

# **Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación española.<sup>1</sup>**

José Luis Díez Ripollés.

Catedrático de derecho penal. Universidad de Málaga (España).

Sumario: I. Introducción. II. Clases de penas aplicables. III. Pena de muerte societaria. IV. Penas privativas de derechos societarios. V. Pena de multa por cuotas y proporcional. VI. Reglas específicas de determinación legal de la pena. VII. Criterios específicos de determinación judicial de la pena.

## **I. Introducción.**

La regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida por LO 5/2010, que entró en vigor el 23 de diciembre de ese mismo año, ha sido objeto desde entonces de una intensa atención de la doctrina jurídica. La mayoría de los trabajos, sin embargo, se han ocupado de analizar el ámbito objetivo y subjetivo de esa responsabilidad y los elementos que la configuran. En un segundo plano ha quedado el estudio del catálogo de sanciones previsto, así como las reglas de imposición y determinación de esas sanciones.

En el presente trabajo me ocupo de analizar las interesantes cuestiones que plantea el sistema de penas diseñado para las personas jurídicas al igual que las previsiones, en ocasiones novedosas, establecidas para la imposición de estas penas, y para su determinación legal y judicial.

## **II. Clases de penas aplicables.**

El código penal español recoge en un precepto específico, el art. 33.7, las penas aplicables a las personas jurídicas, diferenciadas de las penas previstas para las personas físicas. Tales penas pueden ser clasificadas de acuerdo a diversos criterios.

En razón del *bien jurídico o derecho afectados* podemos distinguir entre muerte societaria, privaciones o restricciones de la libertad societaria, privaciones de otros derechos, y multa<sup>2</sup>. La disolución de la persona jurídica –art. 33.7 b-, que supone la liquidación y

---

<sup>1</sup> Publicado In: *Estudios en homenaje al Profesor Rodrigo Fábio Juárez Montes*. Ed. Constitutio Criminalis Carolina, 2013, p.195-217.

<sup>2</sup> Véanse otras distinciones, muy influidas por el concepto de penas interdictivas, en Dopico Gómez-Aller, 2010, pp. 24, 26; Gómez-Jara Díez, 2010, p. 11; Nieto Martín, 2008, pp. 279 y ss; Muñoz Conde / García Arán, 2010, p. 632.

Robles Planas, 2011, pp. 7-8, niega el carácter de penas a las sanciones previstas en el art. 33.7 del código penal, consideradas más bien incentivos preventivos encaminados a impedir la incorporación a la persona

extinción de la sociedad, puede considerarse como una pena capital para la persona jurídica<sup>3</sup>. Las penas privativas o restrictivas de la libertad societaria se caracterizan porque se priva o limita a la sociedad su libertad de obrar, singularmente su libertad de empresa constitucionalmente reconocida –art. 38 CE-, aunque también los derechos de asociación y fundación –arts. 22 y 34 CE-<sup>4</sup>: Entre las privativas de esa libertad se encuentran las penas de suspensión de actividades de la persona jurídica –art. 33.7 c-, y la clausura de sus locales o establecimientos –art. 33.7 d-, siempre que en ambos casos se proceda a una suspensión o clausura total de actividades, locales o establecimientos; entre las restrictivas de la libertad societaria se encuentran la suspensión o clausura parcial de actividades, locales o establecimientos –arts. 33.7 c y d-, y la pena de prohibición de realizar actividades relacionadas con el delito –art. 33.7 e-. Existen penas que interfieren limitativamente en el ejercicio de otros derechos o facultades societarias: Las inhabilitaciones especiales, que pueden ser para obtener ayudas y subvenciones públicas, para contratar con el sector público, o para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social –art. 33.7 f-, y la intervención judicial de la sociedad –art. 33.7 g-. Tiene, por supuesto, una importante presencia la pena de multa, afectante al patrimonio de la sociedad, y que puede ser por cuotas de acuerdo al sistema de días-multa, o proporcional, variante que tiene una frecuencia mayor aquí que en las personas físicas.

Resulta fácilmente apreciable que todas estas penas, salvo la multa y las inhabilitaciones especiales, corresponden sustancialmente con las consecuencias accesorias previstas para las personas jurídicas cuando no se había introducido en nuestra legislación penal la responsabilidad societaria. En todo caso, la lista parece corresponder bien a las exigencias internacionales<sup>5</sup>.

