

LAS PENAS PREVISTAS PARA LA PERSONA JURÍDICA EN LA REFORMA PENAL DE 2010. UN ANÁLISIS CRÍTICO¹

Joan Baucells Lladós

Profesor titular de Derecho Penal
Universitat Autònoma de Barcelona

Resumen: El sistema de penas propuesto por el legislador penal español a las personas jurídicas ofrece un gran número de incoherencias y contradicciones, en buena parte resultado de haber procedido a su diseño sin haber definido la finalidad que se perseguía con él. El presente artículo defiende su finalidad preventiva especial y, en coherencia, expone, en primer lugar, algunas reformas legislativas necesarias y, en segundo lugar, una interpretación del texto legal vigente que permita una aplicación efectiva de esta nueva institución para la prevención de la delincuencia económica.

Palabras clave: Penas; Multa; Determinación de la pena; Persona jurídica.

Recibido: julio 2013. Aceptado: octubre 2013

- 1 El presente trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto de investigación “*Prevención y sanción de la delincuencia económica*”, dirigido por la Dra. Mercedes García Arán y subvencionado por el Ministerio de Ciencia e Innovación [DER2010-18688].

Abstract: The system of penalties for legal entities proposed by the Spanish penal legislator offers a larger number of inconsistencies and contradictions, the result of having carried out the design without having defined a purpose to be chasing him. This article defends his special preventive purpose and expose, first, some necessary legislative reforms and, second, an interpretation of the existing statute that allows for the effective implementation of economic crime prevention.

Keywords: Penalties; Fine; Determining the sentence; Legal entity.

1. El debate sobre la finalidad de la pena a la persona jurídica

Con carácter previo al análisis de los tipos de sanción im-
ponibles a las personas jurídicas es imprescindible establecer cuál
es la finalidad pretendida por ella. Este punto de partida es neces-
ario porque de esta cuestión se derivan aspectos tan importantes
como la legitimidad de la pena; la elección del mejor catálogo de
penas orientado a ella; el establecimiento del criterio de elección
entre penas alternativas y, en buena parte, los criterios para la
determinación de la pena. En otras palabras, sin este elemento
de referencia es imposible construir un modelo político-criminal
coherente y eficaz. Pero, además, la cuestión de los fines de la pena
se insinúa en este caso como inexcusable puesto que el debate
histórico se ha construido entorno a la pena imponible a la perso-
na física y todo lo dicho respecto a ella debe ser, como mínimo,
cuestionado respecto a la persona jurídica. Pese a la importancia
de esta cuestión, parece que el legislador penal español la hubiera
eludido lo que explica, en buena medida, las incoherencias del
sistema de penas propuesto en la reforma de 2010.

El debate arranca al pretender sancionar a un ente que no
dispone ni de capacidad de sentir dolor, ni de capacidad de razo-
nar, ni de capacidad de culpabilidad. Solamente por esta razón,
algunos han llegado incluso a negar la posibilidad teórica de
una responsabilidad penal de las personas jurídicas [desde ahora
RPPJ]². Otros han afirmado simplemente que debe avanzarse en

2 Negando la posibilidad teórica de una responsabilidad penal de la persona
jurídica por estas razones de la finalidad de la pena ver BACIGALUPO, E.:

una discusión independiente de la relativa a los fines de la pena en el derecho individual, concluyéndose que términos como *prevención general negativa o resocialización*, si se emplean con propiedad, no deben aparecer en el debate relativo a los fines de las sanciones a entes colectivos³.

1.1. La prevención general positiva

Fundamentalmente por esta razón, algunos autores, partiendo del modelo constructivista, consideran que la pena en las personas jurídicas persigue la *prevención general positiva* —en concreto, la retribución comunicativa—. Así, de acuerdo con la teoría de la pena basada en la retribución comunicativa, la pena cumpliría la función de contribuir —en el sentido de aumentar la probabilidad de éxito de la comunicación— al restablecimiento comunicativo de la norma, derivándose como prestación el reforzar la fidelidad al Derecho⁴. En lo que a la prestación concierne, lo que más interesa aquí es cómo se muestra el reforzamiento de la fidelidad al Derecho en el ámbito empresarial. Según estos autores, al igual que ocurrió con el individuo, el simbolismo jurídico-penal asociado a la pena impuesta, estimula la idea de la autorresponsabilidad de la persona que, en el caso de las personas jurídicas, se plasma en la estimulación de la autorresponsabilidad empresarial como refuerzo de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Aunque se haya advertido que la máxima en la que se basa esta propuesta de que la pena estimula la idea de la autorresponsabilidad no está demostrada y que tampoco lo está la idea de que existen sistemas con una autorreferencialidad que se aproximen siquiera a la complejidad

“La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BACIGALUPO, E. (Dir.) *Curso de derecho penal económico*, Madrid, 2005, p. 5 y ss.

3 NIETO, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 266.

4 En España se ha mostrado partidario de esta opción GÓMEZ-JARA, C.: “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial” en GÓMEZ-JARA, C. (ed.) *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas*, Cizur menor, 2006, p. 93 y ss.

de la psique humana⁵, probablemente deberá reconocerse que en un ámbito nuevo como el de la responsabilidad penal de las empresas el efecto preventivo integrador es importante. Ahora bien, la principal objeción que lleva implícito este modelo es que si se presenta como la única finalidad a perseguir por el sistema, es tributario de todas las críticas vertidas contra los modelos funcionalistas.

1.2. La prevención especial negativa

La segunda perspectiva entre los que consideran que la prevención general negativa y la resocialización no son posibles de ser perseguidas respecto a las personas jurídicas es la de la **prevención especial negativa** o innocuización. Coherente con su presupuesto de que los entes colectivos no pueden motivarse respecto a las normas, los llamados “*modelos estructurales*” consideran que las penas —o medidas de seguridad— servirían para asegurar que la empresa no vuelva a cometer delitos. Los partidarios de este modelo no confían en que la empresa con sólo el estímulo de una multa sea capaz de autoorganizarse eficazmente y por ello proponen sanciones mucho más intervencionistas como la suspensión de la actividad económica, la intervención o hasta la disolución⁶.

Pese a todo, otro grupo de autores considera que, con los matices necesarios, es posible trasladar las modernas teorías de los fines de las penas respecto a personas físicas a los entes

5 Ver FEIJÓO, B.: “Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?” en ARROYO, L.-NIETO, A. (dir.) *Autorregulación y sanciones*, Valladolid, 2008, p. 219.

6 Entre los autores a favor de este modelo destaca SCHÜNEMANN, B.: “Playoder zur Einführung einer Unternehmenskuratel” en SCHÜNEMANN, B. (ed.) *Deutscher Wiedervereinbarung: Die Rechtseinheit / Arbeitskreis Strafrecht, III. Unternehmenskriminalität*, Heymanns, 1996. En España, se ha pronunciado cercano al modelo estructural —aunque en relación a las consecuencias accesorias del anterior código penal—, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias” en AA.VV. *Derecho penal económico*. Manuales de formación continuada. CGPJ. Madrid. 2001.

colectivos. El argumento principal consiste en que si los entes colectivos tienen voluntad corporativa y ésta se construye por parte de sus miembros, que son los que actúan en su interés o representación (directivos, trabajadores, socios, etc.) —y este es, precisamente, el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas—, nada impide considerar que las penas pueden desarrollar efectos preventivos sobre los entes colectivos.

1.3. La prevención general negativa.

Así, para los partidarios del llamado “*modelo económico*”, la finalidad de la pena consistente en la **prevención general negativa**, es decir, en la disuasión del posible delincuente mediante el cálculo de consecuencias positivas y negativas que reportará su acción, es trasladable a las penas imponibles a los entes colectivos. Así, en términos disuasorios, las corporaciones son vistas como entes que actúan fundamentalmente por ánimo de lucro, persiguiendo en todas sus acciones la maximización de beneficios. Eso las diferencia precisamente de las personas físicas y hace, probablemente, que para ellas tenga mayor fundamentación el fin de prevención general negativa. Como ha señalado la doctrina, en las motivaciones criminales de las personas jurídicas no hay pasiones, ni impulsos, sino que son el resultado de un análisis económico objetivo. Por tanto, las penas persiguen amenazar a los entes colectivos para arrojar un saldo negativo en el cálculo de costes y beneficios⁷.

Aunque atractiva, esta tesis ha sido objeto de algunas objeciones. La criminología y la sociología han puesto de manifiesto que la conducta corporativa no tiende siempre a evitar el delito. Desde ambos campos se ha destacado precisamente lo contrario, es decir, como la lógica de maximización de resultados económicos

7 En este sentido, ver MAPELLI, B.: *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cizur menor, 2011, p. 216; AGUSTINA, J.R.: *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Barcelona, 2010, p. 252.

es lo que empuja en muchos casos a las empresas a infringir la ley o que el espíritu criminal del grupo es lo que determinaría el comportamiento individual dentro de la organización⁸. Incluso desde la economía recientemente se está cuestionando que las empresas no tomen decisiones desde otros valores distintos al análisis económico⁹. Sin embargo, si se observa detenidamente esa no es una crítica sino más bien un argumento a favor de la prevención general negativa. Demuestra, precisamente, que las personas jurídicas pueden modificar su comportamiento y adaptarlo a, por ejemplo, la amenaza de un mal. Aunque se haya criticado la falta de estudios de base empírica de este efecto intimidante¹⁰, y aunque se haya incluso cuestionado esta finalidad argumentando que los grandes escándalos financieros que se encuentran en el origen de la actual crisis provienen de países con una muy asentada cultura de RPPJ¹¹, en países como EE.UU. donde la RPPJ se aplica con mayor frecuencia y con consecuencias más severas, la mera amenaza de procesamiento de una empresa tiene consecuencias importantísimas para la misma, hasta el punto que esa amenaza es suficiente para que la empresa acepte llegar a un acuerdo de no procesamiento¹².

