalidad y equidad», *InDret*, núm. 2, 2019.

FONSECA FORTES FURTADO, R.H., «La colaboración premiada en la Ley brasileña de Combate a las Organizaciones Criminales su aplicación en el presunto caso de corrupción en la empresa Petrobrás», en QUERALT JIMÉNEZ, J.J. y SANTANA VEGA, D.M. (Coords.), *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2017, pp. 427-435.

GALÁN MUÑOZ, A., «Compliance penal ante la corrupción: Luces y sombras», en MATALLÍN EVANGELIO, Á., (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 55-90.

GALÁN MUÑOZ, A., «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero y la autorresponsabilidad», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 16, 2011.

GALÁN MUÑOZ, A., *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

GALLEGO DÍAZ, M., «Las penas aplicables a las personas jurídicas en el CP español», *Revista Penal*, núm. 31, 2013, pp. 85 y 99.

GARCÍA MOSQUERA M., «La personalidad jurídica de empresas trasnacionales como requisito de la responsabilidad penal del art 31 bis CP. Consideraciones en el contexto

de la Unión Europea», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, 2013, pp. 321-368

GARCÍA SAN MARTÍN, J., *El Indulto. Tratamiento y Control Jurisdiccional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

GIL GIL, A./LACRUZ LÓPEZ, J.M./ MELENDO PARDOS, M./ NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Consecuencias jurídicas del delito. Regulación y datos de la respuesta a la infracción penal en España*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 431-467.

GOENA VIVES, B., «Comentario al Auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Pamplona sobre el caso Osasuna», *Diario La Ley*, núm. 8701, 2016.

GOENA VIVES, B., *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

GÓMEZ MARTÍN, V., *La prescripción del delito. Una aproximación a cinco cuestiones aplicativas*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2016.

GÓMEZ MONTORO, Á. J., «La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, pp. 49-105.

GÓMEZ RIVERO, C. Y NIETO MARTÍN, A., «El delito de fraude de subvenciones ante la Ley General de Subvenciones», *Revista General de Derecho Penal*, núm. 2, 2004, pp. 603-646.

GÓMEZ TOMILLO, M. Y SANZ RUBIALES, I., *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2º ed. 2010.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Imputación objetiva y culpabilidad en el derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, 2011, pp. 43-84.

GÓMEZ TOMILLO, M., «Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes», en JUANES PECES, A. (Dir.) y DIEZ

RODRÍGUEZ, E., (Coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las Personas Jurídicas*, Madrid, Francis Lefebvre, 2015, pp. 39-58.

GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid, Lex Nova, 2010.

GÓMEZ-ESCOLAR MAZUELA, P., «La reforma de la Ley de indulto», *Diario La Ley*, núm. 8970, 2017.

GÓMEZ-JARA DÍEZ C., «El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 121-141.

GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 89-119.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La culpabilidad de la persona jurídica» en BAJO FERNÁNDEZ M.; FEJOO SÁNCHEZ, B.J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 143-219.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal» *Diario la Ley*, núm.7534, 2010, pp. 1-14.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Penas a personas jurídicas» en BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Las Rozas, 2011, pp.113-126.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2010.

GONZÁLEZ –CUÉLLAR SERRANO, N. y JUANES PECES, Á., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor.», *Diario La Ley*, núm. 7501, 2010, pp. 1-14.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El plano constitucional en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA J. M.; GARCÍA ALBERO, R. (Coords.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 565 a 576.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en MATELLÍN EVANGELIO, Á., (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 91-111.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, pp. 593-654.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies», en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.), MATELLÍN EVANGELIO, A. y GÓRRIZ ROYO, E., (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 151-210.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del artículo 31 bis del CP*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GRACIA MARTÍN, L., «¿Tiene hoy sentido y si lo tiene, en qué dirección y con qué alcance— algún debate sobre la posibilidad de penar y sancionar a la persona jurídica?» en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; CORCOY BIDASOLO M.; CASTIÑEIRA PALOU M.T., (Coords.), *Estudios de Derecho Penal Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 115-128.

GRACIA MARTIN, L., «Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2016, núm. 18-05, pp. 1-95.

GRACIA MARTÍN, L., «La pena de multa» en GRACIA MARTÍN, L., (Coord.) *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 169-225.

GRACIA MARTÍN, L., «La serie “infracción-culpabilidad-sanción” desencadenada por individuos libres como síntesis jurídica indisoluble derivada de la idea y del concepto a priori del derecho», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm.18, 2016, pp. 1-131.