Si atendemos a su carácter de *graves, menos graves o leves*, apreciamos que el legislador ha dado a todas las penas de personas jurídicas la calificación de graves –art. 33.7 ab initio-. Ello tiene diversas repercusiones, por ejemplo, en la prescripción de la pena –art. 133.1- y en la cancelación de los antecedentes penales –art. 136.2 2º-, pudiendo dar lugar a un

---

jurídica de beneficios económicos derivados de delitos. La interpretación se enmarca en su rechazo a la existencia de una auténtica responsabilidad penal en el art. 31 bis. Véase Díez Ripollés, 2012, p. 18.

<sup>3</sup> Así también Fiscalía general del estado, 2011, p. 65; Zúñiga Rodríguez, 2010, p. 320.

<sup>4</sup> Véase también Gómez-Jara Díez, 2010, p. 12.

<sup>5</sup> Véanse Bacigalupo Sagesse, 2011, p. 31; Zúñiga Rodríguez, 2010, p. 319; Baucells Lladós, 2011, p. 425. Echan en falta algunas otras penas Baucells Lladós, 2011, p. 425; Morales Prats, 2010, p. 64; Nieto Martín, 2008, pp. 279 y ss.; Zugaldía Espinar, 2010, p. 592.

tratamiento más estricto que el otorgado al delito cometido por la persona física y que es transferido a la persona jurídica<sup>6</sup>.

En atención a su *autonomía*, solo una de las penas previstas tiene carácter principal, la pena de multa, funcionando el resto como penas accesorias de la anterior, por más que la ley no las denomine así. A favor de esta interpretación está que solo pueden ser impuestas junto a la pena de multa; que se mencionan de manera indiferenciada, mediante una misma fórmula genérica, en las figuras de delito que prevén la multa; y que son de aplicación facultativa entre una lista alternativa o, en ocasiones, acumulativa. De todos modos, su duración no depende de la duración de la pena principal, lo que no es obstáculo para seguir calificándolas como accesorias.

En este contexto interesa resaltar que la cuantía de la pena principal de multa es *dependiente* en muchos casos de la pena prevista para la persona física transferente, lo que es una manifestación más del modelo de transferencia vigente<sup>7</sup>.

La pena de multa, que es la que en todo caso siempre se impone a las personas jurídicas, funciona en régimen de *pena única*. Ello no impide que, con carácter facultativo, se puedan acumular a ella una o varias de las otras penas aludidas, que son funcionalmente accesorias. Dentro de la propia pena de multa caben varias posibilidades entre sus dos modalidades: Que se prevea la pena de multa por cuotas como pena única, que la pena única sea la multa proporcional, o que se configure una pena alternativa entre multa por cuotas o multa proporcional en un contexto de subsidiariedad<sup>8</sup>.

Por lo demás, no existen *penas sustitutivas* de la pena originaria de multa, y tampoco de las otras penas de las personas jurídicas<sup>9</sup>.

### **III. Pena de muerte societaria.**

La pena de disolución de la persona jurídica –art. 33.7 b-, que da lugar a su liquidación y extinción, equivale a su muerte a efectos jurídicos<sup>10</sup>. El legislador se ha sentido obligado a

---

<sup>6</sup> Así, Baucells Lladós, 2011, p. 431; Boldova Pasamar / Rueda Martín, 2011, p. 276; Fiscalía general del estado, 2011, p. 62. Priva, sin embargo, de relevancia a la clasificación de estas penas como graves, respecto a la prescripción en general, Bacigalupo Sagesse, 2011, pp. 36-37.

<sup>7</sup> Así, arts. 189 bis, 251 bis, 261 bis, 264, 288, 302, 310 bis p.1 a, 327, 328, 369 bis, 427, 576 bis. Sobre el modelo de transferencia seguido por la regulación española de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase Díez Ripollés, 2011, pp. 244 y ss.; 2012, pp. 14 y ss.

<sup>8</sup> Véase este último supuesto en arts. 318 bis, 319, 328, 348.3, 369 bis, 427, 445, así como en previsión de art. 52.4.

<sup>9</sup> Así Roca Agapito, 2010, pp. 113-114; Zugaldía Espinar, 2010, p. 593. Sin embargo, estima aplicables las penas sustitutivas del art. 88 a las penas de personas jurídicas de duración inferior a dos años, salvo la pena de multa, Gómez-Jara Díez, 2010, p. 12.

<sup>10</sup> Así también Bacigalupo Sagesse, 2011, p.33.

dar una definición legal de ella, innecesaria, y centrada en tres efectos: Pérdida definitiva de su personalidad jurídica, pérdida de su capacidad de actuar en el tráfico jurídico, imposibilidad de llevar a cabo cualquier actividad, incluso lícita. Es, como todas las penas de las personas jurídicas, pena grave, y funciona como accesoria facultativa de la pena de multa.