- 8 Una referencia a estas explicaciones criminológicas de la delincuencia económica en BAUCCELLS, J.: “Sistema de penas para el delincuente económico” en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 107, II, época II, octubre de 2012, p. 146 y ss.
- 9 Nos referimos a las propuestas de FEBER, C.: *La economía del bien común*, Barcelona, 2012; el mismo, *Neue Werte für die Wirtschaft. Eine Alternative zu Kommunismus und Kapitalismus*. Deuticke. Viena. 2008 que están sirviendo de base para que centenares de empresas se impliquen en un nuevo modelo basado en valores como bien común vs. beneficio; confianza vs. codicia; cooperación vs. competencia; o solidaridad vs. egoísmo.
- 10 En este sentido, SIMPSON, S.: *Corporate crime, law and social control*, Cambridge, 2002, p. 4. De todos modos, la falta de datos empíricos es también atribuible, como hemos visto, a cualquier otra teoría.
- 11 FEIJÓO, B.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en DÍAZ-MAROTO, J. (Dir.): *Estudios sobre las reformas del código penal*, Cizur menor, 2011, p. 70.
- 12 Ampliamente sobre estas cuestiones ALONSO GALLO, J.: “Los programas de cumplimiento” en DÍAZ-MAROTO, J. (Dir.): *Estudios sobre las reformas del código penal*, Cizur menor, 2011.

En mi opinión, la principal objeción a esta tesis es la fuerte dependencia del efecto intimidante de la aplicación efectiva de la pena a las personas jurídicas. Y ya se ha demostrado suficientemente como en la delincuencia económica la ineficacia del derecho penal se debe a un complejo número de factores entre los que debe destacarse las bajas posibilidades de ser descubierto, las dificultades procesales y de investigación, que el riesgo de condena es muy bajo¹³ o que los mecanismos de control informal y formal previos al derecho penal funcionen de forma óptima. Sin embargo, esta crítica sólo supone una llamada de atención para la necesaria mejora de estos aspectos. Como ya se ha advertido, si las sanciones penales se hubieran aplicado de forma regular, si las empresas supieran que las posibilidades de escapar de una condena son escasas, si se impusieran sanciones económicas en proporción al tamaño de la empresa y al beneficio obtenido con el delito, si los procedimientos penales estuvieran dotados de más recursos personales que velaran por su cumplimiento, si el derecho penal funcionara como instrumento de *ultima ratio* de todo un arsenal de mecanismos de control previos, “en tal caso la criminalización y la disuasión serían efectivas”¹⁴. En este punto creo poder señalar la primera conclusión importante. Si realmente se pretende generar cualquier efecto preventivo general, deben diseñarse mecanismos de control extrapenal más eficaces y modelos tanto sustantivos como procesales de responsabilidad penal de las personas jurídicas que aseguren la imposición de penas. Ello compromete también al aplicador del derecho que, entre las distintas formas de interpretación y aplicación del modelo vigente, debería considerar aquellos que, superando funciones exclusivamente simbólicas de la RPPJ, permita generar efectos eminentemente instrumentales.

13 Ampliamente sobre estas cuestiones, REBOLLO,R.-CASAS,J: “Reflexiones, problemas y propuestas para la investigación de la delincuencia económica” en *Revista General de Derecho penal*, nº 19, mayo de 2013.

14 Así se ha pronunciado SNIDER, L.: “Cooperative models and corporate crime: panacea or cop-out?” en *Crime and Delinquency*, 36, 1990, p. 375-376 citado por AGUSTINA, J.R.: *Ob.cit.* p. 253.

2. La resocialización entendida como capacidad de desarrollar la actividad corporativa sin cometer hechos delictivos.

Por todas estas razones y con los matices que haga falta, entiendo que, al margen de reconocer que la pena pueda desarrollar funciones de prevención general negativa, la mejor finalidad en la que fundamentar la pena a las personas jurídicas es la *prevención especial positiva* o resocialización. En realidad, va ganando cada vez más consenso entre la doctrina nacional e internacional y se va plasmando tanto en el derecho comparado¹⁵ como en la normativa europea la tendencia a considerar que el derecho penal de las personas jurídicas debe conseguir lo mismo que respecto a las personas físicas: *desarrollar su actividad sin cometer hechos delictivos que es algo distinto y menos controvertido que el pretender* —como hace un importante sector doctrinal¹⁶— *que las personas jurídicas alcancen una cultura empresarial basada en valores de cumplimiento del derecho*. Esta tendencia se ha visto reforzada por el desarrollo de importantes mecanismos de *compliance management* en el derecho empresarial dirigidos a diseñar mecanismos de prevención de comportamientos delictivos en las empresas. Sin ánimo exhaustivo se ha venido manifestando en diversas instituciones. Más allá de los supuestos de *enforced self regulation* o autorregulación regulada¹⁷; forman

15 En esta línea las mismas *Guidelines* norteamericanas indican en su exposición de motivos cómo, aparte de la retribución, también puede considerarse un fin válido “*incentivar a las organizaciones a mantener mecanismos internos para prevenir, detectar y denunciar conductas criminales*”.

16 Esta es la opción de algunos autores que fundamentan la responsabilidad de las personas jurídicas en una culpabilidad entendida como « *cultura o dinámica de incumplimiento de la legalidad* ». Ver, por todos, FEIJÓO, B.: « La responsabilidad... » en *Ob.cit.* p. 106 y ss.

17 Nos referimos a supuestos de autorregulación exigencia del legislador y que tienen importantes manifestaciones en el derecho español como, por ejemplo, los programas de prevención de riesgos laborales previstos en la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de seguridad e higiene en el trabajo*; las medidas que deben adoptar los sujetos obligados por la *Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales*; las normas de comportamiento que deben elaborar las entidades que se dedican a la intermediación financiera para evitar conflictos de intereses con los inversores previstos en

también parte de estos mecanismos los *compliance programs* o programas de cumplimiento que adaptan voluntariamente las empresas¹⁸; la responsabilidad social corporativa; las auditorías internas o los ISOS y estándares de calidad; así como muchos otros que tanto pueden formar parte de los programas de cumplimiento como presentarse aisladamente, tales como los *ethic programs* o códigos éticos, los sistemas de control y denuncia internos, etc¹⁹. Se trataría de que el Derecho penal desarrollara una función armónica de apoyo y refuerzo de estos mecanismos de control social formal ya existentes, es decir, que desarrolle su tradicional función de *ultima ratio*. En definitiva, se trata que el derecho penal persiga como finalidad conseguir que las empresas acepten que cumplir con la legalidad y no cometer delitos está en su propio interés tendiendo a favorecer una autorregulación empresarial conforme a Derecho²⁰. Como veremos más adelante, el mismo texto del código penal incluye referencias que permiten identificar esta finalidad y fundamentación. De todas formas no

el RD 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios; las conocidas “murallas chinas” a las que obliga la Ley de Mercados de Valores a las empresas que invierten y que prestan servicios de inversión, etc... Ver NIETO, A.: *La responsabilidad... Ob.cit.* p. 215 y ss.

- 18 La totalidad de las empresas del IBEX y el 70% de las cotizadas afirman poseer códigos de conducta que con mayores o menores dosis de marketing intentan evitar conductas como la corrupción, la explotación laboral, el respeto a los derechos laborales. Aunque de origen en los famosos “siete pasos” propuestos por las *Guidelines* norteamericanas (sobre ellas ver GÓMEZ-JARA, C. *La responsabilidad penal de las empresas en EE. UU.*, p. 124 y ss.) existe también en Europa una Comunicación de la Comisión europea sobre responsabilidad social COM (2002) 347, donde se ofrecen los contenidos mínimos que han de poseer los códigos de conducta.
- 19 Ver, con detalle, SIEBER, U.: “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AA.VV. *Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal*. Vol. I, Lima, 2011, p. 205 o ALONSO, J.: “Los programas de cumplimiento” en *Ob.cit.* p. 152 y ss.
- 20 Una propuesta en esta línea ha sido construida por NIETO, A.: “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa” en ARROYO, L.-NIETO, A. (Dir.): *Autorregulación y sanciones... Ob.cit.* p. 81 y ss.

hubiera estado de más que el artículo 31 bis hubiera introducido una referencia expresa, igual que lo hacía el anterior artículo 129 a que las penas se impusieran “para prevenir la continuidad en la actividad delictiva”²¹.

La propuesta merece ser puntualizada puesto que tal planteamiento podría ser objeto de dos importantes críticas. En primer lugar, esta opción puede llegar a otorgar al derecho penal una función exclusivamente de refuerzo de los mecanismos de autorregulación administrativa. Piénsese que la autorregulación tiene su origen precisamente en la incapacidad del Estado de controlar la gestión de la “sociedad del riesgo” mediante las estrategias tradicionales dejando en manos de las empresas la gestión primaria y pasando a controlar en un segundo plano dicha gestión²². Este modelo refleja el paso de un “Estado intervencionista” a un “Estado garante” que delega la gestión de los riesgos sociales que, por diversas razones, ya no puede controlar en manos de las grandes empresas a quienes se les concedería una mayor capacidad para controlar sus riesgos²³. Con ello, está servida la crítica hacia un modelo neoliberal de derecho penal y la vulneración del principio de ofensividad.

Ello nos conduce a la segunda de las críticas. Estos modelos acaban proponiendo una tal identificación entre cumplimiento de la legalidad y cumplimiento del *compliance management* que se corre el riesgo de excluir de responsabilidad penal por el simple hecho de que las empresas dispongan de programas de cumplimiento. A esa conclusión llega un importante sector doctrinal para el que, literalmente, bastaría para eximir de responsabilidad penal que la implementación de programas de cumplimiento “*opera*

21 MORALES, F.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.): *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Cizur menor, 2010, p. 64.

22 DARNACULLETA, M.: *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*, Madrid, 2005, p. 87; FEIJÓO, B.: “Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿Una cuestión de responsabilidad individual?” en ARROYO, L.-NIETO, A (Dir.): *Autorregulación... Ob.cit.* p. 203.

23 En este sentido, FEIJÓO, B.: “La responsabilidad...” en *Ob.cit.* p. 68.

como indicadora de una disposición de la persona jurídica al cumplimiento de la legalidad” o que “la adopción de programas de cumplimiento [...] debieran servir para excluir totalmente la responsabilidad penal”²⁴.

En el planteamiento aquí defendido la pena persigue esencialmente que la empresa corrija aquellos defectos de organización que la han llevado a cometer delitos, es decir, la prevención especial positiva. La pena se impone como consecuencia de un defecto de organización y con la finalidad de corregirlo. Efectivamente, en el doble sistema de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas que establece el código penal español, el legislador reconoce expresamente cómo en el caso que la acción delictiva sea cometida por sujetos sometidos a la autoridad de sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho es necesario que no se haya ejercido sobre ellas “*el debido control*”. En nuestra opinión ese defecto de organización también es exigible cuando la acción delictiva es directamente realizada por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. Por tanto —y en relación con la segunda de las críticas—, el derecho penal no interviene para reforzar la eficacia de los mecanismos de autorregulación administrativa sino para responder ante el injusto de la persona jurídica: el defecto de organización o de instrumentos para asegurar el debido control y con la finalidad de corregirlo. En ese sentido nos situamos entre el sector doctrinal que admitiendo el defecto de organización como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no considera que pueda equivaler a la categoría dogmática de la culpabilidad, entendida como reproche personal diferenciado y añadido al juicio de antijuridicidad, sino más bien como el injusto de la persona jurídica²⁵.

