

31

Enero 2013

Revista Penal

Enero 2013

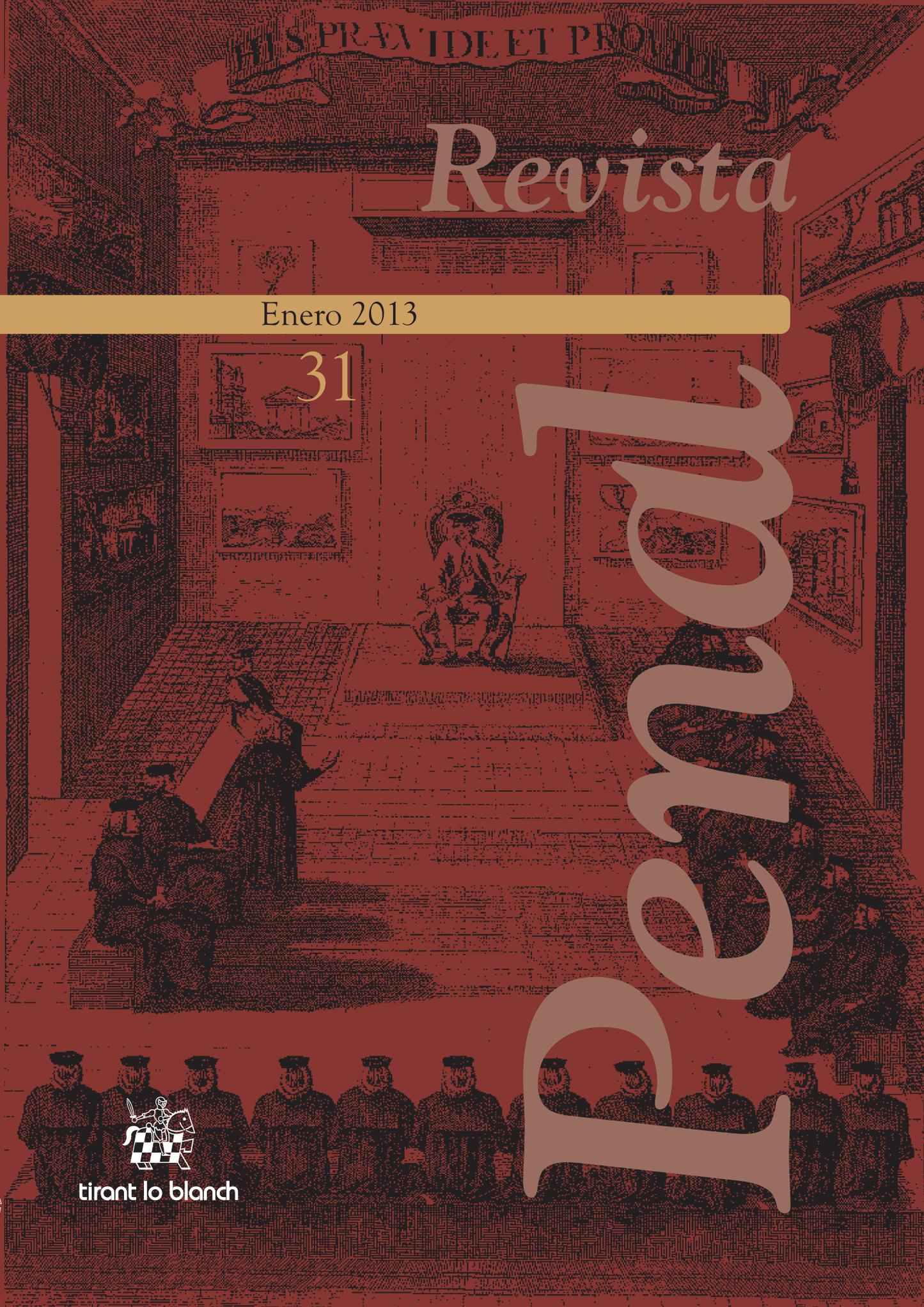
31

Revista

Penal



tirant lo blanch



Revista Penal

Número 31

Sumario

Doctrina

– Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”, por <i>Viviana Caruso Fontán</i>	3
– Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico, por <i>Vicenta Cervelló Donderis</i>	22
– Cambios jurisprudenciales y retroactividad desfavorable (A propósito de la STEDH Del Rio Prada c. España) por <i>María Luisa Cuerda Arnau</i>	52
– Observaciones sobre el principio de inviolabilidad de la libertad personal, por <i>Massimo Luigi Ferrante</i>	70
– Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español, por <i>Manuel Gallego Díaz</i>	85
– El actuar en lugar de otro y la responsabilidad penal de las personas jurídicas: significado previo y posterior a la reforma del Código penal, por <i>María Soledad Gil Nobajas</i>	100
– El delito de tráfico ilegal de órganos humanos, por <i>M^o del Carmen Gómez Rivero</i>	113
– La relevancia práctica del principio acusatorio (mejor denominado, principio de proporcionalidad), en la LORPM (art. 8 párrafo segundo): ¿aplicación obligatoria de las medidas de internamiento al menor cuando, por idéntica infracción, el CP no prevé pena privativa de libertad para el adulto?, por <i>Leticia Jericó Ojer</i>	140
– El uso de las nuevas tecnologías como método de blanqueo de capitales, por <i>Covadonga Mallada Fernández</i>	161
– La autoría mediata por dominio de un aparato de poder como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, por <i>Francisco Muñoz Conde</i>	171
– La medida de internamiento en régimen cerrado en la LORPM ¿Estamos ante un Derecho penal de la seguridad? por <i>Inés Olaizola Nogales</i>	190
– El tratamiento de la homosexualidad en la legislación penal española, por <i>Cristina Rodríguez Yagüe</i>	221
– El futuro del Derecho penal internacional, por <i>Gerhard Werle y Boris Burghardt</i>	247
Sistemas penales comparados: Detenciones ilegales (Illegal detention)	262
Bibliografía: Notas bibliográficas, por <i>Francisco Muñoz Conde y María Luisa Escalada</i>	326



Universidad
de Huelva



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
ferreolive@terra.es

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
David Baigún. Univ. Buenos Aires	Enzo Musco. Univ. Roma
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P.Fletcher. Univ.Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck Institut- Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	John Vervaele. Univ. Utrecht
José Luis González Cussac-Univ. Jaume I	Joachim Vogel. Univ. Tübingen
Winfried Hassemer. Univ. Frankfurt	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Victor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño(Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Zunyou Zhou (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Frederico de Lacerda da Costa Pinto (Portugal)
Elena Núñez Castaño (España)	Ana Cecilia Morún (Rep. Dominicana)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Victor Manuel Macías Caro (Italia)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
http://www.tirant.com
Librería virtual: http://www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: PMc Media

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español

Manuel Gallego Díaz

Revista Penal, n.º 31. - Enero 2013

Ficha técnica

Autor: Manuel Gallego Díaz

Adscripción institucional: Profesor Ordinario de Derecho Penal en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid - mgallego@der.upcomillas.es

Sumario: 1. Determinación abstracta de la pena a cada delito. 2. La pena de multa. 3. Penas adicionales a la multa. 4. Reglas de aplicación de las penas imponibles a las personas jurídicas (art. 66 bis CP). 5. Penas y consecuencias accesorias.

Abstract: This article addresses the regulation of penalties applicable to legal entities in the Spanish Criminal Code that was instrumented by the reform brought about under Organic Law 5/2010, dated 22 June. Specifically, it analyzes the issues posed by penalties in the form of fines and other additional penalties applicable to such entities both from the viewpoint of their legal determination and content, and their application and judicial individualization.

Key Words: Fine. Additional penalties. Legal determination of sentences. Application and judicial individualization of penalties. Incidental consequences.

Resumen: En este trabajo se aborda la regulación de las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código penal español tras la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, analizándose en concreto la problemática que plantean la pena de multa y demás penas adicionales aplicables a estos entes tanto desde el punto de vista de su determinación legal y contenido como de su aplicación e individualización judicial. También se hace referencia a las consecuencias accesorias en su regulación actual.

Palabras clave: Multa. Penas adicionales. Determinación legal de la pena. Aplicación e individualización judicial de la pena. Consecuencias accesorias.

Recepción del artículo: 15-6-2012.