Al ser la pena societaria más transcendente debe limitarse a casos extremos, a cuyos efectos habrá que verificar cuidadosamente, además de los fines perseguidos con la pena, su proporcionalidad con la gravedad del delito transferido a la persona jurídica<sup>11</sup>. De ahí que parezca razonable destinarla especialmente para casos de sociedades instrumentales, esto es, creadas o utilizadas por personas físicas para cometer delitos o eludir responsabilidades penales; ello está todavía más justificado si se piensa que el legislador español ha optado por hacer responsables penales a estas sociedades de acuerdo al modelo de transferencia, en lugar de crear el delito de testaferría de la persona física, y aplicar una medida de seguridad de disolución a la sociedad instrumental<sup>12</sup>. Es más, a su aplicación en tales casos junto a los de multirreincidencia, reduce en la práctica su aplicación el art. 66 bis p.3<sup>13</sup>.

No podemos ignorar, sin embargo, la nula aplicación de esta reacción penal, entendida como consecuencia accesoria, desde su creación en 1995, lo que parece apuntar a que los, sin duda, legítimos intereses económicos y laborales afectados por la disolución pueden estar primando en exceso sobre los intereses político-criminales.

#### **IV. Penas privativas de derechos societarios.**

Entre estas penas societarias hay tres susceptibles de calificarse como privativas o restrictivas de la libertad societaria, a saber, la suspensión temporal de actividades, la clausura temporal de locales y establecimientos, y la prohibición temporal o definitiva de realizar actividades relacionadas con el delito. Además, hay otras dos penas que puede considerarse que privan de otros derechos o facultades societarias, esto es, las inhabilitaciones especiales y la intervención judicial.

1.

La *suspensión temporal de actividades* – art. 33.7 c- paraliza las actuaciones que esté llevando a cabo la persona jurídica, correspondan o no con su objeto social. Esa interrupción

---

<sup>11</sup> Resaltan este último principio, Baucells Lladós, 2011, pp. 429-430; Fiscalía general del estado, 2011, p. 65.

<sup>12</sup> Sobre la mayor adecuación de esta solución en estos casos, véase Díez Ripollés, 2011, p. 138.

<sup>13</sup> Véase la interpretación del art. 66 bis p. 3, infra. Abogan por una aplicación enfocada a los casos de instrumentalidad, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 27; Zúñiga Rodríguez, 2010, p. 320. Advierte de la insuficiencia del criterio de imposición del art. 66 bis, Bacigalupo Sagesse, 2011, p. 33.

de actividades no afecta a la persistencia de la persona jurídica ni a la accesibilidad a sus locales o establecimientos.

Aunque el código habla de suspensión de *sus* actividades, lo que apunta a la suspensión de todas las actividades de la sociedad, un sector doctrinal aboga porque la suspensión pueda ser de todas o parte de sus actividades: Se hace notar que una suspensión total por un tiempo significativo puede equivaler en la práctica a la disolución de la sociedad, algo previsible en sociedades mercantiles debido a la pérdida de la cartera de clientes o de la plantilla laboral, o a su ausencia del mercado. De ahí que se proponga que la suspensión total solo se aplique a casos especialmente graves, admitiendo una suspensión parcial, que podría en ocasiones limitarse a las actividades relacionadas con el delito<sup>14</sup>. Ciertamente, esta propuesta doctrinal tiene una poderosa razón político-criminal a su favor, pero es susceptible de objeciones de peso: Da como resultado una superposición de esta pena con la de prohibición de actividades –art. 33.7 e-, la que podría evitarse entendiendo que la suspensión parcial es de actividades no relacionadas con el delito, pero a costa de privar entonces de fundamento a esa suspensión temporal. No siempre una suspensión temporal de actividades compromete la existencia de la sociedad, cuando menos porque no todas las sociedades desarrollan actividad empresarial o equivalente. Por otra parte, la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de personas físicas tiene un contenido similar, no cuestionado<sup>15</sup>. Y no olvidemos que su precedente, la antigua consecuencia accesoria del art. 129.1, conllevaba sin duda la suspensión total. De todos modos, la interpretación por la que me inclino, favorable a entender la pena como de suspensión total, no ha de obstar a que su aplicación deba hacerse de manera parsimoniosa.

La *clausura temporal de locales y establecimientos* –art. 33.7 d- impide el acceso a las instalaciones de la sociedad, y su utilización. Y ello con independencia de que la sociedad sea propietaria de ellas o las utilice en virtud de algún otro título jurídico<sup>16</sup>. Por lo general la clausura implicará, al igual que en la pena anterior, la interrupción de las actividades societarias<sup>17</sup>, por más que, dada la persistencia de la persona jurídica, nada impide que esta continúe sus actividades en instalaciones sobre las que carezca de título jurídico alguno: Por

---

<sup>14</sup> Así, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 27; Fiscalía general del estado, 2011, p. 66. En contra, Zúñiga Rodríguez, 2010, p. 320

<sup>15</sup> Destaca la similitud, Bacigalupo Sagesse, 2011, p. 33.