24 Respectivamente, FEIJÓO, B.: “La responsabilidad...” en *Ob.cit.* p. 70 y DE LA MATA, N.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en JUANES, A. (Dir.): *Reforma del Código penal*, Madrid, 2010, p. 84 y 85.

25 Ver por todos, GARCÍA ARÁN, M. en AAVV. *Comentarios al código penal. Parte general*, Madrid, 2011, p. 394-395.

Por lo tanto —y en relación con la primera de las críticas—, más allá de verificar si existe un correcto *compliance management*, se trata de demostrar si en el caso concreto hubo la omisión de precauciones exigibles para asegurar la actuación correcta de la persona jurídica, en forma parecida a la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, es decir si el *compliance management* fue efectivo²⁶. Obsérvese que tal y como ha destacado este sector doctrinal tal planteamiento no permite construir un sistema de causas de exculpación puesto que la buena organización no puede operar como circunstancia que elimine la culpabilidad por el injusto cometido. Más bien al revés, constituyendo el núcleo del injusto la ausencia del debido control o defecto de organización deberá ser demostrado por la acusación²⁷. Esta es la única forma de enfrentarse a los riesgos neoliberales del modelo de autorregulación y, al mismo tiempo, conciliarlo con las garantías propias del estado de derecho como el de la presunción de inocencia²⁸.

En definitiva, consideramos que la pena se impone si —y sólo si— y, además, en la medida que sea necesaria para corregir ese déficit de organización (prevención especial positiva). Esta opción aplicada con los matices que haga falta a las personas jurídicas es capaz de superar la más dura de las críticas cuando se establece respecto a las personas físicas. Ciertamente, al no disponer las personas jurídicas de dignidad, se suprimen todos los riesgos por los que ha sido criticada la idea de resocialización. Frente a modelos de prevención general que permiten entrar en

26 De hecho el modelo de *Guidelines* norteamericano y su aplicación jurisprudencial ya ha venido estableciendo criterios más o menos válidos para valorar cuándo un *compliance management* es efectivo. Ver ampliamente sobre estas cuestiones, ALONSO, J.: “Los programas de cumplimiento” en *Ob.cit.* p. 160 y ss.

27 En esta línea, al margen de los autores citados en la nota anterior, también se ha pronunciado LASCURAÍN, J.A.: “Compliance, debido control y unos refrescos” en ARROYO, L.-NIETO, A. *El derecho penal económico en la era compliance*, València, 2013, p. 122.

28 En ese sentido no nos parece constitucional la propuesta de la Fiscalía en la circular 1/2011 de que, una vez demostrado el delito de la persona física, se las apane la persona jurídica para demostrar que fue cuidadosa.

la economía como un elefante en una cacharrería (prevención general negativa), u otorgarle una función eminentemente simbólica (prevención general positiva), esta propuesta permite una aplicación de las penas a las personas jurídicas más racional, más ponderada, más demostrable empíricamente y más efectiva y realista.

Profundizar en todas las cuestiones que abre el modelo propuesto trascendería el objeto de este trabajo. Lo único que me propongo en este momento es reflexionar sobre cómo debe afectar esta perspectiva al sistema de penas para los entes colectivos y a su determinación. Este será el objeto al que se dedicará la segunda parte de este artículo. Pero no quisiera concluir este epígrafe introductorio sin señalar que la propuesta tiene importantes consecuencias que trascienden el concreto sistema de penas y que afectan a la fundamentación y atenuación de la misma.

En primer lugar —y en lo que respecta a la fundamentación de la pena— ya he avanzado que no considero dogmáticamente aceptable que frente a un injusto basado en el defecto de organización quepa oponer la buena organización como exculpante, porque falta la organización exigible, como concepto objetivo que permite imputar los hechos. Más bien, la existencia de una buena organización excluye el núcleo del injusto. Ahora bien, ese juicio debe fundamentarse en algo más que la existencia de un programa de cumplimiento y ni tan sólo de un programa de cumplimiento efectivo, sino que deberá demostrarse que en el caso concreto hubo un debido control. Creo que en la versión del anteproyecto de reforma penal de abril de 2013 el legislador se sitúa claramente en esta dirección al reconocer efecto eximente a la disposición de programas de cumplimiento realmente efectivos puesto que reconoce que sólo tendrá este efecto si “a) el órgano de administración ha adoptado y *ejecutado con eficacia*, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza; b) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del *modelo de prevención implantado*

ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control; c) los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención” (el subrayado es mío).

En segundo lugar —y en relación a la atenuación de la pena—, si esta se justifica si —y sólo si— y, además, en la medida que sea necesaria para corregir ese déficit de organización, parece razonable que, tal y como prevé el artículo 31 bis del vigente código penal se pueda considerar como atenuante el “*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*”. Obsérvese que al tener lugar una vez consumado el delito, la atenuante no se fundamenta en el menor injusto, ni la menor culpabilidad por el hecho, sino precisamente en la menor punibilidad o necesidad de pena desde la finalidad perseguida. Pero incluso se podría ir más allá —tal y como propone el anteproyecto de reforma del código penal de abril de 2013— y llegar a dotar de efectos eximentes al hecho de haber dispuesto de un programa de cumplimiento efectivo que hubiera asegurado una perfecta organización para la no comisión de delitos en el caso concreto²⁹.

3. Análisis crítico del sistema de penas previsto en el código penal español

En los epígrafes anteriores he reconocido que la pena a la persona jurídica puede desarrollar funciones preventivo-generales. La criminología, la sociología y hasta la economía

29 Puede considerarse mayoritaria la posición doctrinal a favor de este efecto eximente al margen de su reconocimiento por parte del legislador. Sólo quiero aclarar que en el planteamiento aquí defendido no basta con disponer de un programa de cumplimiento efectivo *en abstracto* que represente una « cultura de cumplimiento de la legalidad », eximente de la culpabilidad de la empresa, sino de disponer de un programa de cumplimiento efectivo *en el caso concreto* que elimine « el defecto de organización » como injusto de la actividad delictiva empresarial.

han demostrado que los entes colectivos pueden reaccionar a estímulos externos y, en ese sentido, la amenaza o la imposición de la pena les motivarían a favor del derecho. Ahora bien, también he apuntado que para desarrollar esas funciones más allá de lo estrictamente simbólico, deben mejorar los mecanismos para asegurar su efectiva aplicación. En ese sentido urge introducir mejoras procesales, mejoras de recursos personales así como mejoras de los controles y mecanismos legales previos al derecho penal. De todos modos, en el momento de decidir si cabe imponer una pena, de elegir entre ellas y determinar su duración el criterio determinante debe ser el de la prevención especial tal y como se ha definido en el apartado anterior. Ello implica, como veremos a continuación, que el sistema de penas deberá ser coherente con este propósito —para lo que será imprescindible alguna reforma legal— pero, sobre todo, ya avanzamos deberá poner a disposición de los jueces un amplio abanico de penas y un amplio poder de discrecionalidad para imponerlas atendiendo a la finalidad última de la resocialización. Obsérvese, además, que el modelo no da lugar a ningún tipo de antinomia entre los fines de la pena puesto que la prevención general se mueve en una primera fase, la de conminación legal, mientras que la prevención especial debe ser el único criterio que oriente la decisión judicial en la fase de aplicación del derecho penal.

3.1. La pena de multa

3.1.1. Necesidad de avanzar hacia un modelo de multa capaz de desarrollar las finalidades preventivas apuntadas

La pena de multa es la principal y la más importante de las penas previstas en el código penal español para las personas jurídicas hasta el punto de que —como reconoce la Exposición de motivos de la reforma penal de 2010— “*es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas para supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis*”. En este sentido el legislador español

se adapta a la tendencia del derecho comparado donde la multa aparece contemplada como la pena por excelencia en la absoluta totalidad de los ordenamientos jurídicos³⁰. Si ello ha sido así es precisamente, en primer lugar, porque se trata de una pena de fácil aplicación, de fácil cumplimiento, de gran flexibilidad y que no sólo implica costes estatales asociados a su ejecución muy bajos, sino que pueden llegar a suponer unos importantes ingresos para el Estado. Pero, en segundo lugar, el protagonismo de la pena de multa se atribuye, sobre todo, a su idoneidad para alcanzar, precisamente, los fines preventivos apuntados en el epígrafe anterior. Como vimos —y en relación a la **prevención general negativa**— desde el análisis económico del derecho³¹ y de la teoría de las sanciones óptimas³² se considera que las empresas calculan escrupulosamente los costes y beneficios derivados de su actuación y a diferencia de los individuos, cuyas infracciones pueden estar motivadas por fines irracionales, las empresas en el sistema capitalista global obedecen generalmente a un único fin: maximizar el beneficio. En consecuencia, las empresas pueden ser disuadidas de manera sumamente eficaz —mucho más que las personas físicas— mediante la imposición de multas. Además, en la medida en que muchos de los delitos cometidos por las empresas son de carácter económico, en función del volumen que pueda alcanzar la pena de multa, puede contribuir a lograr una eficaz prevención frente a este tipo de delincuencia³³. Pero, sobre todo, desde la perspectiva de la **prevención especial positiva** la

30 Finalmente se modificó el texto del proyecto en el que las penas interdictivas y la disolución aparecían como de aplicación obligatoria. Ver DOPICO, J.-LASCURAÍN, J.A.: “Una iniciativa fructífera” en DOPICO, J. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009*, València, 2012, p. 27.

31 Ver por todos, BECKER, G.: “Crime and Punishment: an economic approach” en *Journal of Political Economy*, núm. 76, p. 169 y ss.

32 POSNER, R.: “Optimal Sentences for white collar crime” en *American Criminal Law Review*, núm. 17. 1980, p. 409 y ss.

33 En este sentido se ha pronunciado en España, MAPELLI, B.: *Ob.cit.* P. 216; GALLEGO DÍAZ, M.: “Las penas aplicables a las personas jurídicas en el código penal español” en *Revista penal*, núm. 31 de enero de 2013, p. 87.

pena de multa también aparece como idónea puesto que puede motivar a los directivos de las empresas, a sus trabajadores y a sus accionistas a tomar decisiones para que la empresa se reoriente hacia el respeto a la legalidad.