Evaluación favorable: 25-07-2012.

Como consecuencia de la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas la LO 5/2010, de 22 de junio, ha agregado un apartado 7 al artículo 33 CP en el que se relacionan las penas aplicables a estos entes. Además de la multa son penas también aplicables adicionalmente a una persona jurídica según las reglas y criterios establecidos en el nuevo art. 66 bis

CP: la disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos

fiscales o de la Seguridad Social y la intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores (art. 33. 7 b) a g) CP). Estas penas adicionales a la multa tienen carácter facultativo o potestativo, salvo la disolución en los casos de organizaciones y grupos criminales y terroristas y asociaciones ilícitas (arts. 520 y 570 quáter CP).

Estas penas sólo se aplicarán en relación con aquellos delitos para los que expresamente se prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Además, según dispone el art. 33.7 todas ellas tienen la consideración de graves, lo cual no es del todo comprensible, “ya que —como observan N. DE LA MATA BARRANCO, M. BILBAO LORENTE y M. ALGORTA BORDA— ello debiera depender del delito al que se aplique, la duración o entidad de la pena y, en su caso, la competencia que corresponda para su conocimiento”¹. En este sentido, por ejemplo, no parece muy correcto que las penas aplicables a una persona jurídica por el delito de descubrimiento y revelación de secretos tengan la consideración de graves cuando las aplicables por este mismo delito a una persona física no pasan de ser penas menos graves en la mayor parte de los supuestos (art. 197 CP).

Esa desconexión entre la naturaleza de las penas impuestas a la persona física y a la persona jurídica puede generar también problemas en relación con la competencia de los tribunales o la prescripción. A este respecto la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (BOE de 11 de octubre), regula las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre las cuales se encuentra la competencia de los tribunales. En concreto, el artículo uno de esta ley introduce un nuevo art. 14 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece que “cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica”. Es decir, se atiende para determinar la competencia de los tribunales a la pena señalada en la ley para la persona física. Pero la gravedad de las penas es determinante también para concretar los plazos de

prescripción de las penas, por lo que las impuestas a las personas jurídicas, al tener todas ellas, con independencia de su duración, la consideración de graves, prescribirán a los diez años según se establece en el art. 133.1 CP. Mayores problemas se presentan en la prescripción de los delitos al tratarse de penas distintas para las personas físicas y jurídicas, sobre todo en los supuestos concursales y de conexidad del art. 131.5 CP².

Esta desconexión entre la naturaleza de las penas impuestas a la persona jurídica y a la persona física contrasta con el régimen de accesoriedad que parece haber introducido el legislador en la determinación de la pena correspondiente a la persona jurídica respecto de la señalada a la persona física que actuó en su nombre ya que, por una parte, en muchos supuestos la gravedad de aquella se hace depender de la impuesta a la persona física (véanse, por ejemplo, los arts. 251 bis o 310 bis CP) y, por otra, la regla 2ª del art. 66 bis CP establece que “cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física”.

Por otro lado, no se alcanza a entender que no se haya modificado el artículo 318 CP en el que, en el ámbito de los delitos contra los derechos de los trabajadores, a pesar de hacerse referencia a la atribución de los hechos a una persona jurídica, no se podrá hacer efectiva ninguna responsabilidad penal a ella más allá de las medidas previstas en el artículo 129, al que expresamente remite el citado precepto. Lo mismo ha de decirse respecto de lo que establecen el artículo 162 en relación con los delitos relativos a la manipulación genética, el artículo 262.2 en relación con el delito de alteración de precios en concursos y subastas públicas, el artículo 294 en la resistencia a personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras en los delitos societarios, el artículo 366 en relación con los delitos contra la salud pública ajenos al tráfico de drogas, el artículo 386 en relación con la falsificación de moneda o el artículo 520 en relación con las asociaciones ilícitas. También resulta llamativo que se prevea la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP) y se dejen fuera de esta responsabilidad los estragos³.

1 DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier, BILBAO LORENTE, Martín y ALGORTA BORDA, Mariana, “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 2011), p. 13.

2 Véase en este sentido DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, *ob. cit.*, p. 14.

3 Véase DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, *ob. cit.*, p. 15.

1. Determinación abstracta de la pena a cada delito

La pena que con carácter general se impone a las personas jurídicas es la multa, ya sea por cuotas o proporcional, según distintas variables o modalidades. Pero luego, en la parte especial, en todos los supuestos en los que se habilita la posibilidad de condena a las personas jurídicas se establece una cláusula de responsabilidad por la que, aparte de la pena de multa, se abre la posibilidad de imponer como adicionales las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 CP, de las que, cuando tengan naturaleza temporal, sólo se señala su duración máxima. Estas penas se impondrán e individualizarán de acuerdo con los criterios y reglas establecidos en el nuevo artículo 66 bis CP. Concretamente, de acuerdo con la regla 1ª de este artículo se atenderá para decidir sobre su imposición a “su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos”, a “sus consecuencias económicas y sociales, especialmente los efectos para los trabajadores” y al “puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”. Cuando el órgano judicial haga uso de esa posibilidad estaremos ante una penalidad compuesta de varias penas principales, la multa y las adicionales que procedan que pueden ser más de una siempre que resulten compatibles entre sí.

Como señalan DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, “se van a plantear muchos problemas de congruencia penológica entre las consecuencias que se prevén para los particulares y las que se prevén para las personas jurídicas, que, en futuras reformas, debiera obligar a una revisión, desde criterios de proporcionalidad, de las penas previstas para unos y otras; teniendo en cuenta, además, disfunciones que las previsiones concretas pueden generar, sobre todo de superposición de marcos penales entre los diferentes supuestos que se contemplan, en muchos de los cuales se confunden los mínimos y los máximos de las diferentes previsiones (p. ej, en los arts. 189 bis o 251 bis.)”⁴.

2. La pena de multa

La pena de multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad de las personas jurídicas teniendo en este caso siempre la consideración de pena grave como lo son ahora todas las aplicables a estos entes. En consecuencia, esta situación da lugar a dos regímenes jurídicos diferentes para la pena de multa: pena menos grave o leve si se impone a una persona física y grave si se impone a una persona jurídica.

Este protagonismo de la pena de multa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas es perfectamente lógico y comprensible, ya que la razón de ser de muchos delitos cometidos por ellas es de carácter fundamentalmente económico, por lo que, como señala B. MAPELLI CAFFARENA, en función del volumen que pueda alcanzar la pena de multa se puede contribuir a lograr una eficaz prevención frente a este tipo de delincuencia⁵. Lo que ya no resulta tan lógico, como se ha puesto de manifiesto, es que esta pena impuesta a una persona jurídica tenga siempre la consideración de grave.

Atendiendo a las modalidades de imposición de la pena de multa a las personas jurídicas en los distintos delitos en la parte especial del Código Penal se pueden distinguir los siguientes supuestos:

Primero. Multa por cuotas temporales o sistema de días-multa cuya extensión, por un lado, se determina de forma directa o autónoma (arts. 197.3, párrafo segundo, 343.3, 399 bis. 1, párrafo segundo y 430, párrafo segundo) o, por otro, se vincula a la duración de la pena impuesta a la persona física (art. 261 bis, 288.1, párrafo segundo, 302.2, art 310 bis b), 327 y 576 bis.3).

Segundo. Multa proporcional impuesta directa o autónomamente a la persona jurídica en función del beneficio obtenido (arts. 156 bis.3 y 177 bis.7).

Tercero. Multa proporcional en función del beneficio obtenido (art. 189 bis), de la cantidad defraudada (art. 251 bis), del perjuicio causado (art. 264.4), del benefi-

4 DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, *ob. cit.*, p. 14.

5 MAPELLI CAFFARENA, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 216. Como este mismo autor considera “en las motivaciones criminales de las personas jurídicas no hay pasiones, ni impulsos, ni actos de venganza, sino que, por lo general, son el resultado de un análisis económico objetivo que concluye valorando como más positivo, financieramente, asumir el riesgo del delito, que el cumplimiento de la ley. La penología de las personas jurídicas tiene que plantearse como objetivo prioritario disuadir económicamente y demostrar mediante la realidad de la amenaza penal que el balance criminógeno no es correcto. De ahí la importancia de la función preventivo general. Las críticas a dicha función por su imposibilidad de demostrar empíricamente los resultados disuasorios, pierden sentido cuando son aplicadas al mundo empresarial. Aquí sí es posible valorar con un alto índice de fiabilidad el efecto de contención de la sanción frente a otras empresas cuando la sanción comporta un sacrificio económico desproporcionado y cuando el riesgo de ser descubierto es elevado. La multa o el cierre empresarial para los casos más graves deben cumplir correctamente estos objetivos” (*ob. cit.*, p. 49).

cio obtenido o favorecido (art. 288, segundo párrafo, 1), de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida (art. 310 bis.a) y además la extensión de la proporción se vincula a la duración de la pena de prisión prevista para la persona física.