<sup>16</sup> Según cual sea ese otro título jurídico el decreto de clausura temporal puede invalidarlo.

<sup>17</sup> Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 27, estima que forma una sola pena con la anterior.

ejemplo en instalaciones de otras sociedades puestas a su disposición de manera compartida, gratuita y provisional, o en domicilios particulares de sus directivos o empleados.

La pena implica la clausura de todos sus locales o establecimientos, dada la expresión legal utilizada. Con todo, un sector doctrinal reitera la conveniencia de que quepa la clausura total o parcial, limitándose esta última a las instalaciones relacionadas con el delito. Para ello se emplean argumentos semejantes a los argüidos para la pena de suspensión de actividades<sup>18</sup>. A mi juicio, a favor de esta interpretación aboga el que ya no haya una clara superposición con la pena del art. 33.7 e, pero el argumento político-criminal antes alegado pierde fuerza pues la clausura total no da lugar necesariamente al cese de la actividad societaria, y persiste la impresión de que la pena encaminada a incidir sobre elementos societarios directamente relacionados con el delito es la prohibición de actividades del art. 33.7 e.

*La prohibición temporal o definitiva de realizar actividades relacionadas con el delito – art. 33.7 e- exige que la condena especifique qué rama de actividad, sector de negocio o prácticas societarias de la persona jurídica resultan afectados por la pena. No estamos, pues, ante una prohibición general de las actividades societarias. Sin embargo, tal efecto, si es temporal, puede derivar de la pena del art. 33.7 c y, si es definitivo, prácticamente de la pena del art. 33.7 b. Ello no obsta a que si la actividad prohibida incide sobre el núcleo del objeto social los efectos serán semejantes<sup>19</sup>.*

La concreción de esas actividades debe hacerse en función de su similitud con aquellas mediante las que se ha cometido, favorecido o encubierto el delito. Más precisamente, aquellas actividades societarias de las que se ha servido la persona física transferente para realizar por cuenta y en provecho de la persona jurídica el injusto a ella transferido. Como se aprecia, los verbos aluden, respectivamente, a comportamientos de autoría, participación o encubrimiento. En cualquier caso, la referencia al encubrimiento carece casi de cualquier contenido, pues no existen delitos de encubrimiento en los que esté prevista la responsabilidad penal societaria<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Así Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 27; Fiscalía general del estado, 2011, p. 66.

<sup>19</sup> Reflexiones al respecto en Dopico Gómez-Aller, 2010, pp. 27-28; Zúñiga Rodríguez, 2010, p. 320. Indebidamente, Bacigalupo Sagesse, 2011, p. 34, identifica esta pena con la del art. 33.7 c, salvo en la posibilidad de ser definitiva la del art. 33.7 e

<sup>20</sup> Solo en el delito de blanqueo de capitales del art. 302.2 podría decirse que estamos ante una conducta de encubrimiento de la que ha sido responsable, por transferencia, la persona jurídica.

La pena de *inhabilitación especial* –art. 33.7 f- incluye propiamente tres supuestos diferenciados de privación temporal de derechos societarios: Derecho a obtener subvenciones y ayudas públicas, derecho a contratar con el sector público, y derecho a gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Su contenido y efectos se corresponden con las correlativas inhabilitaciones referidas a personas físicas<sup>21</sup>, por lo que no vamos a detenernos en ello.

Es dudoso si estas privaciones de derechos han de aplicarse de manera conjunta. A favor de una imposición discriminada está el que esa es la interpretación doctrinal en la aplicación de estas penas a las personas físicas. Con todo, no hay una sola figura de delito que prevea para las personas físicas la pena de inhabilitación especial para obtener subvenciones y ayudas públicas sin imponer al mismo tiempo la de privación del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la seguridad social<sup>22</sup>.

La pena de *intervención judicial* –art. 33.7 g- ha de entenderse igualmente como una pena de privación temporal de derechos societarios, en la medida que limita las facultades de gestión de la persona jurídica por sus administradores mediante el nombramiento de un interventor judicial. La imposición de esta pena está condicionada a la persecución de unos fines específicos, en concreto, la salvaguardia de los derechos de los trabajadores y acreedores de la sociedad<sup>23</sup>. En esas condiciones constituye una pena bien fundada para personas jurídicas, por más que un sector doctrinal le atribuye una naturaleza preferente de medida cautelar<sup>24</sup>.