Ahora bien, para que la pena de multa pueda desarrollar ambos efectos, no sólo son necesarias las reformas estructurales y procesales del sistema de justicia penal apuntadas anteriormente tendentes a asegurar su aplicación³⁴, sino que es preciso que se den unas variables que tampoco concurren en la regulación propuesta por el vigente código penal español.

En primer lugar, y desde la perspectiva de **prevención especial positiva** que hemos definido, tampoco el sistema legal español de la pena de multa es el más óptimo. Precisamente, una de las principales críticas a la forma cómo se ha venido configurando la multa en los sistemas legales ha sido la de que la cadena en la que los socios presionan a los administradores cuando se ha impuesto una multa y éstos se encargan de mejorar la organización, no siempre existe. Algunas propuestas teóricas han ideado modelos de multa dirigidos a sancionar directamente a los accionistas que el legislador español ha desechado. Nos referimos a las propuestas de *Equity fine* realizadas por J. COFFEE en la que la multa dejaría de pagarse en dinero y se concretaría en la reducción del valor nominativo de cada acción, paralelamente por este montante la sociedad habría de emitir nuevas acciones que pasarían a ser propiedad de un fondo estatal cuyo objetivo principal sería resarcir a las víctimas del delito; o del *Pass Through fine* de KENNEDY donde cada accionista es responsable civil de una parte alícuota de la multa impuesta a la empresa, que se prorratea entre todos de acuerdo con sus acciones³⁵.

En segundo lugar, ya se ha demostrado que para que pueda desarrollar el efecto de **prevención general negativa** pero también el de **prevención especial positiva**, el importe de la multa debe

34 Ver *supra* epígrafe 1.

35 Ver NIETO, A. : *La responsabilidad...Ob.cit.* p. 282 y ss.

ser establecido de modo que sea, respectivamente, idónea para desincentivar la actividad delictiva o motivar su evitación. A ello aluden directamente las Directivas y Decisiones-Marco europeas cuando instan a prever para las personas jurídicas penas “*suficientemente disuasorias*”. Algunas propuestas teóricas han llegado a establecer que la cuantía de la multa fuera el resultante de multiplicar el daño social o las ganancias provenientes del delito por un coeficiente que expresara la posibilidad que según el autor existe de ser descubierto. Los problemas prácticos de tal propuesta³⁶ han hecho que no fuera aceptada en ningún ordenamiento jurídico. Por el contrario, en el derecho comparado existen dos grandes modelos. Por un lado, el sistema de *días-multa* —representado por Italia— donde en el cálculo de la cuota se trata de medir las condiciones económicas y patrimoniales del ente mientras que el número de cuotas se determina con la gravedad de la infracción. Por otro lado, el sistema de *multa proporcional* —representado por EE.UU.— en el que se establecen unas cantidades para cada infracción según su nivel de gravedad, pero estableciendo que si las ganancias obtenidas o el daño causado son mayores que esa cantidad se aplicará la cantidad más elevada. Dejo al margen de consideración aquellos modelos —mayoritarios, por cierto— en los que la cuantía de la pena de multa se determina a partir de la cantidad impuesta a la persona física, estableciendo la misma cuantía (Canadá, Holanda) o introduciendo un elemento multiplicador (Francia). Y los descarto precisamente porque no consideran ni el beneficio obtenido ni la capacidad económica de la empresa, ambos determinantes para generar lógicas de prevención general negativa y prevención especial positiva.

De todos modos, parecería que lo más razonable desde el punto de vista preventivo —insisto tanto general como especial—

36 Entre los problemas prácticos de esta propuesta destacan la falta de exactitud del grado de esclarecimiento del delito —sobre todo si se mide subjetivamente—; la vulneración del principio de proporcionalidad ya que infracciones no demasiado graves, pero poco visibles serían sancionadas con penas más elevadas que otras muy graves. Ver NIETO, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, p. 281-282.

sería contemplar penas de *multa por cuotas con la alternativa de una multa proporcional al beneficio obtenido para el caso que esta última fuera superior*. No puede afirmarse que la reforma penal de 2010 se mueva en esta tendencia, sino más bien en la absoluta improvisación. En muy pocos casos contempla penas de multa por cuotas —es decir, adecuada a la capacidad económica de la persona jurídica— y, alternativamente, multas que van del doble o el triple al cuádruplo o quíntuplo del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada. Así sucede sólo en siete de los treinta y ocho supuestos de la parte especial donde se contempla esta responsabilidad. Es decir, en un 18% de los casos³⁷. Además, incomprensiblemente, en alguno de estos casos la extensión de la multa se vincula también a la extensión de la pena prevista para la persona física³⁸.

En el resto de supuestos contempla a partes iguales dieciséis casos en los que se prevé exclusivamente una multa por cuotas³⁹ y otros quince una multa proporcional al beneficio obtenido⁴⁰, la cantidad defraudada⁴¹, beneficio obtenido o

37 Delitos contra los derechos de los trabajadores —art. 318 bis 4 tercer párrafo—; delitos contra la ordenación del territorio —art. 319.4—; delitos contra el medio ambiente —art. 328.6—; fabricación, tenencia, manipulación, transporte o comercialización de explosivos —art. 348.3 primer párrafo—; tráfico de drogas —art. 369 bis tercer párrafo—; cohecho —art. 427.2—; y corrupción de funcionario extranjero —art. 445.2—.

38 Es el caso del artículo 328.6, 369 bis y 427.2 en los que se establece que se impondrá una pena de días-multa o una multa proporcional al beneficio o perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuera más elevada en función de la duración de la pena de privación de libertad impuesta a la persona física.

39 Acceso ilícito a datos y programas informáticos —art. 197.3 segundo párrafo—; insolvencias —art. 261 bis—; delitos relativos al mercado y a los consumidores y a la corrupción de particulares —art. 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis y 286 bis en relación con el 288—; receptación y otras conductas afines —art. 302.2—; delito ecológico —art. 327—; vertido de radiaciones ionizantes —art. 343.3—; falsificación de tarjetas —art. 399 bis 1 segundo párrafo—; tráfico de influencias —art. 430—; y financiación del terrorismo —art. 576 bis 3—.

40 Tráfico de órganos —art. 156 bis 3—; trata de seres humanos —art. 177 bis—; prostitución —art. 189 bis—.

41 Estafa —art. 251 bis—.

favorecido⁴², al perjuicio causado⁴³ o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida⁴⁴.

Sorprende, además, que en muchos de los casos en los que se prevé *días-multa* se haga al margen de cualquier criterio de determinación específico que considere la capacidad económica de la empresa o el beneficio obtenido con el delito. La adopción en la multa por cuotas del mismo criterio establecido para las personas físicas ha sido calificada de “evidente y absolutamente inadecuada”⁴⁵. Otros modelos del derecho comparado prevén que en la determinación de la cuantía de la sanción pecuniaria se tenga en cuenta especialmente los ingresos de la persona jurídica y cualesquiera otros aspectos relacionados con su capacidad de producción económica⁴⁶.

Pero también sorprende que en doce de los treinta y siete supuestos, el 32% de los casos, las cuotas se hagan depender directamente de la pena de prisión prevista para la persona física⁴⁷. Al hacer depender la pena de multa de la persona jurídica de la señalada para la persona física, se establece una especie de régimen de accesoriedad que llama la atención cuando el legislador insiste en señalar que se trata de responsabilidades independientes⁴⁸.

42 Delitos relativos al mercado y a los consumidores —art. 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286 en relación con el 288—.

43 Daños a programas informáticos —art. 264.4—.

44 Delitos contra la Hacienda pública o la Seguridad social —art. 310 bis—.

45 FOFFANI, L. en DOPICO, L. (Dir.): *Ob.cit.* p. 87.

46 Nos referimos a la *Bundesgesetz über Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten* *Verbanverantwortlichkeitsgesetz* austriaca donde se concreta el importe del día-multa, que habrá de corresponder con la 360ª parte de los ingresos anuales o con una cantidad que no supere o no alcance esa parte en un tercio. Así lo ha destacado SANZ GAITE, M.A. en DOPICO, J. (Dir.): *Ob.cit.* p. 117.

47 Es el caso de las insolvencias punibles —art. 261 bis—; de los delitos relativos al mercado y a los consumidores y a la corrupción de particulares —art. 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis y 286 bis en relación con el 288—; de la receptación y otras conductas afines 302.2; del delito ecológico —art. 327— y la financiación del terrorismo —art. 576 bis 3—.

48 GALLEGO, M.: *Ob.cit.* P. 88.

Lo mismo sucede en la mayoría de casos en los que se prevén *multas proporcionales*, puesto que, en primer lugar, en muchos casos su cuantía se hace depender automáticamente de la duración de la pena privativa de libertad prevista para la persona física y, en segundo lugar, porque el artículo 52.4 C.P. establece que “*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 multa previstas se sustituirán por*” multas cuya cuota también se hace depender directamente de la pena de prisión prevista para la persona física. Creo que todo ello demuestra la inadecuación de la pena de multa prevista en nuestro código penal para alcanzar las necesarias finalidades preventivas apuntadas en el epígrafe anterior. La doctrina ya ha criticado cómo se trata de establecer un criterio de proporcionalidad absolutamente al margen de cualquier finalidad preventiva⁴⁹. El resultado es un sistema de pena de multa que impone cantidades “escasas”⁵⁰, “ridículas en comparación con las que ya existen en el derecho sancionador administrativo”⁵¹, “con una carga punitiva menor que la prevista para las personas físicas”⁵².

En definitiva, la configuración legal de la pena de multa en el código penal español no es la más idónea de las posibles para generar efectos preventivos. Pero además, debe añadirse otro problema. Si la determinación de la capacidad económica del delincuente económico-persona física ya plantea muchísimos problemas⁵³, adaptar la cuantía de la multa al potencial económico de una empresa es mucho más complejo que en el derecho individual

49 Ver GÓMEZ-JARA, C.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del código penal” en *La Ley*, núm. 7534, de 23 de diciembre de 2010, p. 1851.

50 SANZ GAITE, M.A. en DOPICO, J. (Dir.): *Ob.cit.* P. 116; MAPELLI, B.: *Ob.cit.* p. 237.

51 NIETO, A. en DOPICO, J. (Dir.): *Ob.cit.* p. 106.

52 ROCA, L.: “Novedades en torno a la regulación de la pena de multa” en ALVAREZ, F.-GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Dir.): *Comentarios a la reforma penal de 2010*, València, 2010, p. 113.