Cuarto. Multa por cuotas y alternativa o subsidiariamente proporcional al beneficio obtenido (arts. 318 bis 4, 319.4, 427.2 y 445.2), al perjuicio causado (arts. 328.6 y 348.3) o al valor de la droga (art. 369 bis) si la cantidad resultante fuese más elevada. Además en algunos casos la extensión de esta multa determinada por cuotas o subsidiariamente de forma proporcional (arts. 369 bis, 328.6 ó 427.2) se vincula también a la extensión de la pena prevista para la persona física.

Quinto. Multa por cuotas o proporcional según el delito o grupos de delitos (arts. 288 y 310 bis).

Después de haber efectuado esta exposición de las distintas modalidades de determinación de la pena de multa a las personas jurídicas es preciso destacar algunos aspectos llamativos. Como se ha visto, en algunos supuestos, al hacerse depender la pena de multa de la persona jurídica de la pena señalada a 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 independientes. Así sucede, por ejemplo en los artículos 189 bis, 251 bis, 261 bis, 264.4, 288.1, segundo párrafo, 302.2 ó 369 bis CP. En cambio, como señalan DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, en el delito de tráfico de influencias, por ejemplo, el art. 430 impone solo una multa por cuotas, de seis meses a dos años, sin distinción de supuestos a pesar de que se haga referencia a ellos en el caso de las personas físicas y la pena se haga depender además de la obtención o no de un beneficio, que para las personas jurídicas no se tiene en cuenta⁶.

Como ya se ha indicado, parece lógico el protagonismo de la pena de multa en la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero, como indica B. MAPELLI CAFFARENA, no alcanzamos a entender el desorden y la incoherencia que ha presidido la reforma 5/2010 para tratar esta cuestión⁷. En principio, el sistema de días-multa o multa por cuotas se adecua mejor a las personas físicas, ya que, teniendo en cuenta las distintas situaciones económicas del condenado, permite redu-

cir la desigualdad y evitar la responsabilidad personal subsidiaria por impago o en el caso de que ello no sea posible facilita la conversión proporcionada a la responsabilidad personal subsidiaria. Teniendo en cuenta ello parece más recomendable, señala este autor⁸, que a las personas jurídicas se les impongan multas proporcionales que eviten el máximo del sistema de días-multa, inadecuado por resultar muy escaso para hacer frente a la delincuencia socio-económica. Pero no siempre resulta así, pues, como se ha visto, son varios los supuestos en los que se hace uso de la pena de multa por cuotas o sistema de días-multa para las personas jurídicas en lugar de la multa proporcional “obligando a los jueces a hacer enojosas averiguaciones sobre la situación económica de la empresa condenada”, “evaluación que será casi siempre más compleja que en el caso de personas físicas”⁹.

En esta misma línea insisten DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA al considerar que el art. 302.2 CP establece para el delito de blanqueo de capitales una multa por cuotas distinguiendo según sea la pena de prisión prevista para la persona física: multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años y multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos, cuando la multa que se establece en el art. 301.1 CP para la persona física acompañando a la prisión es una multa proporcional del tanto al triple de los bienes tanto para el delito doloso (art. 301.1 CP) como para el delito imprudente (art. 301.3 CP). Según estos autores hubiera sido más lógico haber seguido insistiendo en la multa proporcional para la persona jurídica, ya que tampoco debiera ser difícil establecer el beneficio obtenido¹⁰.

Otras veces se opta alternativa o subsidiariamente por la multa por cuotas o la multa proporcional sin saber exactamente a qué criterios obedece ello. Como pone de manifiesto B. MAPELLI¹¹, se emplean hasta tres criterios diferentes sin que esta alternancia se resuelva con un mismo criterio en todos los casos. En algunos de ellos se prioriza el sistema de días-multa, salvo que la ganancia obtenida o el perjuicio causado con el delito supere la multa, en cuyo caso se acude a la multa proporcional. A este respecto consideran DE LA

6 DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, cit., p. 14.

7 B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 237.

8 B. MAPELLI CAFFARENA, *ibidem*.

9 B. MAPELLI CAFFARENA, *ibidem*.

10 DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, cit., p. 14.

11 B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., pp. 237-238.

MATA, BILBAO y ALGORTA, que resulta particularmente difícil de comprender el art. 328.6 CP, vinculado a vertederos y residuos, porque, por una parte, se utilizan alternativamente los sistemas de multa por cuotas y multa proporcional en relación al perjuicio causado, que muchas veces no existirá, aplicando esta última cuando la cantidad resultante fuese más elevada, pero, además, diferenciando supuestos más o menos graves en función de la pena prevista para la persona física, y estableciendo al mismo tiempo mínimos similares si la multa es proporcional (aunque no máximos) pero diferentes (también los máximos), si es por cuotas. O el art. 369 bis CP, vinculado a las drogas, que prevé pena de multa, de nuevo por cuotas o proporcional dependiendo de cuál sea el valor de la droga y la pena prevista para la persona física, sin identificación de mínimos, pero superando el máximo del supuesto menos grave el mínimo del supuesto más grave, con las contradicciones que puede generar esta decisión legal, con una previsión además de multa del tanto al cuádruple o quintuple, siendo dicha pena para la persona física, en el caso del art. 368 CP, del tanto al duplo o al tripló, pero, en el caso del art. 369 siempre del tanto al cuádruple. No hay correlaciones lógicas. Y estamos, a nuestro juicio, señalan los autores citados, ante distinciones que no se explican y cuyo porqué no se entiende¹². No son pocos los casos en lo que se acude sin más al principio de accesoriadad punitiva en relación con la pena del delito cometido por la persona física (por ejemplo art. 288 CP). Y, por último, se establece una regla general (art. 52.4 CP) para cuando está inicialmente prevista la pena de días-multa pero falta información sobre la capacidad económica de la persona jurídica condenada, en cuyo caso se empleará subsidiariamente la multa proporcional.

La conclusión es que se aprecia poco rigor en la determinación de la pena a las personas jurídicas en detrimento de la seguridad jurídica. “Así, por ejemplo, señala B. MAPELLI, la multa proporcional se determina, con carácter general (art. 52 CP), en función del perjuicio y de las ganancias y, sin embargo, en ciertos delitos parece que solo debe considerarse el perjuicio (v.gr.: art. 264.4 CP); las mismas penas aparecen enmarcadas, a veces, en una horquilla de máximos y mí-

nimos (art. 318 bis. 4 CP) y, en otras, su duración se determina en función de otras penas (v.gr. art. 369.2 CP), sin prever si en estos supuestos se puede 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”¹³. Por otra parte, los tramos no siempre son excluyentes solapándose tanto en la multa por cuotas como en la proporcional.

La duración máxima de la pena de multa según el sistema de cuotas para las personas jurídicas es de 5 años, a diferencia de la multa prevista para las personas físicas que se sitúa en 2 años (art. 50.3 CP). En cambio, no se establece en la regulación general de este precepto ningún límite mínimo, el cual se fija para cada uno de los supuestos de la parte especial¹⁴.

Asimismo en el art. 50.4 se fijan los límites de la cuota diaria en las multas temporales a imponer a las personas jurídicas que tendrán un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros, frente a los 2 y 400, respectivamente, de las personas físicas. Parece correcto prever para las personas jurídicas unos importes mayores que para las personas físicas, pero, por otro lado, como indica Luis ROCA AGAPITO, resulta criticable que la ratio empleada para poder individualizar la carga punitiva sea menor que la prevista para las personas físicas. Mientras que para éstas es de 1/200, para las personas jurídicas es de 1/166,66¹⁵.