La intervención judicial podrá afectar al conjunto de actividades societarias, o restringirse a algunas de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio<sup>25</sup>, por más que el interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la sociedad, y a recibir la información necesaria para el ejercicio de sus funciones. El interventor deberá realizar periódicamente informes de seguimiento destinados al órgano judicial sentenciador. Este

---

<sup>21</sup> Véanse arts. 33.3 m y 39 b del código penal. Ampliamente en Díez Ripollés, 2011, pp.643-646.

<sup>22</sup> Por otra parte, subvenciones y ayudas públicas por un lado, y beneficios e incentivos por otro, están conectados con una conjunción copulativa en el art. 33.7 f, mientras que la conjunción es disyuntiva en el art. 33.3 m.

Optan por una aplicación discriminada, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 28; Fiscalía general del estado, 2011, pp. 67-68.

<sup>23</sup> Estos fines tienen aquí un carácter fundamentador específico, más allá del criterio general de imposición de penas privativas de derechos societarios contenido en el art. 66 bis p.1 1ª b –véase infra-.

<sup>24</sup> En este último sentido, Baucells Lladós, 2011, p.428; Morales Prats, 2010, pp. 62-63. En el sentido defendido en texto, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 28; Fiscalía general del estado, 2011, pp. 68-69; Zúñiga Rodríguez, 2010, p. 321.

<sup>25</sup> Así también, Bacigalupo Sagesse, 2011, p. 35.

habrá sido quien, en la sentencia condenatoria o mediante auto posterior, habrá nombrado al interventor, habrá determinado el contenido exacto de la intervención judicial, así como los plazos de realización de los informes de seguimiento. Previos informes del interventor y fiscal, la intervención se podrá suspender o modificar en su contenido en todo momento. Aspectos relacionados con las funciones del interventor, como su cualificación y retribución, se remiten a un futuro reglamento –art. 33.7 g p.2-.

La prolija regulación legislativa sobre el contenido de la intervención judicial no impide que tenga muchas vaguedades<sup>26</sup>, que deberán resolverse a través de la inusual, y constitucionalmente objetable, remisión al reglamento por elaborar, aprovechando que en él se ha de determinar el ejercicio de la función de interventor. En todo caso, la mención a una intervención judicial y su prevista implementación causan una cierta perplejidad: Tras las reformas procesales producidas a través de la L.13/2009, de implantación de la nueva oficina judicial, procedería hablar de *administración judicial* y de otorgar protagonismo al secretario judicial<sup>27</sup>.

2.

De todas las penas estudiadas en este epígrafe solo hay una que se pueda imponer con carácter definitivo o permanente, la de prohibición de realizar actividades relacionadas con el delito. Lógicamente la pena antes vista de disolución o muerte societaria también es definitiva.

Aunque el resto de las penas estudiadas son temporales, la ley no ha previsto límite mínimo alguno. Parecería razonable partir de un *límite mínimo* de tres meses, que es el establecido para la mayoría de las penas privativas de derechos de las personas físicas en el art. 40. Lo contrario, además, es incoherente con su calificación de penas graves referidas a delitos en sentido estricto, y con la naturaleza y fines de estas penas. Sin embargo, la ausencia de regulación legal obligará a admitir penas con una duración equivalente a la unidad penológica, es decir, de un día<sup>28</sup>.

En cuanto al *límite máximo*, varía según las penas. Es de cinco años en las de suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, e intervención judicial, tope que parece en exceso bajo dado que estamos ante penas graves, y más si cotejamos su duración

---

<sup>26</sup> La doctrina habla de una regulación muy flexible –Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 29; Fiscalía general del estado, 2011, p. 69-. A mi juicio es que no suele fallar la regla de experiencia de que cuanto más extensa sea la redacción de un precepto penal, más inseguridades del legislador sobre el contenido a asignar a la norma encubre.

<sup>27</sup> Muestran también su extrañeza, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 28; Fiscalía general del estado, 2011, p. 68; Morales Prats, 2010, pp. 62-63.

<sup>28</sup> Así también Baucells Lladós, 2011, p. 431.



con la de las penas graves privativas de derechos de las personas físicas del art. 33.2. Se eleva hasta los quince años en las penas de prohibición de actividades relacionadas con el delito y en la de inhabilitaciones especiales: Aunque ciertamente se triplica el límite máximo de las penas precedentes, el límite sigue siendo inferior al de las inhabilitaciones especiales equiparables previstas para las personas físicas.