53 Ver BAUCELLS, J.: *Ob.cit.* pp. 160-161.

puesto que al margen del espectro de variables a considerar, no debe dejar de considerarse los *inputs* colaterales de los trabajadores y acreedores⁵⁴. Ello es lo que sin lugar a dudas explicaría que, por encima de criterios de eficacia preventiva, la regulación de la pena de multa se haya formulado alrededor de criterios prácticos que permitan superar esas dificultades. Sin lugar a dudas, parece que en toda esta cuestión hubiera prevalido la idea de que “*las elevadas cuantías que pueden llegar a determinarse aconsejaran acompañar los objetivos de represión penal con los de preservación de la actividad empresarial y los correspondientes puestos de trabajo*”⁵⁵. En otras palabras, es evidente que la incoherencia y el desorden denunciado por la doctrina responderían más bien a una estrategia deliberada de hacer prevalecer los intereses económicos por encima de los intereses preventivos⁵⁶.

Vistos los problemas de configuración legal de la pena de multa, es necesario que de *lege ferenda* el código penal español avance hacia un nuevo modelo. Frente a los autores que defienden un modelo de multa proporcional —en la línea del sistema norteamericano—⁵⁷, soy más partidario de un modelo de pena de días-multa que permita en primer lugar, imponer multas que, considerando la capacidad económica de la empresa, sean suficientemente disuasorias. Ante los argumentos de la dificultad de investigación de esa capacidad, el modelo austriaco ha demos-

54 Ver NIETO, A.: *La responsabilidad... Ob.cit.* p. 279.

55 En esos términos se expresaba la exposición de motivos del proyecto de reforma penal de 2009.

56 En efecto, la consideración de las consecuencias económicas y sobre los lugares de trabajo no sólo se manifiesta en la falta de coherencia preventiva de la pena de multa, sino que aparece como criterio determinante para imponer el resto de penas interdictivas (art. 66 bis 1º b) o para imponer la pena de intervención judicial, necesaria sólo para salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores (art.33.7 g).

57 Así parece decantarse un importante sector doctrinal español. Ver, por todos, MAPELLI, B.: *Ob.cit.* p. 237; DE LA MATA, N.-BILBAO, M.-ALGORTA, M.: “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo” en *La Ley penal*, núm. 87. Noviembre de 2011. p. 14;

trado, por ejemplo, que el criterio de considerar un porcentaje de los beneficios puede ser un buen referente. Por otro lado, no debe olvidarse que en nuestro código penal, esta pena de días-multa se impondría sobre un beneficio que ya aparecería neutralizado por el comiso, con lo que las críticas de que esa pena de días-multa no contempla el beneficio obtenido desaparecerían. En segundo lugar, las cuotas diarias deberían ser superiores. El límite máximo de 5000 euros de la cuota vigente es muy escaso para responder a la delincuencia económica y muy por debajo de los modelos de derecho comparado. En cualquier caso, el modelo debería diseñarse desvinculado completamente de la multa prevista para la persona física. Como acabamos de ver, no tiene ningún sentido hacer depender la pena a la persona jurídica de la física, cuando se basa en responsabilidades autónomas.

3.1.2. Necesidad de criterios específicos de medición de la pena de multa para las personas jurídicas.

Como acabamos de ver, una de las críticas a las que puede ser sometida la regulación española de la pena de multa para las personas jurídicas es la relativa a los criterios de su medición, ya sea proporcional como por cuotas.

Respecto a la *multa proporcional* se ha destacado⁵⁸ que mientras se fija en la parte general (art. 52.4) en función del “*beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida*”, sin embargo, en ciertos delitos donde concurren varios de estos criterios se establece que sólo debe considerarse uno de ellos⁵⁹. También se ha dicho que las mismas penas aparecen, a veces, enmarcadas en una horquilla de mínimos y máximos (p.ej. artículo 318 bis 4) y, en otras, su duración se determina en función de la

58 MAPELLI, B.: *Ob.cit.* p. 51.

59 Es el caso, p.ej., del delito de daños del artículo 264.4 en el que se considera exclusivamente “el perjuicio” cuando también puede concurrir beneficio y existe un objeto del delito valorable económicamente.

duración de la pena de prisión prevista para la persona física (p.ej. artículo 369 bis párrafo 3º), sin prever si en estos supuestos se pueden sobrepasar los límites generales previstos por el legislador para acudir en unos delitos a la multa proporcional y en otros al sistema de días-multa.

Respecto a la pena de *días-multa* el código penal español sólo establece una referencia al importe de la cuota diaria que “*tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros*” (art. 50.4). Mientras que el derecho comparado ofrece diversos criterios⁶⁰, el código penal español no hace ninguna referencia específica a parámetros de determinación de la pena de días-multa para las personas jurídicas.

En efecto, el primer párrafo del artículo 66 bis sólo alude a las reglas generales de determinación de la pena al establecer que “[E]n 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”, es decir, a la concurrencia de atenuantes o agravantes genéricas, sin hacer ninguna alusión a reglas específicas para la multa a personas jurídicas. No creemos que los criterios establecidos en el artículo 52.2 para determinar la multa proporcional para las personas físicas o los criterios establecidos en el artículo 50.5 para determinar la pena de días-multa para las personas físicas puedan servir para las personas jurídicas. Más bien parece razonable considerar que los criterios establecidos en el párrafo primero del artículo 66 bis, aunque no se diga expresamente, hacen referencia exclusivamente a la pena de multa para las personas jurídicas y que el resto de criterios establecidos en

60 Desde la necesidad de que la sentencia refleje la gravedad del delito, promueva el respeto al derecho, proporcione un castigo justo, permita una disuasión adecuada y proteja a la sociedad de futuros delitos; hasta el rol que la persona jurídica ha desarrollado en el delito; pasando por cualquier perjuicio no patrimonial causado o que amenace con causar el delito; el hecho de que en el delito se viera involucrada alguna víctima especialmente vulnerable; antecedentes penales; cumplimiento parcial pero incompleto de atenuantes, etc. Ver GÓMEZ-JARA, C.: “La responsabilidad penal...” en *Ob.cit.* P. 1851.

el artículo 66 bis están previstos para las penas interdictivas que abordaremos más adelante⁶¹. Y ello, fundamentalmente, por dos razones. 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). Pero, además, la prohibición de superar determinados límites máximos y las restricciones para poder superar otros que se imponen en el artículo 66 bis hacen imposible la aplicación de las reglas del artículo 66 a las penas interdictivas. Esta dificultad se ahonda aún más por el hecho de que estas penas interdictivas carecen de límite mínimo (salvo que se considere como tal 1 día) y no vienen impuestas en la forma de marcos penales, presupuestos ambos, imprescindibles para poder aplicar las reglas del artículo 66.⁶²

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. No hay prevista ninguna agravante para las personas jurídicas y no sirven las genéricas del artículo 22 porque, al establecer atenuantes específicas para las personas jurídicas, algunas de las cuales ya aparecen en el catálogo del artículo 21, no se puede afirmar que la opción del legislador haya sido la de conservar las agravantes genéricas. Pero, además, porque la mayoría de las circunstancias agravantes del artículo 22 y 23 es imposible que

61 Son de la misma opinión DE LA CUESTA, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español” en *Revista electrónica de la AIDP*, 2011, p. 25; GALLEGO, M.: *Ob.cit.* p. 95; FEIJÓO, B.J. en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur menor, 2012, p. 236.

62 Así lo ha destacado GALLEGO, M.: *Ob.cit.* p. 97.

ontológicamente concurren en los delitos para los que está prevista la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶³.

Por estas razones de *lege ferenda* deberían mejorarse estos aspectos técnicos y, sobre todo —en la línea del derecho comparado—, aclarar y ampliar los criterios de determinación de la pena de multa tanto proporcional como de días-multa específicamente pensados para las personas jurídicas.

3.1.3. Interpretación de los vigentes criterios de determinación de la multa orientados a los fines preventivos que la fundamentan

Hasta ese momento, creo que el texto vigente debería aplicarse con una interpretación que, respetando el principio de legalidad, permita orientar estas penas a las finalidades preventivas apuntadas. En ese sentido, tanto la multa proporcional como la pena de días-multa deberían fijarse, en primer lugar, atendiendo exclusivamente a las cuatro circunstancias atenuantes previstas en el artículo 31 bis y sin considerar circunstancia agravante alguna⁶⁴. Ello, por supuesto, se desprende del tenor literal del artículo 66 bis primer párrafo.

Ahora bien, sobre ese tenor literal creemos que el código penal vigente no excluye que se tomen en consideración otros elementos. En segundo lugar, y en la medida en que esas atenuantes se basan en hechos posteriores al delito y, en consecuencia, nada tienen que ver con la gravedad del injusto o la culpabilidad del responsable, en la determinación de la pena debe también recurrirse a aspectos relativos a la mayor o menor gravedad del injusto que, como vimos en su momento es el único fundamento de la RPPJ. En nuestra opinión, en este punto deberían conside-

63 Piénsese en la alevosía, el disfraz, el parentesco, los motivos racistas, el ensañamiento, etc.

64 Recordemos que las circunstancias atenuantes previstas en el artículo 31 bis 4 son sólo cuatro : a) la confesión de la infracción ; b) la colaboración en la investigación ; c) la reparación y d) el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos en el futuro.

rarse circunstancias tales como (1) el puesto que en la estructura de la empresa ocupa la persona física u órgano que delinquirió o incumplió el debido control o, por ejemplo, (2) el hecho de disponer antes de la comisión del delito de programas de cumplimiento para prevenir y descubrir delitos que, sin poder tener efectos eximentes, puedan suponer una disminución del defecto de organización⁶⁵.

Por último, la pena también debería determinarse de forma proporcional a la capacidad económica de la empresa. Sólo así, atendiendo a la capacidad económica de la empresa puede imponerse de modo que pueda desarrollar algún efecto preventivo con éxito.

No creo que esta propuesta, como hace algún sector doctrinal⁶⁶, sea necesario fundamentarla haciendo extensible a la determinación de la pena de multa los criterios del artículo 66 bis, —entre los que se encuentra, p.ej., “*la necesidad para prevenir la continuidad delictiva*”—. Más bien, parece directamente reconocido en la regla 6ª del artículo 66 —al que alude precisa y expresamente el párrafo primero del artículo 66 bis— que establece que para los supuestos en que no concurren atenuantes ni agravantes que se aplique la pena en la “*extensión que se estime adecuada atendiendo a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho*”. De una interpretación estrictamente gramatical del término “*circunstancias personales del delincuente*” interpretable teleológicamente en la clave preventivo especial aquí defendida, puede perfectamente

65 En el debate sobre la RPPJ la doctrina ha venido considerando que, sin que lo reconozca expresamente el legislador, es posible dotar de un efecto eximente de responsabilidad penal el hecho de dotarse de programas de cumplimiento. En nuestra opinión, siendo el fundamento de la RPPJ el defecto de organización, una organización *eficaz* —no formal— en la prevención de delitos dentro de la empresa debería conducir a la exclusión de responsabilidad por ausencia de injusto. Recordemos que en el anteproyecto de reforma de código penal de abril de 2013 el legislador toma partido en ese debate ofreciendo efectos eximentes a la implementación de programas de cumplimiento efectivos.