A diferencia de lo que ocurre con la multa aplicable a las personas físicas no se establecen criterios propios para determinar el importe concreto de cada cuota. Los que se establecen en el artículo 50.5 —“la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales”— están pensados exclusivamente para la multa aplicable a las personas físicas. Como señalan Roger BACH FABREGÓ y Miguel Ángel GIMENO CUBERO, “hubiera resultado deseable que se recogieran de forma expresa parámetros para efectuar tal determinación, como se hacía en el Anteproyecto de 14 de noviembre de 2008 en el que se añadía un párrafo 4 en el sentido de establecer que *en la determinación de la multa que se imponga a una persona jurídica se tendrán en cuenta prioritariamente los criterios enunciados en el apartado primero de este artículo* (daño

12 DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, *ob. cit.*, p. 15.

13 B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *cit.*, p. 51.

14 En los supuestos de la parte especial en los que se establece la cláusula de responsabilidad para las personas jurídicas no figura ninguna pena de multa con límite inferior a 6 meses.

15 L. ROCAAGAPITO, “Novedades en torno a la regulación de la pena de multa”, en Francisco Javier ÁLVAREZ GARCÍA y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (Directores), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 113.

causado, valor objeto del delito o el beneficio reportado por el mismo) y también la capacidad económica de la entidad. O bien la posibilidad de tener en cuenta otros parámetros, como por ejemplo la referencia a los beneficios obtenidos durante el último ejercicio”¹⁶. Según DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, habrá que reinterpretar las expresiones del artículo que refieren la atención a la situación económica del reo y a sus “obligaciones y cargas familiares” y “demás circunstancias personales del mismo”, desde la óptica de lo que significa una persona jurídica¹⁷. En mi opinión en todo caso habrá que atender a los criterios que establece el propio artículo 66 bis CP para la imposición e individualización de las penas imponibles a las personas jurídicas: las consecuencias económicas y sociales y los efectos para los trabajadores, criterios parecidos a los que introduce el artículo 53.5 CP para la adopción del pago fraccionado: la puesta en peligro de la supervivencia de la persona jurídica y el mantenimiento de los puestos de trabajo.

En los casos de multa proporcional en que no sea posible concretar el beneficio, el perjuicio, el valor de la cosa defraudada o indebidamente obtenida la multa proporcional se transforma en multa por cuotas. En concreto, para el supuesto de que no sea posible establecer estos conceptos, que en ocasiones pueden resultar en verdad de muy difícil o imposible fijación cuantitativa, se determinan en el artículo 52.4 CP unas multas sustitutivas de las respectivas multas proporcionales vinculadas a la duración de la pena de prisión prevista para la persona física: “a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años”, “b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior” y “c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”. En todo caso, según establece el propio precepto, sólo cabrá acudir a la aplicación de estas multas sustitutivas cuando se exprese motivadamente en la sentencia

la imposibilidad de proceder al cálculo de la concreta proporcionalidad fijada en la parte especial.

No queda claro, como señalan DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, si los criterios de los números 2 y 3 del artículo 52 CP sobre concreción del importe de la multa proporcional serán o no de aplicación a las personas jurídicas. En opinión de estos autores parece que los criterios de delimitación de la cuantía de la multa deberán ser siempre los mismos, ya se trate de imponerla a una persona física, ya de imponerla a una persona jurídica, y prioritariamente la capacidad de una y otra, porque ésta es la única posibilidad si se quiere que sea realmente proporcionada¹⁸.

El art. 53.5 CP prevé para supuestos excepcionales un pago fraccionado de las multas impuestas a las personas jurídicas “durante un plazo de hasta cinco años”, de modo que lo normal será el pago de una sola vez. Este pago fraccionado parece referirse más a la multa proporcional, ya que para la multa por cuotas no tiene sentido el fraccionamiento, aunque el art. 53 en su conjunto se refiere a ambas clases de multa. Estos supuestos excepcionales tienen causas tasadas en la ley: “cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general”. El pago fraccionado podrá ser acordado tanto en sentencia como después durante su ejecución, ya que circunstancias sobrevenidas con posterioridad al momento de la sentencia pueden determinar que el pago de la multa ponga probadamente en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.

Si la persona jurídica condenada no satisface, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma. Intervención que lógicamente no podrá superar el plazo máximo de cinco años previsto como límite general para la pena de intervención¹⁹. No obstante, como ponen de manifiesto DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, ello puede

16 BACH FABREGÓ, Roger y GIMENO CUBERO, Miguel Ángel, “Clases y contenido de penas y ejecución de las penas (arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66 bis, 83, 100, 103 y 116 CP)”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, Aranzadi-Thomson, Cizur menor (Navarra), 2010, p. 77.

17 DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, *cit.*, p. 17.

18 *Ibidem*.

19 En este mismo sentido, R. BACH FABREGÓ y M.A. GIMENO CUBERO, “Clases y contenido de penas y ejecución de las penas (arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66 bis, 83, 100, 103 y 116 CP)”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, *cit.*, p. 78. En cambio, DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA parecen inclinarse en este caso por la posibilidad de alargar el plazo más allá de los cinco años fijados en el art. 33.7 g) CP (“La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, *cit.*, p. 17).

plantear un problema cuando no se logre el cobro de la multa, obligando a decidir si se embargan y ejecutan bienes, qué bienes, cómo salvaguardar los derechos de terceros, si promover o no una situación concursal, con qué grado de privilegio para la satisfacción de la multa y con cuál para otros intereses de trabajadores, acreedores, etc. Muchas cuestiones que la práctica judicial y la unificación de doctrina deberán ir concretando²⁰. De todas maneras, como reconocen BACH FABREGÓ y GIMENO CUBERO, esta intervención tiene una naturaleza distinta de la pena prevista en el apartado 7 g) del artículo 33 CP, siendo su objeto inmediato el cumplimiento de la pena, por lo que el contenido de la intervención estará muy alejado de las previsiones de la pena de intervención²¹.

3. Penas adicionales a la multa

Adicionalmente a la pena de multa las personas jurídicas pueden ser sancionadas también con otras penas que sustancialmente son las mismas que se regulaban como consecuencias accesorias en el anterior artículo 129 CP, con la inclusión de la inhabilitación para la obtención de subvenciones y ayudas y para contratar con el sector público. Estas penas son las que se contienen en el nuevo apartado 7 del artículo 33 CP, b) a g) y pueden imponerse conforme a las reglas que recoge el nuevo artículo 66 bis. Al establecerse su imposición con carácter general, sin que vengan fijadas por la ley para cada delito, se pone en manos del juzgador un arbitrio muy notable²².

En concreto, las penas que pueden acompañar a la multa impuesta a las personas jurídicas son las siguientes:

- Disolución de la persona jurídica
- Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.
- Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público

y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.

- Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La más grave de estas penas adicionales es la *disolución de la persona jurídica*, ya que “producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita” (art. 33.7.b) CP). Esta pena supone la desaparición o extinción de la misma persona jurídica, lo que conlleva 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. Es una sanción definitiva e irreversible y su incumplimiento dará lugar a una nueva responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento de condena, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de la nueva actuación criminal. Cuando hayan sido varias las personas jurídicas involucradas en el delito, la disolución puede afectar a una o a varias de ellas²³. Esta pena aparece impuesta con carácter obligatorio en los supuestos de las organizaciones y grupos criminales y terroristas y de las asociaciones ilícitas (arts. 520 y 570 quáter CP).