Conviene destacar que la duración de las penas temporales susceptibles de imponerse resulta *dependiente* de la pena prevista en la figura de delito a las personas físicas –art. 66 bis p.1 2ª-, en concreto, su duración no podrá exceder el límite máximo de la pena de prisión prevista para las personas físicas, sin que se diga cosa alguna de los casos en que la pena para las personas físicas no sea la de prisión<sup>29</sup>. En cualquier caso la comparación se establece entre ambas penas abstractas, pues ninguna regla de determinación de la pena por el delito concreto cometido por la persona jurídica podrá superar ese límite de la pena de prisión abstracta de la persona física<sup>30</sup>. Esta previsión legal es una nueva expresión, más matizada que en otros casos, del modelo de transferencia vigente para la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>31</sup>.

3.

Nuestro legislador ha incluido en el art. 66 bis p.1 1ª un conjunto de *reglas* que ha de orientar al juzgador en su decisión, discrecional, *de imposición* de estas penas así como de la de disolución societaria<sup>32</sup>. Es una decisión acertada introducir criterios legales específicos de la teoría de la pena, una vez que se haya constatado el merecimiento y la necesidad del juicio de responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La disponibilidad de criterios legales incardinables en el juicio de merecimiento y necesidad de imposición de una pena, en este caso referido a personas jurídicas ya declaradas penalmente responsables, no es frecuente en nuestro código respecto a penas imponibles a personas físicas: Por lo general el legislador decide en las figuras de delito las penas a imponer, y cuando prevé penas alternativas no

---

<sup>29</sup> P.e. art. 288.2 en relación con art. 286.3.

<sup>30</sup> Claramente en ese sentido, Santana Vega, 2011, pp. 195-196.

<sup>31</sup> Véanse otras muestras de ello en Díez Ripollés, 2011, p. 248; 2012, p. 19. Críticamente García Arán, 2011, p. 641; Morales Prats, 2010, p. 65; Santana Vega, 2011, p. 196.

<sup>32</sup> Estas reglas podrán ser tenidas de nuevo en cuenta, una vez decidida la imposición de la pena, a la hora de determinar la extensión de la pena escogida, labor esta última que ya se inserta en la determinación legal y judicial de la pena. Distinguen entre la fase de imposición y de determinación de la pena impuesta, García Arán, 2011, p. 640; Santana Vega, 2011, p. 195. Por el contrario, parten de que estamos en todo momento ante reglas de determinación, medición o graduación de la pena, Bacigalupo Sagesse, 2011, p. 36; Boldova Pasamar / Rueda Martín, 2011, pp. 282-283; Martínez González, 2010, p. 448; Morales Prats, 2010, pp. 64 y ss; Muñoz Conde / García Arán, 2010, pp. 632-633; Zugaldía Espinar, 2010, p. 585.

indica reglas orientadoras de la discreción judicial<sup>33</sup>. Sí que abundan, por el contrario, reglas para concretar la pena ya impuesta, lo que tiene lugar en sede de determinación legal y judicial de la pena<sup>34</sup>. Naturalmente estos novedosos criterios deberán ser interpretados a la luz de los principios de la sanción, singularmente los principios de humanidad, teleológico o de los fines de la pena, y proporcionalidad<sup>35</sup>.

En el momento de interpretar los tres criterios introducidos, hay que resaltar que el juzgador ha de tomar en consideración necesariamente todos ellos, lo que no quiere decir que hayan de tener el mismo peso en cada caso, pues estamos ante un juicio de ponderación. Por otra parte, su mención expresa no impide que se atiendan a otros criterios pertinentes para la imposición de la pena, pues no se trata de una enumeración exhaustiva. El uso de unos y otros criterios podrá llevar a la decisión de imponer una o varias de estas penas, o ninguna de ellas.

La primera regla alude a que la pena sea necesaria para *prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos*. Es, claramente, un criterio ligado a la necesidad de pena y, por ello, a los efectos sociales perseguidos con la pena. Atiende de forma predominante a exigencias preventivo-especiales inoportunas, singularmente la necesidad de asegurar que la sociedad deje de estar en condiciones de cometer delitos de la misma o semejante naturaleza, sin excluir conductas delictivas societarias en general. La mención a los efectos de la actividad delictiva permite introducir también referencias a exigencias intimidatorias, sean preventivo-especiales, sean preventivo-generales, algo de especial procedencia cuando se sienta que la pena de multa impuesta no tiene suficiente capacidad disuasoria<sup>36</sup>. Parece que las penas más eficaces para satisfacer las necesidades antedichas serán las de las letras b a e

---

<sup>33</sup> Con todo, sí que prevén algunas reglas simples a la hora de decidir la imposición de penas alternativas accesorias, o de penas accesorias facultativas. Díez Ripollés, 2011, p. 669.