66 Así, p.ej., GALLEGO, M.: *Ob.cit.* p. 95.

deducirse que la determinación de la cuantía de la multa atienda a la capacidad económica de la empresa.

3.1.4. Supresión de la modulación de las penas de multa impuestas a personas físicas y jurídicas

El artículo 39 bis 2 C.P. establece que cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere la pena de multa a una persona física y a una persona jurídica “*los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos*”. Como ha destacado amplia y unánimemente la doctrina se trata de una previsión del principio de proporcionalidad de las penas sobre la base de un presunto “*ne bis in idem*” que, en realidad, no es tal pues, tratándose de un mismo hecho delictivo, no existe ni identidad subjetiva, ni identidad de patrimonios con los que proceder al pago de la multa⁶⁷. Así lo destacó incluso el informe del CGPJ al Anteproyecto originario de 14 de julio de 2006 considerando esta previsión como “*innecesaria, errónea y contraproducente*”. Sin embargo, no creo que pueda tratarse de un error sino que es una muestra más de cómo en la regulación de las penas a las personas jurídicas ha prevalido más los intereses económicos que las necesidades político criminales. Por esta razón y en aras de un modelo de penas adecuado e idóneo para alcanzar los fines preventivos propuestos, es necesaria una reforma legal para suprimir esta modulación de penas.

3.2. Penas interdictivas

3.2.1. Sobre la necesidad preventiva de este tipo de penas

Al margen de la pena de multa, el artículo 33.7 C.P. prevé un conjunto de penas interdictivas que van desde la disolución de

67 Ver, por todos, ZUGALDÍA, J.M.: “Societas delinquere potest (análisis de la reforma operada en el código penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)” en *La Ley penal* (edición electrónica), nº 76, 2010, p. 10-11; GALLEGO, M.: *Ob.cit.* p. 98.

la persona jurídica hasta la intervención judicial, pasando por la suspensión temporal de sus actividades, la clausura temporal de locales y establecimientos, la prohibición temporal o definitiva de actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito y la inhabilitación temporal para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales.

Se ha discutido la idoneidad de este tipo de penas sobre la base de que los instrumentos europeos sólo *obligan* a introducir multas y *permiten* introducir otra clase de sanciones⁶⁸. También en España han surgido posiciones “*economicistas*” radicales, partidarias exclusivamente del recurso a la pena de multa por considerar que el resto de penas interdictivas no sólo son inadecuadas, sino que pueden llegar a ser perturbadoras, pensando de nuevo, por supuesto, en los intereses económicos y de los trabajadores⁶⁹. Sin embargo, es mayoritaria entre la doctrina la opinión favorable a este tipo de penas. Por supuesto para aquellos —como vimos en su momento⁷⁰— que consideran que la prevención general negativa y la resocialización no son posibles respecto a las personas jurídicas y entienden que la única finalidad es la de la prevención especial negativa o innocuización. Coherente con su presupuesto de que los entes colectivos no pueden motivarse respecto a las normas, los llamados modelos “*estructurales*” consideran que las penas —o medidas de seguridad— servirían para asegurar que la empresa no vuelva a cometer delitos.

En mi opinión, el recurso a este tipo de penas también estaría justificado desde las finalidades defendidas en este trabajo. En primer lugar, desde lógicas de **prevención general negativa** puesto que la mera posibilidad de que pueda imponerse alguna de estas penas, por pequeña que sea, supone un riesgo que las

68 DOPICO, J. en DOPICO, J. (Dir.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, València, 2012, p. 75.

69 En esta línea se sitúa, p.ej., DEL MORAL, A. Fiscal del Tribunal Supremo en DOPICO (Dir.) *Ob.cit.* p. 153.

70 Ver *supra* epígrafe 1.2.

empresas deberían tomarse muy en serio⁷¹. Pero, sobre todo, de **prevención especial**, pues no debe confiarse en que la empresa, con la sola amenaza o el sólo estímulo de una multa, sea capaz de autorganizarse eficazmente para evitar el delito. En ocasiones serán necesarios otros instrumentos. Ahora bien, para que este tipo de penas fueran realmente eficaces deberían disponer de unos criterios de imposición y determinación de estas penas coherentes con esta finalidad preventivo especial. Y no parece, de nuevo, ser éste el criterio establecido por el legislador español que, una vez más, parece moverse en la improvisación cuando no en la priorización los intereses económicos.

3.2.2. Criterios para imponer las penas interdictivas

A diferencia de lo que sucede con la pena de multa, en la parte especial no se prevé la asignación de ninguna de estas penas concretas a ninguna figura delictiva, sino que absolutamente todos los treinta y nueve tipos delictivos en los que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas adoptan una fórmula estándar donde se establece que *“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”*. Es decir, se otorga discrecionalidad a jueces y tribunales para que, más allá de la pena de multa, puedan imponer alguna o algunas⁷² de estas penas interdictivas. Aunque algunas voces hayan considerado que se trata de un “arbitrio judicial excesivo”⁷³, consideramos que se trata más bien de una discrecionalidad que debe valorarse positivamente puesto que, al no establecerse de forma automática —como la pena de multa— permitirá que su imposición sea adecuada a las circunstancias

71 Así lo ha manifestado, p.ej., ALONSO, J. “Los programas de cumplimiento” en DÍAZ-MAROTO, J. *Ob.cit.* p. 146.

72 Aunque el código penal no deje suficientemente claro si se pueden imponer más de una pena interdictiva, parece que no hay ninguna dificultad para ello. Ampliamente sobre esta cuestión MAPELLI, B.: *Ob.cit.* p. 96.

73 SANZ GAITE, M.A. en DOPICO, J. (Dir.): *Ob.cit.* p. 116.

y, sobre todo, a las necesidades preventivas del caso concreto. Precisamente por esta razón, para que la discrecionalidad no se convierta en arbitrariedad, la imposición y elección de estas penas debe estar sometida al principio de proporcionalidad a la finalidad de prevención especial apuntada.

a) Necesidad de su imposición para la prevención especial.

Creo que puede considerarse unánime en todos los países — independientemente del modelo de justificación de las medidas adoptadas (“responsabilidad directa”, “responsabilidad indirecta” o “peligrosidad”)— que la necesidad de la responsabilidad penal de las empresas lo era por razones político-criminales de prevención de situaciones criminógenas en las empresas.

Así es, por supuesto, en el modelo de “peligrosidad” de las consecuencias accesorias previsto hasta ahora en España, donde estas medidas se imponían, según el artículo 129 de forma facultativa, y sólo cuando eran necesarias para evitar futuros peligros para bienes jurídicos con base en la idea de peligrosidad de la empresa⁷⁴. Tampoco sorprende que también sea el fundamento en modelos de “culpabilidad directa” como el propuesto en Bélgica, Holanda o Suiza donde el propio legislador ha llegado a reconocer que su fundamento se encontraba en el peligro derivado por la falta de organización de la empresa⁷⁵. Pero también es su

74 Efectivamente esta interpretación restrictiva se imponía desde consideraciones de estas consecuencias como medidas de seguridad impuestas por el estado de peligrosidad de la empresa (SILVA SÁNCHEZ, J.M^a: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 del código penal” en *Derecho penal económico*. Manuales de formación continuada, núm. 14. CGPJ. Madrid, 2001) o del estado de peligrosidad manifestado por la actuación de una persona física (FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J.: *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente*, Madrid, 2002, p. 161 y ss).

75 Efectivamente, el artículo 5.1 del código penal belga reconoce un sistema de responsabilidad directo al afirmar que “[T]oda persona jurídica es penalmente responsable de las infracciones que estén *intrínsecamente* ligadas a la realización de su objeto o a la defensa de sus intereses, o de aquellas que los hechos concretos demuestren que han sido cometidas por su cuenta”. La doctrina penal belga ha advertido que la expresión intrínsecamente, interpretada como

fundamento en modelos de “culpabilidad indirecta” como el francés, el italiano o el alemán en el que la doctrina y la jurisprudencia han llegado a hacer interpretaciones de las mismas restringidas a supuestos en los que la actuación de la persona física fuera debida exclusivamente a una mala organización empresarial⁷⁶.

Esta conclusión es lógica si atendemos al proceso de aproximación de que han sido objeto penas y medidas de seguridad. Efectivamente, a las penas se les ha venido dando funciones preventivas y a las medidas se les ha ido dando garantías penales. Terminológicamente, en la actualidad puede ya empezar a hablarse de “consecuencias jurídicas” como un término superador de la dicotomía entre penas y medidas de seguridad. Desde la perspectiva del derecho comparado se ha dicho, precisamente a propósito de las distintas regulaciones de la responsabilidad de las personas jurídicas propuestas por las legislaciones europeas, que “los legisladores fieles (todavía) al esquema clásico de la culpabilidad, sin admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, consagran, por necesidad, técnicas jurídicas que se le acercan”. Para acabar concluyendo que “es cierto sobre todo para el derecho administrativo —que admite, a menudo los mismos principios que el derecho penal clásico (legalidad, irretroactividad,

contraria a ocasionalmente, significaba que fuera atribuida a un problema de organización de la empresa y no a la reincidencia.

Por otro lado, el artículo 100 del código penal suizo en cualquiera de los dos sistemas previstos de responsabilidad de las empresas: el general de carácter subsidiario y exclusivo de la empresa (art. 100.1) y el excepcional de responsabilidad paralela con el de la persona física (art. 100.2) se exige expresamente que el hecho criminal se hubiera cometido “*por razón de una falta de organización de la empresa*”.