GRACIA MARTÍN, L., «Persona jurídica y Derecho Administrativo sancionador», en MORALES PRATS, F.; TAMARIT SUMALLA J. M.; GARCÍA ALBERO, R. (Coords.), *Represión Penal y Estado de Derecho. Libro Homenaje al Profesor Gonzalo Quintero Olivares*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 577-601.

GUARDIOLA LAGO M.^a J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

HEINE, G., «Responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales», en HURTADO POZO, J.; DEL ROSAL BLASCO, B.; SIMONS VALLEJO, R., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 49-72.

HUERGO LORA, A., «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 182, 2017, pp. 223-259.

KENNEDY, C., «Criminal Sentences for Corporations: Alternative Fining Mechanisms», *California Law Review*, 1985, pp. 443-482.

LARA ORTIZ, M.L., «Transmisión de la responsabilidad administrativa por sucesión empresarial. El caso de la reestructuración del sector del crédito. A propósito de la STS (Sala de los Contencioso-administrativo, Sección 3^a, Sentencia 334/2019 de 13 de marzo de 2019, Recurso 635/2018 Roj: STS 814/2019-ECLI: ES:TS:2019:814)», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 157, 2020, pp. 1-20.

LASARTE C., *Parte general y Derecho de la Persona, Principios de Derecho Civil I*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2017.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., «Compliance, debido control y unos refrescos» en *El Derecho penal económico en la era compliance*, ARROYO ZAPATERO, L. y NIETO MARTÍN, A., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 111-136.

LEÓN ALAPONT, J., “Partidos políticos y responsabilidad penal de las personas jurídicas: consideraciones en torno a su régimen jurídico y los compliances programas”, en MATA LLÍN EVANGELIO, Á., (Dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 153–191.

LEÓN ALAPONT, J., «Absuelto el primer partido político imputado como persona jurídica ex art. 31 bis CP», *Diario La Ley*, núm. 9484, 2019, p. 1–8.

LEÓN ALAPONT, J., *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

LEVIN, M.H., «Corporate Probation Conditions: ¿Judicial Creativity or Abuse of Discretion?», *Fordham Law Review*, Vol. 52, 1984, pp.637-662.

LIÑÁN LAFUENTE A., «Los programas de prevención de riesgos penales como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica y su falta de adopción como nuevo delito que afecta a los administradores de las sociedades», *Diario La Ley*, núm. 8220, 2013, pp. 1-14.

LUZÓN CAMPOS, E., «La imputación penal del Banco Santander por actividades del Banco Popular y la necesidad de reformar o replantear la interpretación del art. 130.2 CP», *Diario La Ley*, núm. 9369, 2019, pp. 1-8.

LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 3ª ed., 2016.

MAGRO SERVET V., «Hacia la necesidad de implementación del plan de prevención jurídica en las empresas. Una exigencia legal tras la Ley Orgánica 15/2010, de reforma del Código Penal», *Diario La Ley*, núm.7633, 2011, pp. 1-14.

MALLANDRICH MIRET, N., «Las medidas cautelares en el proceso penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 48, 2019, pp. 1-34.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Algunos defectos puntuales, por activa y por pasiva, de la Ley Orgánica 5/2010», *Diario La Ley*, núm. 7534, 2010, pp. 1-15.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Las penas a personas jurídicas», *Diario La Ley*, núm. 7920, 2012, pp. 1-13.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., *Código Penal (Comentarios y Jurisprudencia) Parte General*, Vol. 1, Comares, Granada, 2010.

MAPELLI CAFFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.

MARQUES MOSQUERA, C., «Artículo 39», en AAVV., *Tratado de sociedades de capital: comentario judicial, notarial, registral y doctrinal de la Ley de Sociedades de Capital*, Cizur Menor Navarra, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 267-321.

MARTIN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., *La reincidencia: Tratamiento dogmático y alternativas político criminales*, Comares, Granada, 1999.

MARTÍNEZ PRADO, V. J., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Internauta de práctica jurídica*, núm. 26, 2012, pp. 61-78.

MARTÍNEZ-ARRIETA MÁRQUEZ DE PRADO, I., «La prescripción de los delitos cometidos por las personas jurídicas», *Diario la Ley*, núm. 9638, 2020, pp.1-12.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ C., «La regulación de la pena de multa en el Código Penal Español de 1995 (Los días-multa y la multa proporcional, con referencia a la responsabilidad subsidiaria en caso de impago)», *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 20, 1997, pp. 226-285.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la empresa. Parte especial*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MAYORDOMO RODRIGO, V., «El indulto de las personas jurídicas. Fundamento en “razones de equidad, justicia o utilidad pública”», en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 303.