Critica, sin embargo, que el legislador no haya previsto de antemano en cada uno de los tipos cuáles de las penas privativas de derechos hay que imponer, carencia que violaría el principio de seguridad jurídica, Bacigalupo Sagesse, 2011, p. 36. La autora, a mi juicio, pasa por alto que todas estas penas funcionan como penas accesorias a la principal de multa, por lo que es justamente un avance en el principio de seguridad jurídica que se introduzcan criterios legales rectores de la decisión judicial de imponer alguna o algunas de ellas.

<sup>34</sup> También hay previsiones legales sobre la innecesariedad de ejecutar ciertas penas. Díez Ripollés, 2011, pp. 669-670.

<sup>35</sup> Se refieren, en general a algunos de estos principios o sus contenidos, Dopico Gómez-Aller, 2010, pp. 30-31; García Arán, 2011, p. 640. Introducen en ocasiones referencias de peligrosidad, más propias de consecuencias accesorias y medidas de seguridad, Dopico Gómez-Aller, 2010, p.30; Fiscalía general del estado, 2011, p. 70.

<sup>36</sup> Aluden sobre todo a necesidades preventivo-especiales, Fiscalía general del estado, 2011, p. 71; García Arán, 2011, p. 640; Morales Prats, 2010, p. 65; Santana Vega, 2011, p. 195. Razonan más bien desde pronósticos de peligrosidad, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 30; Gómez-Jara Díez, 2010, p. 12.

del art. 33.7, sin que debamos descartar las restantes<sup>37</sup>. En todo caso en la elección no deberá ignorarse el principio de proporcionalidad.

La segunda regla llama la atención sobre las *consecuencias económicas y sociales, especialmente los efectos para los trabajadores*, de la decisión de imponer alguna de estas penas. De nuevo estamos ante un criterio de necesidad de pena. Pero, a diferencia del anterior, no se ocupa de identificar las penas cuya imposición va a satisfacer mejor la obtención de los efectos sociales perseguidos: Esto es, la inocuización o intimidación, dentro de un razonamiento a la búsqueda de eficacia de las penas a imponer. En este caso se pregunta si amerita lograr los efectos susceptibles de producirse con la pena a costa de producir otros efectos necesaria o probablemente ligados a los primeros: pues las penas de las letras b a g del art. 33.7 pueden producir unos costes que no compensen los beneficios de control social penal logrados. Estamos, pues, ante un razonamiento a la búsqueda de la eficiencia de las penas a imponer<sup>38</sup>.

El precepto alude a consecuencias económicas y sociales, remisión en exceso vaga al ámbito general de actuación de las sociedades. Con todo, la referencia expresa y destacada a los efectos laborales da preeminencia a uno de los aspectos sociales más relevantes, en el que deberán incluirse pérdida directa e indirecta de fuerza laboral, calidad del empleo...etc. Ello no impide que se tengan también en cuenta efectos ligados a descensos significativos de la actividad económica, abandono de sectores de actividad claves o estratégicos, repercusiones medioambientales, falta de cobertura de prestaciones culturales o sociales, etc. Ahora bien, en el correspondiente análisis de eficiencia ha de tenerse presente que las consecuencias económicas o sociales derivadas de la imposición de la pena pueden en ocasiones constituir, en términos de eficiencia, más beneficios que costes; y que los costes derivados de la imposición de la pena que hay que considerar son costes extraordinarios, y no aquellos efectos indirectos negativos para terceros habitualmente ligados a la imposición de cualquier pena<sup>39</sup>. A mi juicio, entre las penas más eficientes en este contexto estará, sin duda, la de intervención judicial, pero también un uso moderado en su duración de las penas de las letras c a f del art. 33.7.

La tercera regla obliga a atender al *puesto que ocupaba la persona física u órgano que incumplió el deber de control*. Esta regla tiene un contenido muy defectuoso tanto en

---

<sup>37</sup> Así, destacan la pena de intervención judicial del art. 33.7 g, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 28; Fiscalía general del estado, 2011, p. 69.

<sup>38</sup> Apuntan en cierto grado a esta idea Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 31; Fiscalía general del estado, 2011, p. 71; Gómez-Jara Díez, 2010, p. 12; Santana Vega, 2011, p. 195. Introducen confusamente el principio de proporcionalidad, Morales Prats, 2010, p. 65 y, en parte, García Arán, 2011, p. 640.

<sup>39</sup> Así también Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 31; García Arán, 2011, p. 640.

términos teleológicos como sistemáticos. Lo procedente hubiera sido que se centrara en el nivel jerárquico o competencial, dentro de la estructura de la persona jurídica, de la persona física que cometió materialmente el delito<sup>40</sup>. En tal caso estaríamos ante una regla de merecimiento de pena, en la que la decisión de imponer estas penas y la elección entre ellas atendería al principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y de la reacción penal<sup>41</sup>.