- 76 Entre la doctrina francesa, un sector doctrinal (SAINT-PAU, J.C. : “La responsabilité pénale des personnes morales: réalité et fiction” en *Le risque pénal dans l’entreprise*, 2003, p. 150-151; LOMBOIS, C. : Rapport de synthèse en *Les Petites Affiches*, núm. 120, 1993, p. 74) se preguntaba si era oportuno condenar a una persona jurídica por el único motivo que su órgano hubiera cometido una infracción aislada, mientras que ella está irrefutablemente organizada y que nada en su estructura pueda llegar a explicar la comisión del hecho delictivo. Su respuesta ha sido la de subordinar la responsabilidad de la persona jurídica a una condición suplementaria: su política general.

proporcionalidad, derecho de defensa...)— y por las medidas de seguridad que, a pesar de lo que pensaban los positivistas, no están tan alejadas de las penas⁷⁷.

En conclusión, considero que para limitar los derechos de las empresas más allá de la multa, el criterio que deberá orientar la discrecionalidad de los jueces es que sea necesaria para generar efectos de **prevención especial** sobre los tipos de organización empresarial que generan peligros para la comisión de delitos. En realidad, el artículo 66 bis ya alude a este criterio al establecer que *“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. Y, en cierto modo, también cuando alude en su letra c) al “puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”* puesto que la doctrina italiana, por ejemplo, lo ha venido interpretando como un símbolo inequívoco de peligrosidad.

Sin embargo, en este punto debe ser introducido un matiz importante. En el listado de estas penas interdictivas existe una doble tipología que influirá en su fundamento. Por un lado, existe un grupo de penas —las llamadas *“interdicciones específicas”*— en las que la interdicción se refiere a una actividad o derecho muy concreto, pero que permite a la empresa seguir con su actividad económica. En él se encuadran las penas previstas en la letra d): *“clausura temporal de locales y establecimientos”* y en la letra f): *“inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios fiscales”*. En este grupo de penas interdictivas la finalidad preventivo especial que fundamentará la decisión será **positiva**, es decir, deberá decretarse si, y sólo si, es necesaria para estimular la autoregulación interna necesaria para evitar el defecto de organización que ha provocado la comisión del delito.

77 Ver PRADEL, J.: *Droit pénal comparé*, Paris, 2002, p. 356.

Por otro lado, existen las llamadas “*interdicciones genéricas*” donde lo que se veta es que la entidad pueda desarrollar la actividad que hasta ahora venía realizando o una parte muy sustancial de la misma. Entre ellas se sitúan las penas previstas en la letra b): “*disolución de la persona jurídica*”; en la letra c): “*suspensión temporal de sus actividades*”; y en la letra e): “*prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito*”. En este grupo de penas interdictivas, en cambio, la finalidad preventivo especial que fundamentará la decisión será **negativa**, es decir, deberá decretarse si, y sólo si, es necesaria para inocular el peligro. Como se puede imaginar, la distinción entre “interdicciones específicas” e “interdicciones genéricas”, juega aquí un papel muy importante. Si bastara con un interdicción específica para conseguir que la empresa continuara su actividad sin cometer delitos (prevención especial positiva), no estaría justificada la imposición de una interdicción genérica que estaría reservada para los supuestos de peligrosidad o inexistencia de la más elemental cultura de cumplimiento de la legalidad (prevención especial negativa).

b) Adecuación de su elección para alcanzar la prevención especial.

En segundo lugar, una vez considerada necesaria la imposición de alguna pena más allá de la multa, su elección debería verse dirigida por el principio de adecuación, esto es, eligiendo aquella que fuera más idónea para la prevención de situaciones criminógenas en la persona jurídica. Por ejemplo, si nos encontráramos ante una sociedad completamente infectada de planes criminales y se considerara necesaria la imposición de una “interdicción genérica” como la suspensión de sus actividades, sería el principio de adecuación el que, a continuación, nos permitiría delimitar su alcance precisando qué actividades en concreto quedan suspendidas. Aunque la redacción de esta pena en el artículo 33.7 letra c) refiriéndose a “*sus actividades*” sin ninguna concreción, apunta a la totalidad de ellas, a nuestro juicio, no debería ser así ya que se convertiría en una disolución. Para

elegir entre cuáles de ellas se suspenden, deberá elegirse aquellas que sean más adecuadas para la innocuización del peligro.

O, para poner otro ejemplo, si nos encontráramos ante una sociedad con una buena cultura de cumplimiento de la legalidad pero que, en alguno de sus establecimientos o locales se han cometido delitos, no sólo será necesario exclusivamente una “interdicción específica” sino que el principio de adecuación exigirá que la pena de clausura de “sus locales o establecimientos” prevista en el artículo 33.7 letra d), se restrinja no a todos, sino sólo a aquel local o establecimiento donde existía el defecto de organización.

c) Criterios de determinación de la pena y principio de proporcionalidad en sentido estricto.

El artículo 66 bis CP fija en sus reglas 1ª y 2ª los criterios para determinar la duración de estas penas interdictivas. Recuérdese que, por las razones señaladas anteriormente, la referencia del primer párrafo a las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66 lo es sólo para la pena de multa. El hecho que no se tengan en cuenta las reglas del artículo 66.1 es un argumento más a favor de que no se tiene en cuenta ni el injusto, ni la culpabilidad, sino sólo la eficacia preventivo especial de la misma. Argumento que, además, queda reforzado por la alusión a que el criterio para decidir no sólo sobre la imposición, sino sobre la extensión de estas penas interdictivas es « *su necesidad para prevenir la continuidad delictiva* ». Ahora bien, en cierto modo, y como veremos a continuación, una vez más estos criterios han sido fijados con falta de coherencia preventiva.

Una vez elegida la pena necesaria y más adecuada para prevenir la continuidad delictiva o de sus efectos, el tribunal deberá decidir sobre su extensión. La duración limitada tiene fijado un máximo en la regla 2ª [primer párrafo] al establecerse que cuando “*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*”. 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. Además, esta proporcionalidad no tendría vigencia si la prisión no estuviera prevista como pena para la persona física⁷⁸. Por otro lado, no se establece ningún mínimo lo que permite concluir que el mínimo será de 1 día. Pues bien, en este marco penal abstracto, la pena concreta deberá determinarse atendiendo a los criterios previstos en la regla 1ª cuando reconoce expresamente que para decidir sobre la “*extensión*” de estas penas deberá tenerse en cuenta, en primer lugar, la duración que sea proporcionada a la necesidad de “*prevenir la continuidad delictiva o sus efectos*” y al “*puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control*”. Aunque desde el tenor literal del precepto pareciera que el criterio de “*las consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores*” pudiera estar al mismo nivel que los anteriores, desde una interpretación atendiendo a la finalidad preventivo especial, como la aquí propuesta, debería tener un papel secundario.

En cualquier caso, la 2ª regla [segundo párrafo] establece que la duración máxima sólo podrá superar los dos años cuando concurra alguna de las dos circunstancias siguientes: “*que la persona jurídica sea reincidente*” o “*que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales*”⁷⁹. Si se observa, estos dos supuestos son casos en los que la persona jurídica demuestra una inexistencia de cultura de cumplimiento de la legalidad y, en consecuencia, necesitará de un efecto admonitorio mayor para conseguir su resocialización.

Por último, la 2ª regla [párrafo tercero] fija un último criterio que tampoco está exento de críticas. En él se establece que

78 MAPELLI, B.: *Ob.cit.* p. 306.

79 El mismo precepto propone una definición de empresa instrumental considerando como tal aquella cuya actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal.

“la imposición por un plazo superior a cinco años de las penas previstas en las letras e) y f) será necesario que se dé alguna de las circunstancias siguientes: a) que se trata del supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del artículo 66”, es decir, supuestos de multireincidencia o “que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales”. El precepto es una buena muestra de la incoherencia y ausencia de criterios político criminales claros puesto que no se alcanza a ver por qué sólo la *“prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido el delito”* y *“la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas”* pueden extenderse más allá de los cinco años o —siguiendo la otra interpretación posible— por qué en estos casos sólo se puede ir más allá de los cinco años cuando concorra alguna de estas dos circunstancias mientras que en las otras penas interdictivas se puede superar ese límite sin atender a esas circunstancias.

Exactamente lo mismo sucede con la regla que establece que *“para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e)”* también *“será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias”* aludidas. Parecería que de *lege ferenda* los criterios deberían establecerse para todas las penas y no sólo alguna de ellas y, en cualquier caso, exigir la concurrencia de los supuestos de multireincidencia o que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales como criterios para poder fijarlas de forma definitiva. Insistimos en la idea de que en cualquiera de estas dos circunstancias la persona jurídica habrá demostrado no disponer de una cultura de respeto a la legalidad y, por tanto, el carácter definitivo parecerá proporcionado para conjurar el estado peligroso colectivo.

3.3. Reflexiones alrededor de algunas penas interdictivas previstas por el legislador español

3.3.1. La disolución de la persona jurídica

La pena de disolución de la persona jurídica viene definida en el código penal español como *“la pérdida definitiva de su*

personalidad jurídica, así como de su capacidad para actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier actividad, aunque fuera lícita". La pena conlleva pues el cese de toda su actividad, la clausura de los establecimientos y la liquidación de la sociedad con la consiguiente constancia en los registros mercantiles. De los pocos trabajos existentes sobre su aplicación en derecho comparado puede afirmarse que se trata de una medida que no se ha aplicado casi nunca. Este es el caso, sin lugar a dudas, de España y Francia⁸⁰, pero que podría considerarse una tendencia general en el contexto de los países de la Unión europea. Si los países no tienen previstas estas medidas y si en los países en que se prevén, no se aplican es debido a que la aplicación incluso temporal de la medida de cierre puede llegar a generar la crisis del ente y con ello, causar serios perjuicios en los puestos de trabajo que genera, el impacto en otras empresas que pueden llegar a depender de ésta y, en definitiva, afectar a la realidad económica más general⁸¹. En otras palabras, son intereses económicos los que han prevalido a los argumentos político-criminales.

Esta práctica jurisprudencial, absolutamente comprensible, constituye el principal problema de aplicación de esta pena. Con estos antecedentes, sorprende que el legislador español prevea la posibilidad de imponerla en los treinta y nueve tipos delictivos en los que está prevista la responsabilidad penal de las personas

80 En el balance de las cien primeras resoluciones judiciales impuestas en Francia a las personas jurídicas destaca que en casi todos los casos habían sido condenadas a una pena de multa. El resto de las medidas habían sido pronunciadas sólo de forma excepcional (18 penas de publicación de la resolución y 4 confiscaciones). En ninguna ocasión se declaró el cierre o la disolución de la empresa. Ver LAVIELLE, B.-LAMEYRE, X. : *La guide des peines*, Paris, 2005, p. 652. Ver también, BELMOKHTAR, Z. "La responsabilité pénale des personnes morales" en *Infostat Justice*, nº 82, Mai 2005, <http://www.vie-publique.fr/document-vp/infostat-82.pdf>.