MIR PUIG, S., «Las nuevas “penas” para las personas jurídicas: una clase de “penas” sin culpabilidad» en MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO M.; GÓMEZ MARTÍN, V., (Dirs.) *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid, Edisofer, 2014, pp. 3-14.

MIR PUIG, S., «Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 06-01, 2004, pp. 1-17.

MIR PUIG, S., *Derecho penal Parte General*, 10ª Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 793-819.

MIR PUIG, S., *La reincidencia en el Código Penal. Análisis de los arts. 10, 14º, 10, 15º, 61, 6º y 516, 3º*, Bosch, Casa Editorial S.A., 1974.

MOLINA FERNÁNDEZ, F., «Causas que extinguen la responsabilidad penal», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), *Memento Práctico Penal 2021*, Francis Lefebvre, Madrid, 2020.

MONGE FERNÁNDEZ, A., *La circunstancia agravante de reincidencia desde los fundamentos y fines de la pena*, Bosch, Barcelona, 2009.

MONTANER FERNÁNDEZ, R., «Reputación corporativa y responsabilidad penal de la empresa», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Núm. 1, 2018, pp. 181-200.

MORALES PRATS, F., «Título XIV De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.) *Comentarios al Código Penal Español, Tomo II*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 7ª Ed., 2016, pp. 539-681.

MORILLAS CUEVA, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Anales de Derecho*, núm. 29, 2011, pp. 1-33.

MORILLAS CUEVA, L., *Acerca de la prescripción de los delitos y de las penas*, Publicaciones del Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada, 1980

MOYA JIMÉNEZ, A., *Disolución, liquidación y transformación de sociedades de capital*, 3ª Ed., Bosch, Barcelona, 2012.

MUÑOZ PAREDES, M.L., *Lecciones de Derecho de Sociedades Mercantiles*, 2ª Ed. Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2016, Oviedo.

NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Aranzadi Cizur Menor, 2018.

NIETO MARTÍN A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, A., «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», en NIETO MARTÍN, A. (Dir.); LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.; BLANCO CORDERO, I.; PÉREZ FERNÁNDEZ, P.; GARCÍA MORENO, B., *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 50-109.

NIETO MARTÍN, A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO5/2010», *Revista Xuridica galega*. núm. 63, 2009, pp. 47-70.

NIETO MARTÍN, A., *Fraudes comunitarios: (derecho penal económico europeo)*, Barcelona, Praxis, 1996.

NORBERTO MIRAS, M., «El concepto de personas jurídicas penalmente responsable», *Anales de Derecho*, núm.28, 2010, pp. 219-235.

NÚÑEZ PAZ, M.A., «Aproximación criminológica a la delincuencia organizada: blanqueo y fraude», en CELORIO VELA, J.A. Y CARRASCO PARRILLA, P.J. (Dirs.), *Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas*, Tomo II, Centro Mexicano de Estudios en lo Penal Tributario, Ciudad de México, 2016, pp. 371-384.

NÚÑEZ PAZ, M.A., «La responsabilidad criminal y la gestión del riesgo mediante programas de cumplimiento en relación con la Directiva de 2015», en ABEL SOUTO, M. Y SÁNCHEZ STEWART, N. (Coords.), *V Congreso Sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero Ponencias y conclusiones del congreso sobre las reformas de 2015 e incidencia en la economía y sociedad digital, celebrado en el salón de actos de la EGAP, Santiago de Compostela, en julio de 2017*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 359-364.

NÚÑEZ PAZ, M.A., «Notas sobre acción, la omisión y la comisión por comisión», en PÉREZ ÁLVAREZ, F.; NÚÑEZ PAZ, M.A.; GARCÍA ALFARAZ, I. (Dir.), *Universitas vitae: homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pp. 583-594.

NÚÑEZ PAZ, M.A., «Omisión impropia y Derecho Penal (Acerca del artículo 11 del Código penal español)», *Revista Penal*, núm. 20, 2007, pp. 141-154.