La *suspensión de las actividades de la persona jurídica* se diferencia de la disolución por su carácter temporal no pudiendo exceder su duración máxima de cinco años (art. 33.7.c) CP). La ley no resuelve el problema de si la suspensión de actividades alcanza a su totalidad o solamente a algunas de ellas. Según B.J. FEIJOO SÁNCHEZ la existencia de la pena de prohibición de realizar actividades parece apuntar a la totalidad de las actividades, por lo que la única diferencia con la disolución radicaría en que no se produce la pérdida definitiva de la personalidad jurídica, pero tendría en común la pérdida de la “capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita”²⁴. No comparte esta interpretación B. MAPELLI ya que ella

20 DE LA MATA, BILBAO Y ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, *cit.*, p. 17.

21 R. BACH FABREGÓ y M.A. GIMENO CUBERO, *ob. cit.*, p. 78.

22 Véase DE LA MATA, BILBAO Y ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, *cit.*, p. 14.

23 Véase B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *cit.*, p. 274.

24 B.J. FEIJOO SÁNCHEZ, en Miguel BAJO FERNÁNDEZ, Bernardo José FEIJOO SÁNCHEZ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas-Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 250.

convertiría de hecho la pena de suspensión en una disolución²⁵. Para este autor la pena de suspensión se referiría solamente a determinadas actividades sin que, por otro lado, esta solución pueda llevar a confundir esta pena con la de prohibición de actividades, ya que esta última constituye una medida estratégica que enerva a la par los riesgos criminógenos de la persona jurídica y los de su asfixia financiera. Cuando los jueces deciden aplicar esta sanción o la disolución, señala este autor, es porque se encuentran con una sociedad completamente infectada de planes criminales. “Toda ella se creó y diseñó con la finalidad de emplearla como instrumento para la comisión de delitos, de manera que manteniéndola activa no se asegura ninguna actividad legal, sino todo lo contrario”²⁶. Esta última parece ser la interpretación más razonable, ya que la fórmula legal relativa a la pena de prohibición de actividades no se refiere a estas en general sino solo a “las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito”. Ello no impide descartar que en supuestos de especial gravedad la pena de suspensión pueda afectar también a la totalidad de las actividades. Como en la disolución también esta pena puede afectar a más de una sociedad.

La *clausura de sus locales y establecimientos* (art. 33.7.d) CP se diferencia de la disolución en que afecta únicamente a los espacios materiales, no a la persona jurídica misma. En la sentencia deberá concretarse si la clausura se refiere a todos o solo a algunos de los establecimientos. Es conveniente tener en cuenta, señala B. MAPELLI, que con esta sanción se persigue neutralizar una actividad criminalmente peligrosa y no estigmatizar o satanizar un local vacío, por lo que, en consecuencia, si las personas que realizaban en el local la actividad delictiva, ya no pueden seguir haciéndolo por las circunstancias que sean, no procede el cierre de aquel²⁷. Se trata también de una pena temporal cuya duración máxima no podrá exceder de cinco años. En el anterior artículo 129 CP se regulaba también con carácter definitivo.

La *prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o*

encubierto el delito (art. 33.7.e) CP presenta, como ya se ha visto, problemas de delimitación con respecto a la suspensión de actividades. Según B. MAPELLI, el alcance de esta sanción es mucho más limitado que el de las anteriores, ya que aquí no sólo nos encontramos con una sociedad legalmente constituida, sino que parte de su actividad también es legal. Por eso la diferencia radica en que la prohibición es selectiva en la medida en que afecta únicamente a algunas de sus actividades, a aquellas “en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito”. La actividad prohibida es una actividad que sin ser típica sirvió para cometer el delito. Según este autor, la sentencia condenatoria no solo tendrá que concretar el tipo de actividades que se verán afectadas por la prohibición, sino también motivar y probar en la relación de los hechos que han servido para cometer, favorecer o encubrir el delito²⁸. Esta prohibición puede ser definitiva o temporal no pudiendo en este caso exceder de quince años. Se amplía, pues, el plazo de prohibición de cinco a quince años con respecto al anterior artículo 129 CP.

La *inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social* (art. 33.7.f CP) no figuraba entre las consecuencias accesorias del anterior art. 129 CP. La LO 5/2010, de 22 de junio, la ha incluido además en el catálogo de penas aplicables a las personas físicas (art. 33.3.m) CP), aunque sin comprender la inhabilitación para contratar con el sector público, probablemente por un descuido del legislador ya que también aparece impuesta en algunos delitos como es el caso del artículo 424 CP (“inhabilitación para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público”). Pese a no figurar en el catálogo general de penas con anterioridad a la reforma operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, esta pena figuraba ya como principal para algunos delitos (por ej., arts. 302, 305, 308, 369 o 424 CP).

En opinión de B. MAPELLI esta pena debe ser considerada como una forma de inhabilitación especial incluíble más específicamente dentro de las “pérdidas de

25 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 275. En el mismo sentido véase también Samuel FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010”, en *Cuadernos de Política Criminal*, año 2011, núm. 105, p. 178 y la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2011, de 1 de junio) que considera que, aun cuando “una interpretación literal del precepto parece obligar a la suspensión de todas las actividades de la misma”, puesto que “en la mayoría de las empresas con una cierta entidad y actividad económica real, la suspensión completa de su actividad puede equivaler de facto a su disolución”, los Fiscales “deberán limitar la solicitud de esta sanción a supuestos graves, o bien concretar el sector o ámbito concreto de la actividad que debe suspenderse, que lógicamente habrá de ser el que esté más directamente vinculado con la actividad delictiva atribuida a la corporación”.

26 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 275.

27 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 276.

derechos”, ya que se limita el derecho a concurrir a determinados beneficios económicos. La pena solo afecta a subvenciones o ayudas futuras no estando obligada la persona jurídica a devolver cantidad alguna procedente de ayudas públicas anteriores ni siquiera las que han dado lugar a la responsabilidad penal por defraudación, las cuales solo se podrán recuperar en la sede de la responsabilidad civil *ex delicto*²⁹.

Es justo que la persona jurídica desde la que se han cometido delitos quede inhabilitada para la obtención de estas ayudas³⁰. Se trata de una pena temporal que no podrá exceder de quince años.

La pena de *intervención judicial* tiene la finalidad expresamente asignada por el legislador de “salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores” (art. 33.7.g) CP)³¹. Podrá ir acompañada de otras siempre que se consideren salvaguardados estos derechos. Esta pena se aproxima, según J.L. DE LA CUESTA, a lo que pudiera ser una libertad vigilada de la persona jurídica, si bien presenta el inconveniente de la sobrecarga del aparato de la Administración de Justicia. La experiencia comparada pone de manifiesto su eficacia en este ámbito³².

La regulación legal que se hace ahora de esta pena en el art. 33.7.g) CP ofrece una mayor concreción que la que efectuaba el anterior art. 129 CP. Y el precepto remite todavía a una mayor concreción al establecer que “reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria”. Esta mayor concreción que ofrece ahora el artículo 33.7 g) CP acerca de la intervención judicial y su remisión a una ulterior regulación por vía reglamentaria han de ser objeto de aceptación positiva, pero como ponen de manifiesto R. BACH FABREGÓ y M. A. GIMENO CUBERO, el sentido y el fundamento de la intervención, teniendo en cuenta las finalidades que persigue

dirigidas a salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, es más propio exclusivamente de una medida de carácter cautelar y como tal debería ser regulada en la LECrim³³.

La regulación que ofrece el art. 33.7.g) CP se refiere a los aspectos más relevantes de la intervención estableciendo que “podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio”. Además el órgano judicial “en la sentencia, o posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención”, pues, como señala B. MAPELLI, la intervención de una sociedad o de una empresa dista mucho de ser una expresión jurídicamente unívoca, pudiendo tratarse de una intervención de la persona jurídica a través del control de sus órganos de decisión, de una intervención circunscrita a las actividades propiamente empresariales, en función de la naturaleza de aquéllas o incluso de la incautación de los bienes y de los activos de la sociedad³⁴. El órgano judicial tendrá que determinar también “quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial”.

Sobre la base de estos informes y de los del Ministerio Fiscal “la intervención se podrá modificar o suspender en todo momento”. En función de ello “el interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresas o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones”. También deberá ser tenida en cuenta como referencia normativa supletoria la regulación de la administración judicial en los arts. 630 a 633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil³⁵.

Se trata de una pena temporal cuya duración no podrá exceder de cinco años. El tiempo concreto dependerá de la propia complejidad de la empresa intervenida³⁶.

Como señala B. MAPELLI, todas estas penas tienen como objetivo alterar el normal funcionamiento de la

28 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 277.

29 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, pp. 266-267.

30 DE LA CUESTA, José Luis, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, en *Revisa electrónica de la AIDP*, 2011, p. 23.

31 Según B. MAPELLI CAFFARENA una interpretación extensiva de la norma permitiría incluir también en el ámbito de la intervención judicial los legítimos derechos de los socios o accionistas no involucrados en las actividades delictivas (*ob. cit.*, p. 277).