81 Este debate se ha visto muy claro a propósito de la elaboración del Decreto legislativo italiano nº 231 de 2000 tal y como lo pone de manifiesto FIORELLA, A.: "Le sanzioni amministrative pecuniarie e le sanzioni interdittive" en Suplemento al núm. 6/2003 de *Cassazione penale*, Varese, 2003, p. 75.

jurídicas. Sorprende además que lo haga cuando no existe la más mínima obligación general de introducir esta sanción, con base a los instrumentos europeos que sólo obligan a introducir multas y permiten introducir otra clase de sanciones⁸². Y mucho más si lo hace estableciendo la valoración de las “*consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores*” como regla para su imposición. Tal regulación es tanto como querer asegurarse que no se aplique nunca. Quizás por ello sería razonable —tal como apuntábamos en el epígrafe anterior— que de *lege ferenda* —y en la línea de lo previsto por el ordenamiento norteamericano— la pena de muerte empresarial se previera exclusivamente para aquellas empresas que tengan una finalidad delictiva o que operen principalmente a través de medios delictivos⁸³. De este modo también se superarían mejor las críticas a la posible inconstitucionalidad del precepto⁸⁴.

Pese a todo ello y con las advertencias que haremos a continuación, de *lege lata* puede sacársele un rendimiento a la introducción de esta pena en el listado del artículo 33.7. No —como la realidad parece obstinarse en demostrar— para restar en un listado de medidas que nunca se aplicarán confiando en el hipotético efecto disuasivo que pudiera generar. Ya hemos criticado más arriba la función exclusivamente integradora de la pena⁸⁵. Si consideramos conveniente su introducción es porque sin duda puede llegar a ser muy útil en la estrategia de prevención de este tipo de delincuencia si se interpreta su aplicación con respeto al principio de proporcionalidad, tal y como ha sido desarrollado en

82 Así, DOPICO, J. (Dir.): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, València, 2012, p. 75.

83 Ha sorprendido a la doctrina española que la regulación española se haya mostrado más “agresiva” que la estadounidense. Ver, por todos, GÓMEZ-JARA, C. (ed): *Modelos de autoresponsabilidad penal empresarial. Propuesta globales contemporáneas*, Cizur menor, 2006, p. 134, nota 115.

84 Ha mantenido dudas de consitucionalidad respecto a la pena de muerte empresarial DE LA MATA, N. en DOPICO, J. (Dir.): *La responsabilidad penal... Ob.cit.* p. 61.

85 Ver *supra* epígrafe 1.1.

el epígrafe anterior. Este principio ya ha demostrado ser capaz de desarrollar un importantísimo efecto interpretativo de este tipo de medidas. Sin ir más lejos, en España ha servido para que, ante el silencio legal de la anterior regulación, la doctrina concluyera que la disolución o la clausura definitiva sólo deban acordarse cuando se trate de asociaciones ilícitas, esto es, de la comisión estructural de delitos, y no si se trata de uno o varios delitos cometidos incidentalmente en el marco de una empresa lícita⁸⁶. Además, y tal como recuerda el artículo 66 bis, se podrían valorar su posible impacto sobre los intereses económicos, sociales y laborales además de asegurarse de que fuera una medida estricta y adecuadamente necesaria para prevenir la comisión de delitos. Pero, sobre todo, creo que es el fundamento de la inclusión de la pena de “*clausura de sus locales y establecimientos*”. En los casos en los que la clausura de la empresa pueda considerarse desproporcionada atendiendo los intereses de los trabajadores, ésta podría ser la más adecuada. Con ello no sólo se preservaría mejor el principio de proporcionalidad, sino que —al mismo tiempo— se estarían facilitando las finalidades preventivas. Piénsese, a propósito, por ejemplo, del delito ecológico que en ocasiones la contaminación puede ser el resultado del mal estado de un instalación muy concreta o de la actuación de una sección o establecimiento determinado dentro de la empresa.

3.3.2. *La intervención judicial.*

Mención especial merece la configuración de la pena de intervención judicial puesto que también es un buen ejemplo de la falta de coherencia del sistema de penas con fines preventivos. La intervención judicial tiene la obvia finalidad —expresada en el texto legal— de imponerse “*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*”. Es decir, la

86 Ver, SILVA SÁNCHEZ, J.M^a: “La responsabilidad penal...” en *Ob.cit.* p. 354.

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. Ello ha llevado a destacar que dicha intervención protectora de derechos de terceros, debería haberse previsto como complementaria de las restantes sanciones —puesto que persigue distinta finalidad— o bien sólo como medida cautelar, como preveían por cierto algunos textos prelegislativos⁸⁷.

De hecho, la exposición de motivos de 2008 ya aludía a que “*las elevadas cuantías (de las multas) que pueden llegar a determinarse aconsejan acompañar los objetivos de represión penal con los de la preservación de la actividad empresarial y los correspondientes puestos de trabajo*” con lo que la doctrina ya ha destacado⁸⁸ que esta pena es contemplada exclusivamente por parte del legislador como complemento de la pena de multa para el supuesto hipotético de que la ejecución de la multa en el caso concreto pueda colocar en una situación económica crítica a la persona jurídica condenada. En realidad el artículo 53.5 del texto vigente establece expresamente esta idea al establecer que “*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*”.

De todos modos, el carácter discrecional con que se recogen estas penas en la parte especial, por un lado, y los criterios de elección de las mismas previstos en el artículo 66 bis —entre los que se prevé expresamente no sólo la ponderación de las “*consecuencias económicas y sociales, y especialmente los*

87 JORGE BARREIRO, A.: “El sistema de sanciones: las medidas de seguridad” en GÓMEZ COLOMER, J.L.-GONZALEZ CUSSAC, J.L. *La reforma de la justicia penal. Estudios en homenaje al prof. Klaus Tiedmann*, València, 1997, p. 127, nota 118.

88 ZUGALDÍA, J.M. : *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, València, 2008, p. 297.

*efectos para los trabajadores” sino también “su necesidad para prevenir la continuidad delictiva”—, por otra, permite que los jueces o tribunales la impongan no sólo como complementaria sino también como pena única si consideran que es necesaria y adecuada en los términos preventivos que hemos defendido en este trabajo. En este sentido, de *lege lata* creo que debería aplicarse por parte de los tribunales no sólo como medida complementaria para asegurar el pago de la multa y la defensa de los intereses de los acreedores y los trabajadores sino, sobre todo, con finalidades preventivas. Así, por ejemplo, si una empresa fuera condenada a una pena de multa y a la clausura de alguno de sus establecimientos y, además se diera la circunstancia de que la misma empresa ya hubiera sido condenada anteriormente por algún delito, quizás sería razonable imponer también la intervención judicial para poder implementar programas de cumplimiento y asegurar la prevención de delitos en el futuro.*

3.4. Algunas carencias preventivas en el sistema de penas propuesto por el legislador español

Por último, merece la pena destacar algunas carencias del sistema de penas propuesto por el legislador español observadas desde la perspectiva preventiva aquí desarrollada.

3.4.1. Ampliación de las medidas cautelares

Por un lado, y en referencia a la posibilidad de adoptar algunas de estas penas como medidas cautelares, sorprende que el legislador español haya restringido esta posibilidad exclusivamente a los supuestos de “*clausura temporal de locales y establecimientos*”, “*suspensión de las actividades sociales*” y “*la intervención judicial*” (art. 33.7 *in fine*). Se echa a faltar que el legislador no haya considerado la posibilidad de imponer como medida cautelar la “*prohibición de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito*”. Desde la finalidad preventivo especial

que como hemos visto debería orientar el sistema de penas, esta pena como medida cautelar no sólo sería más respetuosa con el principio de proporcionalidad aquí apuntado, sino que se insinúa como más adecuada y efectiva para alcanzar los fines preventivos señalados⁸⁹.

3.4.2. *Introducción de nuevas penas*

En segundo lugar, y por las mismas razones preventivas, merecerían introducirse en el catálogo del artículo 33.7 C.P. algunas penas presentes en el derecho comparado. Me refiero, por ejemplo, a (1) la publicación de la sentencia en los medios de comunicación del área económica o de actividad en la que la empresa se mueve; (2) la vigilancia judicial; (3) la inscripción de la entidad en determinados registros administrativos de carácter público; (4) la prohibición de cotizar en los mercados; (5) la prohibición de publicitarse; (6) de emitir obligaciones o cheques; (7) la amonestación pública; (8) la imposición de obligación de realizar actividades o prestaciones de servicios a la comunidad; (9) la caución de conducta; (10) la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias del delito⁹⁰. Obsérvese que estas penas, no sólo pueden desarrollar efectos importantes de prevención general sino también prevención especial.

3.4.3. *Introducción de sustitutivos penales*

Por último, llama igualmente la atención la ausencia de sustitutivos penales que permitan dejar total o parcialmente en

89 En ese sentido se ha manifestado también MORALES,F. en QUINTERO,G. (Dir.): *La reforma penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Cizur menor, 2010, p. 63.

90 La crítica al listado tan limitado de penas previstas por el legislador español en comparación con el derecho comparado es amplia entre la doctrina. Ver, por todos, DE LA CUESTA, J.L.: *Ob.cit.* p. 23; MORALES,F. *Ob.cit.* p. 94; GALLEGOM,M. *Ob.cit.* p. 94.

suspense durante algún tiempo la ejecución de la pena impuesta a la persona jurídica o, incluso su sustitución, medidas ambas que podrían ir acompañadas de determinadas obligaciones o normas de conducta, puesto que en coherencia con las finalidades preventivas aquí apuntadas, también en este campo la resocialización de las personas jurídicas debería constituir una de las prioridades del derecho penal⁹¹. Como ha apuntado la doctrina recientemente, un sistema de *diversion* o de *probation* puede ser de gran utilidad para abordar situaciones en las que los delitos fueron cometidos bajo el mandato de administradores que han cesado en sus funciones o en supuestos de fusiones o adquisiciones de empresas. El vigente código penal español los aboca a la condena cuando es posible que sean situaciones en las que los nuevos administradores tienen un verdadero interés en instaurar una cultura de cumplimiento⁹².

91 En estos términos se han pronunciado DE LA CUESTA, J.L.: *Ob.cit.* p. 23; GALLEGO, M.: *Ob.cit.* p. 94.

92 NIETO, A.: “Introducción” en ARROYO, L.-NIETO, A. *El derecho penal económico en la era compliance*, València, 2013, p. 21.