NÚÑEZ PAZ, M.A., *Los delitos de omisión: discusión histórica vigente en torno al "no hacer" desvalorado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D., «Subvenciones, administraciones y jueces en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 7, 2005, pp. 115-141.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Análisis económico del derecho y política criminal», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 2 extraordinario, 2004, pp. 31-74.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «El derecho penal económico desde el análisis económico del derecho penal: ¿es posible la disuasión?», en DEMETRIO CRESPO E. (Dir.) y MAROTO CALATAYUD M. (Coord.) *Crisis financiera y Derecho Penal Económico*, Edisofer, Madrid, 2014, pp. 113-148.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales», en AYALA GÓMEZ, I. y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Coords.), *Penal Económico y de la empresa 2016-2017*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016, pp. 165-200.

ORTS BERENGUER, E./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Compendio de derecho penal parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

PAREDES CASTAÑÓN, J.M., «Responsabilidad penal por productos defectuosos», en CAMACHO VIZCAÍNO, A. (Dir.), *Tratado de Derecho Penal Económico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 601-633.

PEDREIRA GONZÁLEZ, F., «Extinción de la responsabilidad penal», en ROCA AGAPITO, L., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 205-218.

PÉREZ MACHÍO, A. I., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español*, Comares, Granada, 2017.

PONSER, R., *El análisis económico del derecho*, traducido por Suárez L., Fondo de Cultura, México, 2ªed en español, 2007.

POSNER, R., «Optimal Sentences for White-Collar Criminal», *American Criminal Law Review*, Vol.17, 1980, pp. 409-418.

QUINTERO OLIVARES, G., «Art. 31 bis; art. 31 ter; art. 31 quáter; y, art. 31 quinquies», en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.) y MORALES PRATS, F., (Coord.) *Comentarios al CP español. Tomo I*, 7ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 345–411.

QUINTERO OLIVARES, G., «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en QUINTERO OLIVARES, G., (Dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 77–91.

RAGUÉS I VALLÉS, R., «La inaplazable reforma de la prescripción de la pena: razones y propuestas», en TERUELO, J.G. (Dir.), *Estudios Penales en Homenaje al Profesor Fabio Suárez Montes*, FERNÁNDEZ *Constitutio Criminalis Carolina*, Oviedo, 2013, pp. 547-569.

RAGUÉS I VALLÉS, R., «Prescripción y responsabilidad penal de las personas jurídicas», en SUÁREZ LÓPEZ, J.M.; BARQUÍN SANZ, J.; BENÍTEZ ORTÚZAR, I.F.; JIMÉNEZ DÍAZ, M.J.; SÁINZ CANTERO CAPARRÓS, J.E., (Dir.), *Estudios jurídico penales y criminológicos en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 553-573.

RAGUÉS I VALLÈS, R., *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

RAGUÉS I VALLÉS, R., *La prescripción penal: fundamento y aplicación. Texto adaptado a la LO 15/2003 de reforma del Código Penal*, Atelier, Barcelona, 2004.

REBOLLO PUIG, M., «Responsabilidad Sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», *IUS ET VERITAS*, núm. 53, 2016, pp. 220-245.

RECODER VALLINA, T., «Principio de personalidad de las sanciones administrativas: responsabilidad solidaria y subsidiaria. Responsabilidad de las personas jurídicas y de

los menores de edad», *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 19, 2008, pp. 133-164.

ROBLES PLANAS, R., «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, núm. 7705, 2011, pp.1-21

ROCA AGAPITO, L., «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en ONTIVEROS ALONSO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara a futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 371-411.

ROCA AGAPITO, L., *El sistema de sanciones en el derecho penal español*, Bosch, Madrid, 2007.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «La reserva de ley para la regulación de los delitos y las penas desde la perspectiva constitucional», en SILVA SÁNCHEZ, J.M.; QUERALT JIMÉNEZ, J.J.; CORCOY BIDASOLO M.; CASTIÑEIRA PALOU M.T., (Coords.), *Estudios de Derecho Penal Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, BdeF, Montevideo, 2017, pp. 381-387.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)» *Diario La Ley*, núm. 7561, 2011, pp.1 -15.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, núm. 8766, 2016.

ROIG TORRES, M., «La reforma del Código Penal en materia de reiteración delictiva» en *Derecho Penal de la peligrosidad y prevención de la reincidencia* ORTS BERENGUER (Dir.), ALONSO RIMO A. (Coord.), ROIG TORRES (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 333-408.

ROIG TORRES, M., «Sobre la imposibilidad de crear delitos y establecer penas mediante Decretos-Leyes», en CARBONELL MATEU, J.C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.; ORTS BERENGUER, E., (Dir.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal (semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Valencia, 2009, pp. 1673-1700.