32 J.L. DE LA CUESTA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *cit.*, p. 23.

33 R. BACH FABREGÓ y M.A. GIMENO CUBERO, “Clases y contenido de penas y ejecución de las penas (arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66 bis, 83, 100, 103 y 116 CP)”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Director), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, *cit.*, p. 79.

34 B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *cit.*, pp. 277-278.

35 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Samuel, “Las penas aplicables a las personas jurídica tras la reforma legislativa de 2010”, *cit.*, pp. 181-182.

36 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 278.

persona jurídica condenada, en una escala que va desde su clausura hasta la suspensión de algunas de sus actividades concretas. Desde el punto de vista preventivo es conveniente que estas sanciones queden debidamente registradas —generalmente, en el Registro Mercantil— e inventariadas en el momento de ejecución de la pena para asegurar su publicidad y evitar el daño que pueden generar en el tráfico financiero o mercantil³⁷.

Todas estas penas adicionales a la multa, salvo la intervención judicial, entienden DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, difícilmente garantizan los derechos de trabajadores, acreedores, clientes, etc. Téngase en cuenta, por otra parte, siguen diciendo estos autores, que en el caso de la disolución y en parte también de la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito —al menos en empresas desarrolladas para la actividad en cuyo ejercicio se haya cometido el delito—, hablamos, además, de penas a perpetuidad, lo que suscita serias dudas de legitimidad³⁸.

Todas estas penas adicionales, con la salvedad obligada de la disolución de la persona jurídica, se siguen aplicando ahora también como consecuencias accesorias a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que carezcan de personalidad jurídica (art. 129.1 CP). Además, “la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa” (artículo 33. 7, último párrafo).

Se echan en falta algunas sanciones previstas en el Derecho comparado, como la publicación de la sentencia en los medios de comunicación del área económica o de actividad en la que la empresa se mueve, la vigilancia judicial, la inscripción de la entidad en determinados registros administrativos de carácter público, la prohibición de cotizar en mercados o la prohibición de publicitarse, de emitir obligaciones y cheques, de

utilizar tarjetas, durante un cierto tiempo, la amonestación pública, la imposición de obligación de realizar actividades o prestaciones de servicios a la comunidad, la caución de conducta, la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de la infracción que ha originado la responsabilidad o la misma pena de reparación³⁹. Todas estas sanciones, como pone de manifiesto J.L. DE LA CUESTA, sin suponer un gran riesgo para la viabilidad de la entidad, por su incidencia negativa, presentan un contenido punitivo cuya eficacia preventiva no ha de tenerse por irrelevante en el caso de las personas jurídicas⁴⁰.

Llama igualmente la atención la ausencia de sustitutos penales que permitan dejar total o parcialmente en suspenso durante algún tiempo la ejecución de la pena impuesta a la persona jurídica o incluso su sustitución, medidas que podrían ir acompañadas de determinadas obligaciones o reglas de conducta⁴¹, pues, como sostiene J.L. DE LA CUESTA, también en este campo la resocialización de las personas jurídicas debería constituir una de las prioridades del Derecho Penal⁴².

4. Reglas de aplicación de las penas imponibles a las personas jurídicas (art. 66 bis CP)

Como ya se ha indicado, en los supuestos en que el CP prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas además de la pena de multa, impuesta según el sistema de días-multa o como pena proporcional, se puede imponer adicionalmente y con carácter potestativo cualquiera de las penas recogidas en las letras b) a g) del artículo 33.7 CP. Cuando haya lugar a ello estaremos, pues, ante una penalidad compuesta de dos o más penas principales, independientes unas de otras. En consecuencia el órgano judicial, en un primer momento, deberá decidir si impone alguna de estas penas adicionales, para lo cual habrá de acudir a los criterios contenidos en la regla 1ª del artículo 66 bis CP. Y, en un segundo momento, deberá proceder a determinar su

37 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 274.

38 DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, *cit.*, p. 14.

39 Véase J.L. DE LA CUESTA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *cit.*, p. 23; J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “*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; S. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010”, *cit.*, p. 196.

40 J.L. DE LA CUESTA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *cit.*, p. 23.

41 Véase J.L. DE LA CUESTA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, *cit.*, p. 23; J.M. ZUGALDÍA ESPINAR, “*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. 12; S. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010”, *cit.*, p. 196.

42 J.L. DE LA CUESTA, *ob. cit.*, p. 23.

extensión teniendo en consideración las reglas contenidas en el artículo 66 bis CP. Por su parte, la pena de multa se determinará conforme a sus reglas propias y algunas del artículo 66 CP, pero también teniendo en cuenta para algunos supuestos las incluidas en el nuevo art. 66 bis CP.

Estas reglas del artículo 66 bis CP se caracterizan por su enorme complejidad, su confusión y su falta de precisión en la medida en que se mantienen sin ningún orden las reglas del artículo 66 CP junto a las nuevas establecidas en él y, como se verá, aquellas no son fáciles de encajar en la aplicación de las penas a las personas jurídicas. Por otro lado, se interfieren las mismas reglas para determinar la elección e imposición de la pena y determinar su extensión. Como con buen criterio señala B. MAPELLI, “la ampliación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, inaugurada con la Reforma 5/2010, hubiera sido una buena ocasión para proponer un sistema alternativo de determinación de la pena menos apegado a los criterios aritméticos y a las circunstancias cerradas que tantas dificultades plantea en relación con las personas físicas. En cambio, el art. 66 bis CP trata de solventar el problema afectando lo menos posible al edificio que ya existe y revalida para aquéllas las mismas reglas”⁴³.

Por otra parte, como ha indicado S. BACIGALUPO SAGGESE, “un catálogo de penas cuya determinación concreta y cuya duración no se encuentran previstas de forma expresa en el tipo penal vulnera claramente el principio de legalidad en su aspecto de *lex certa*. No es posible que el legislador deje al arbitrio judicial la decisión de cuál de todas las penas previstas en el art. 33.7 será aplicable al delito cometido por una persona jurídica, toda vez que cada una de las penas previstas afecta derechos fundamentales de diversa índole y gravedad, pues no tienen las mismas características, ni las mismas implicaciones para la actividad empresarial”. Así, concluye esta autora, “la regla establecida en el nuevo art. 66 bis es una regla de determinación de la pena, pero no establece —ni puede— el marco de la pena que debe

estar contenido en el tipo penal”⁴⁴. En realidad se trata de sanciones más cercanas a las medidas de seguridad que se basan en un estado o situación de peligrosidad orientadas más al futuro⁴⁵.

El artículo 66 bis establece en su primer párrafo una regla general según la cual “en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66”. De esta remisión a las reglas del artículo 66.1 CP se excluye la regla 5ª, referida a la reincidencia cualificada que tiene un tratamiento específico en el nuevo artículo 66 bis CP. En realidad, como se explicará más adelante, esta regla general sólo resulta de aplicación a la pena de multa, a pesar de que nada se diga de forma expresa en el precepto. Con relación a las demás penas las reglas del art. 66.1 CP podrán aplicarse tan sólo como meras orientaciones en la determinación de su extensión. El legislador no ha querido romper con el sistema de individualización de la pena del art. 66 CP sin caer en la cuenta de que resulta incompatible con las penas adicionales a la pena de multa. Esta además se regirá por las reglas generales establecidas para ella tanto si se trata del sistema de días-multa como si se trata de la multa proporcional. Las restantes reglas del art. 66 bis CP, no exentas de cierta complejidad, se refieren específicamente a las penas adicionales a la multa

La regla 1ª del precepto establece los criterios para determinar la imposición —y también la extensión concreta— de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33, es decir, las penas específicas de las personas jurídicas, en los supuestos en que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II. Los tres criterios a tener en cuenta son: a) la “necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos” (prevenir nuevos delitos), b) las “consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores” (evitar sus efectos), criterio que aparece también en la norma relativa al pago fraccionado de la multa (art. 53.5 CP),

43 B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 304.

44 S. BACIGALUPO SAGGESE, “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)”, en *Diario La Ley* (edición electrónica), nº 7541, 5 de enero de 2011, p. 10.