ROLDAN BARBERO, H., *El dinero, objeto fundamental de la sanción penal*, Akal, Madrid, 1983.

SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo Parte General*, 9ª ed. Madrid, Tecnos, 2013.

SANTANA VEGA, D.M., «Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 108, 2016.

SANZ MORÁN, A. J., «Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena», *Revista de Derecho Penal*, núm. 8, 2003, pp. 13-29.

SANZ MORÁN, A. J., «El concepto material de culpabilidad: un balance», en DE VICENTE REMESAL, J.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M.; PAREDES CASTAÑÓN, J.M.; OLAIZOLA NOGALES, I.; TRAPERO BARREALES, M.A.; ROSO CAÑADILLAS, R.; LOMBANA VILLALBA, J.A. (Dir.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Vol. 2, Reus, Madrid, 2020, pp. 1087-1102.

SANZ MORÁN, A. J., «La reincidencia y la habitualidad», en ÁLVAREZ GARCÍA, F.J.; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; VENTURA PUSCHEL, A. (Coords.), *La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 61-78.

SANZ MORÁN, A. J., «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (Coord.), *Persuadir y razonar. Estudios jurídicos en homenajes a José Manuel Maza Martín*, Tomo II, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2018, pp. 601-623.

SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de la dogmática jurídico-penal y de política-criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1998, pp. 529-558.

SCHÜNEMANN, B., «La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal», en ONTIVEROS ALONSO (Coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara a futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 479-522.

SERRANO ZARAGOZA, O., «Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores sociales tras la introducción del régimen de responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho español», en RUIZ DE LARA, M., (Coord.), *Compliance penal y responsabilidad civil y societaria de los administradores*, Wolters Kluwer, Las Rozas, 2018, pp. 17-119.

SESMA SÁNCHEZ, B., «El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción», en GARCÉS SANAGUSTÍN, M., y PALOMAR OLMEDA, A. (Coords.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2011, pp. 323-344.

SICIGNANO, G.J., «Gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese sulla responsabilità “da reato” dell’ente», *Diritto Penale Contemporáneo*, núm. 2, 2014, pp. 153-166.

SILVA SÁNCHEZ, J. M. Y ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., «El artículo 31.2 CP ¿Responsabilidad penal de la persona jurídica o mero aseguramiento del pago de la multa?», *InDret*, núm. 2, 2006, pp.1-46.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas», *InDret*, núm. 2, 2006, pp. 1-15.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., «La evolución ideológica de la discusión sobre “la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, núm.86-87, 2008, pp. 129-148.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, Madrid, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho penal: aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid 2001.

TIEDEMANN, K., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en GÓMEZ COLOMER, J.L. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coords.), *La reforma de la justicia penal: (estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Castellón, Publicaciones de la Universidad Jaume I, 1997, pp. 23-48.

TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho Penal económico. Parte general y especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

URRUELA MORA, A., «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010. Perspectiva de lege lata», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 413-468.

VALEIJE ÁLVAREZ, I., «La prohibición de contratar con el sector público y otras consideraciones accesorias», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVIII extra, 2018, pp. 479-545.

VELASCO NÚÑEZ, E., «Medidas cautelares sobre la persona jurídica delinciente», *Diario La Ley*, núm. 8169, 2013, pp. 1-12.

VILLAMIL FERREIRA, V., «La cesión global de activo y pasivo: problemas en la tutela de socios minoritarios y acreedores», *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 17-18, 2012-2013, pp. 121-151.

VILLEGAS GARCÍA, M. A. Y ENCINAR DEL POZO, M. A., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, núm. 9106, 2017.

VILLEGAS GARCÍA, M. Á., «Hacia un modelo de autorresponsabilidad de las personas jurídicas. La STS (Pleno de la Sala de lo Penal)154/2016, de 29 de febrero», *Diario La Ley*, núm. 8721, 2016, pp. 1-14.

VILLEGAS GARCÍA, M.Á., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor 2016.

WEEZEL, A., «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas» en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ONTIVEROS ALONSO, M. (Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 599-644.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (Requisitos sustantivos y procesales para la imposición de las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal)» en QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. (Coords.), *El Nuevo Derecho Penal Español. Estudios penales en*

Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, pp. 885-908.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)», *La Ley Penal*, núm. 119, 2016, pp. 1-13.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 121, 2017, pp. 9-34.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 3 bis y 129 del Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones presuuestos sustantivos y procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2003.