45 Según BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y otros (*Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediciones Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2010, p. 558) estas sanciones siguen en su determinación una lógica similar a las medidas de seguridad, en el sentido de que para su imposición es necesario constatar la existencia de una empresa peligrosa en la que existe un defecto de organización permanente que hace posible que en el futuro aparezcan en su interior hechos delictivos similares o incluso vayan a mantenerse los efectos del delito (regla 1ª). Una vez constatada la peligrosidad empresarial, al igual que ocurre con las medidas de seguridad, opera el principio de proporcionalidad en la medida en que vienen a establecerse determinados límites (regla 2ª). En sentido parecido, véase B.J. FEIJOO SÁNCHEZ, en *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*, cit., pp. 236y 246.

y c) “el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control”⁴⁶. En opinión de B. MAPELLI se trata de tres criterios que ponen de manifiesto cuál es el propio fundamento de la criminalización de las personas jurídicas. Según este autor la corrupción dentro del sector de las empresas y sociedades comporta un grave riesgo para las políticas socio-económicas de un país y, por esta razón, la pena debe ser, en primer lugar, la más eficaz para neutralizar la actividad delictiva de la corporación condenada. Pero, a su vez, la pena debe procurar no añadir obstáculos a la normalización legal de la actividad de aquélla⁴⁷.

Con relación al último criterio, R. BACH FABREGÓ y M. A. GIMENO CUBERO señalan “que se trata de una norma de valoración un tanto anómala, por cuanto el legislador ha diseñado la responsabilidad penal de las personas jurídicas en forma que ha sido calificada por la doctrina como una suerte de responsabilidad objetiva, al no haber incluido en la definición del artículo 31 bis criterios autónomos de imputación de la persona jurídica que se refieran al deber de control por parte de los responsables de la persona jurídica, salvo cuando se refiere a los empleados o subalternos en el párrafo segundo del artículo 31 bis-1 en cuyo caso sí se refiere a la omisión del debido control. De forma que no siendo requisito el incumplimiento de los deberes de control en términos generales para la declaración de responsabilidad de la persona jurídica, la inserción de esta norma para la determinación de la pena causa una cierta distorsión en el sistema, y en todo caso únicamente podrá ser aplicada cuando se declare que se produjo tal circunstancia”⁴⁸.

El Código Penal no deja suficientemente claro si se pueden imponer más de una de las penas recogidas en el art. 33.7 CP, pero parece que no hay ninguna dificultad para ello. En primer lugar, en la cláusula de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica que se usa en la parte especial del Código Penal el legislador utiliza el plural (“los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”). Y en segundo lugar, según

señala B. MAPELLI, como “en estas penas dominan las razones preventivas frente a las punitivas, parece lógico pensar que pueda acudir a una combinación de las mismas si ello resulta más eficaz de cara a los tres criterios recogidos más anteriormente”⁴⁹. Y, en tercer lugar, el art. 129.1 CP prevé expresamente la imposición de una o varias de estas penas cuando operen como consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica. En todo caso ha de tratarse de penas que sean compatibles entre sí, como sería el caso de la intervención judicial y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

Después de elegida la pena o penas adicionales, siempre que se trate de penas temporales, hay que proceder a determinar la extensión de cada una de ellas. Para ello hay que volver a tener en cuenta los tres criterios establecidos en la regla 1ª y además la regla 2ª. Esta regla 2ª establece criterios y límites para la determinación de la extensión temporal de las penas previstas en las letras c) a g) atendiendo al principio de proporcionalidad con el delito o con el grado de peligrosidad de la persona jurídica. En primer lugar, se establece un límite absoluto de carácter general referido a las penas previstas para las personas físicas en los respectivos tipos penales en los que se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Concretamente la regla 2ª del art. 66 bis CP comienza estableciendo: “Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física”. Como muy bien señala B. MAPELLI, la disposición suscita muchos interrogantes, empezando por el de su propia oportunidad, ya que no tiene fundamento que exista una relación punitiva proporcionada entre una y otra, tal como existe entre el autor y el cómplice. Además esta proporcionalidad no tendría vigencia si la pena es de multa o fuera definitiva o si la pena prevista para la persona física no fuere de privación de libertad⁵⁰.

46 En opinión de DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, no se ve qué tiene que ver este criterio con la persona jurídica en sí (“La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, *cit.*, p. 17).

47 B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, *cit.*, pp. 305-306.

48 R. BACH FABREGÓ y M. A. GIMENO CUBERO, “Clases y contenido de penas y ejecución de las penas (arts. 33, 36, 39, 46, 50, 52, 53, 56, 58, 66 bis, 83, 100, 103 y 116 CP)”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios*, *cit.*, p. 81.

49 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 306.

50 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 306.

En segundo lugar, se establecen en esta regla 2ª criterios o requisitos para poder imponer las penas previstas en las letras c) a g) por un tiempo superior a dos años, por un lado, y para la imposición con carácter permanente en las letras b) (disolución de la persona jurídica) y e) (prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) (prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito) y f) (inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social), del artículo 33.7 CP, por otro lado.

Para la imposición de las penas previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que, además de tener en cuenta los criterios generales de la regla 1ª, se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: “que la persona jurídica sea reincidente”, de acuerdo con lo que se establece en el art. 22. 8ª CP, o “que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales”. En orden a una mayor precisión el propio precepto define cuándo debe entenderse que la persona jurídica se utiliza instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales: “siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal”, sin que se concrete, como señala B. MAPELLI, con qué criterios debe medirse la comparación, si con el de la actividad empresarial o con el de los ingresos económicos⁵¹. Se trata, por tanto, de sancionar cualificadamente los supuestos de personas jurídicas criminalizadas, aquellos en los que la persona jurídica se configura como un instrumento para la comisión de delitos⁵².

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e) y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33 CP, será necesario que, además de los criterios generales, se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) “que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5ª del primer número del artículo 66” (reincidencia cualificada) o b) “que la persona jurídica se utilice instru-

mentalmente para la comisión de ilícitos penales”. El precepto vuelve a repetir lo que ya ha establecido que debe entenderse por utilizarse instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales.

En todos los supuestos se trata, pues, de circunstancias que se refieren a la reiteración delictiva, bien a la reincidencia simple, bien a la cualificada, y a la continuación o mantenimiento de la actividad delictiva. Bastará con la concurrencia de una sola de estas circunstancias para dar lugar, en cada caso, a la posibilidad de las penas que se señalan.

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 a estas penas adicionales de la regla general del precepto según la cual “en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del artículo 66”. Esta dificultad se ahonda aún más por el hecho de que estas penas adicionales aplicables a las personas jurídicas carecen de límite mínimo (salvo que se considere como tal un día) y no vienen impuestas en la forma de marcos penales que es el presupuesto para la aplicación de las reglas del artículo 66.1 CP. Ello hace imposible la determinación de la pena inferior en grado y su división en dos mitades, operaciones sobre las que giran precisamente las reglas del artículo 66.1. La conclusión a que ha de llegarse, a pesar de que nada se diga expresamente en el precepto, es que la regla general del párrafo primero del artículo 66 bis únicamente resulta de aplicación a la pena de multa⁵³. En la aplicación y modulación de la extensión concreta de las penas adicionales a la multa tales reglas desempeñarán tan solo una función orientativa correspondiendo un protagonismo importante al arbitrio judicial.

Por otro lado, la regla 1ª del art. 66 bis CP puede ser aplicable también a la pena de multa, ya que los tres criterios en ella establecidos para la determinación de la pena pueden tenerse en cuenta para valorar la situación económica y determinar la extensión y el importe de la cuota de la multa así como la cuantía de la multa proporcional a falta de criterios propios o específicos para ello en el artículo 50.5 que explícitamente solo atiende a la multa aplicable a las personas físicas⁵⁴. Y

51 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, p. 308.

52 Véase R. BACH FABREGÓ y M.A. GIMENO CUBERO, *ob. cit.*, p. 82.

53 En el mismo sentido J.L. DE LA CUESTA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...”, *cit.*, p. 25; B.J. FEIJOO SÁNCHEZ, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *cit.*, p. 236.

54 En el mismo sentido F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 633.

algo parecido puede decirse del artículo 52.2 para el caso de las multas proporcionales. Además los criterios establecidos en la regla 1ª b) del artículo 66 bis CP vienen a coincidir en parte con los criterios fijados en el artículo 53.5 para la determinación del pago fraccionado de la multa impuesta a una persona jurídica.

En todo este profuso complejo de reglas y limitaciones no se alcanza a saber cuál es el papel que han de desempeñar las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en la determinación de la pena correspondiente a las personas jurídicas y en la articulación con el resto de las reglas del art. 66 bis CP. Por un lado, el art. 66 bis dispone que “en la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del primer número del art. 66”, lo que da a entender que a las personas jurídicas se les pueden aplicar atenuantes y agravantes. Y por otro lado, el art. 31 bis 4 establece cuatro circunstancias atenuantes de naturaleza postdelictiva. Por lo que respecta a las agravantes hay que entender entonces que son de aplicación general a las personas jurídicas las del catálogo general del art. 22 CP, lo que no parece tener mucho sentido⁵⁵. Además, ya se tiene en cuenta en la regla 2ª del art. 66 bis la reincidencia tanto la simple como la cualificada del art. 66.1 5ª CP. Como ya se ha indicado, las reglas del art. 66.1 CP, a las que remite el art. 66 bis CP, sólo tendrán aplicación en relación con la multa por cuotas —lo cual, por otro lado, ya se establece en el art. 50.5 CP— en función de las atenuantes previstas para las personas jurídicas y las agravantes que puedan resultar de aplicación a ellas. También deberán ser tenidas en cuenta estas circunstancias modificativas en la determinación de la extensión de la multa proporcional en los términos fijados en el artículo 52.2 CP. Para el resto de las penas aplicables a las personas jurídicas las reglas de determinación de la pena en atención a las circunstancias modificativas de la responsabilidad contenidas en el art. 66.1 CP solo tendrán el valor de pautas o criterios de orientación en coordinación con las reglas y limitaciones del artículo 66 bis CP.

Por otro lado, llama la atención que en ningún momento, ni para decidir acerca de la misma imposición de estas penas ni para la determinación de su concreta

extensión se establezca que haya de tenerse en consideración la gravedad de los hechos, salvo en el último inciso del art. 31 bis.2 CP a efectos de la modulación de las cuantías de las multas impuestas a la personas jurídica y a la persona física. Ello constituye un argumento más a favor de que a los efectos de fijar la gravedad de las penas aplicables a las personas jurídicas —salvo la multa— no interesa el injusto, ni la culpabilidad de la empresa sino la eficacia preventiva de las mismas⁵⁶. No obstante, este dato de la gravedad de los hechos podrá ser tenido en cuenta para la concreción de la pena a imponer en la sentencia a través de la regla 6ª del artículo 66.1 CP a la que remite el artículo 66 bis.

El art. 31 bis 2 establece en su inciso final que “cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas (la persona jurídica y la física) la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”. Parece como si el legislador se arrepintiera de la doble imposición de una multa, una a la persona jurídica y otra a la física, y estableciera una suerte de compensación entre ambas. Es verdad que se trata de un mismo hecho delictivo, pero son responsabilidades penales distintas. Y la responsabilidad penal es personal e intransferible con independencia de la pena que pueda corresponder a otros responsables. Como señalan DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, no parece que tenga mucho sentido rebajar, por ejemplo, la pena del autor de un hecho porque exista un inductor detrás⁵⁷. La pena de multa ha de ser proporcional a la gravedad del hecho y a las circunstancias del sujeto sin tener en cuenta la concurrencia de otras personas responsables. El legislador parece confundir aquí la pena de multa con la responsabilidad civil⁵⁸. Como sostiene ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., apoyándose en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto originario de 14 de julio de 2006, se trata de una previsión del principio de proporcionalidad de las penas “innecesaria, errónea y contraproducente” sobre la base de un “*ne bis in idem*” que en realidad no es tal, pues no existe identidad subjetiva, ni tampoco “de bolsillos con los que proveer al pago de la multa, dado que se trata de patrimonios jurídicamente diferentes”⁵⁹.

55 MATA, BILBAO y ALGORTA, “La atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, *cit.*, p. 17.

56 Véase B. MAPELLI CAFFARENA, *Las consecuencias jurídicas del delito*, cit., p. 307; B.J. FEIJOO SÁNCHEZ, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., pp. 236 y 244.

57 MATA, BILBAO y ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, *cit.*, p. 15.

58 B. MAPELLI CAFFARENA, *ob. cit.*, pp. 51 y 238.

59 ZUGALDÍA ESPINAR, 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, pp. 10-11. En el mismo sentido S. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ,

En todo caso, en la medida en la que la ley se refiere a modular “las respectiva cuantías” B.J. FEIJOO SÁNCHEZ entiende que “en caso de optarse por rebajar las penas de multa deberían atenuarse las dos a la vez”, pues se trata de “una auténtica compensación y no de una regla de atenuación independiente”⁶⁰.

5. Penas y consecuencias accesorias

El artículo 129 CP, según la redacción dada al mismo por la LO 5/2010, de 22 de junio, sigue previendo la imposición, ahora a los entes carentes de personalidad jurídica, de consecuencias accesorias (aunque sin enumerarlas ya de forma concreta) con el mismo contenido asignado a las penas establecidas para las personas jurídicas. El apartado 1 de este precepto establece: “En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita”.

Es decir, para estas entidades sin personalidad jurídica se siguen previendo consecuencias accesorias que tienen el mismo contenido que las penas aplicables a las personas jurídicas en sentido estricto. Pero ahora, a diferencia de la anterior formulación del art. 129 CP, se omiten ya las referencias a la prevención de la continuidad delictiva y sus efectos como su fundamento y finalidad. Pero, aun cuando estas referencias hayan pasado ahora a integrarse en el art. 66 bis CP, con mayor razón deberán seguir siendo el fundamento y finalidad de estas consecuencias accesorias⁶¹.

Como señala J.L. DE LA CUESTA, frente a lo desarrollado respecto de la responsabilidad penal, para las consecuencias accesorias, el CP continúa manteniendo

una grave indefinición e indeterminación, tanto en lo concerniente a los requisitos de imputación, como sobre su naturaleza jurídica⁶². Para su imposición se prescinde de que incumplan o no obligaciones de control o supervisión, de que quien cometa el delito lo haga representando a la entidad e incluso de que se actúe en provecho de esta; para la imposición de la consecuencia accesoria es suficiente con que se actúe en el seno de la entidad⁶³. Por otro lado, como pone de manifiesto J.L. DE LA CUESTA, el actual art. 129 CP introduce una importante precisión que viene a aclarar el sentido de la accesoriedad de estas consecuencias. Y es que el propio precepto, en su apartado 1, alude a esas consecuencias como “accesorias a la pena que corresponda al autor del delito”, lo que viene a quitar todo apoyo a las tesis de quienes, en la línea defendida con base en el anterior art. 129, continúan manteniendo que basta una accesoriedad limitada, traducida en la constatación de la comisión de un hecho típico y antijurídico, debiendo entenderse ya que la accesoriedad requerida es máxima: “sin pena (...) no hay consecuencia accesoria”⁶⁴.

Como previene el propio art. 129 CP en su apartado 2 estas consecuencias accesorias “sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas”. Estas consecuencias accesorias solo podrán aplicarse, pues, en aquellos supuestos en los que el CP haga remisión expresa al art. 129 (por ejemplo, arts. 162, 262, 294, 318, 366, 386 o 520) y en aquellos otros en los que admitiéndose la responsabilidad penal de las personas jurídicas se trate de entidades sin personalidad jurídica. Como ya se ha indicado, llama la atención que con relación a determinados delitos, como ocurre muy particularmente con los delitos contra los derechos de los trabajadores, pese a admitirse la atribución de los hechos a personas jurídicas, no se admita expresamente la responsabilidad penal de estas y se remita en cambio al art. 129 para la imposición de alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 CP.

en “Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010”, cit., pp. 175-176 y J.L. DE LA CUESTA, en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, cit., p. 22.

60 B.J. FEIJOO SÁNCHEZ, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 242.

61 Véase J.L. DE LA CUESTA, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español”, cit., p. 24.

62 J.L. DE LA CUESTA, *ob. cit.*, p. 24.

63 Véase DE LA MATA, BILBAO y ALGORTA, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención...”, cit., p. 18.

64 J.L. DE LA CUESTA, *ob. cit.*, p. 24.