Pero, en lugar de eso, la regla se vincula al nivel jerárquico o competencial de la persona física u órgano que incumplió el deber de controlar a la persona física que cometió el delito. Ello tiene varios inconvenientes: La regla reduce su ámbito de aplicación a la segunda variante comisiva del art. 31 bis.1<sup>42</sup>, pues solo en ella tiene relevancia la infracción del deber de control por parte de los superiores<sup>43</sup>. La regla solo puede discriminar entre el reducido número de personas físicas u órganos societarios que tienen atribuido ese deber de control, en realidad, exclusivamente los representantes legales y administradores en cuanto personas físicas<sup>44</sup>. Ni siquiera cabe reinterpretar el precepto de modo que discrimine según la gravedad de la conducta de un determinado controlador, p.e, si ha impulsado, solo tolerado, o dado lugar por su descuido, a la conducta típica de la persona física que ha cometido el delito<sup>45</sup>, pues la regla se refiere inequívocamente al puesto que el controlador ocupa en la estructura de la persona jurídica.

Cabe hacer una interpretación medianamente coherente de esta regla, por más que seguirá estando limitada a la segunda variante comisiva del art. 31 bis 1: Las personas físicas y órganos aludidos son los que materialmente debieron ejercer el control, y no lo hicieron, sin perjuicio de que su ejercicio lo desempeñaran de manera originaria o delegada<sup>46</sup>. Si aceptamos esta interpretación, podemos incluir entre las personas físicas consideradas a los cuadros medios localizados en muy diversos niveles de la estructura societaria, y en la mención a los órganos societarios cabrán, además de los órganos societarios que administran la sociedad, otro tipo de unidades orgánicas de rango inferior en la gestión o desempeño

---

<sup>40</sup> Así Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 31. De hecho, de esa interpretación parecen partir Gómez-Jara Díez, 2010, p. 12; y Santana Vega, 2011, p. 195.

<sup>41</sup> Vinculan esta regla al principio de proporcionalidad o, en todo caso, a la gravedad del delito, Dopico Gómez-Aller, 2010, pp. 31-32; García Arán, 2011, p. 641; Santana Vega, 2011, p. 195.

<sup>42</sup> Véase sobre esa variante Díez Ripollés, 2011, pp. 250 y ss.; 2012, pp. 22 y ss.

<sup>43</sup> En el mismo sentido García Arán, 2011, p. 641

<sup>44</sup> Véase lo dicho en Díez Ripollés, 2011, p. 249; 2012, p. 20, donde ya se destacó que en sociedades de capital representantes y administradores suelen coincidir. Destacan críticamente en este contexto que empleados y cuadros intermedios no ostentan ese deber de control, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 31; Fiscalía general del estado, 2011, p. 71.

<sup>45</sup> A ello parece apuntar Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 31.

<sup>46</sup> Alude a un desempeño delegado, Fiscalía general del estado, 2011, p. 71.

societarios. Si esto es así, la decisión de imponer estas penas podrá atender a la diversa relevancia de las personas infractoras del control, discriminando en función de si el incumplimiento del deber de control se llevó a cabo directamente por los representantes o administradores de la sociedad, o por cargos o unidades orgánicas intermedias subordinados que incumplieron las instrucciones recibidas. A su vez, dentro de estos últimos podrá atenderse al nivel jerárquico ocupado por esos cargos o unidades orgánicas intermedios en el conjunto de la sociedad.

Pues bien, en esas condiciones esta última regla introduce un criterio de necesidad de pena: Las necesidades preventivo-especiales inocuizadoras serán tanto mayores cuanto mayor rango jerárquico posea la persona o unidad orgánica que materialmente incumplió el control. Y cabe pensar que entre las penas más eficaces en este sentido estarán las de las letras e y g del art. 33.7.<sup>47</sup>

#### **V. Pena de multa por cuotas y proporcional.**

La pena de multa a la persona jurídica condenada priva a esta de una parte de su patrimonio social. Es importante destacar que esta es la pena principal impuesta en todos los supuestos de responsabilidad penal societaria, sin perjuicio de que a ella se puedan acumular las otras penas ya vistas<sup>48</sup> que, como vimos, funcionan como accesorias.

Esta pena se considera unánimemente la más idónea para las personas jurídicas, y así se reconoce en muy diversos textos internacionales<sup>49</sup>. La pena de multa societaria, compartiendo el fundamento de la pena de multa en general<sup>50</sup>, tiene notables efectos disuasorios preventivos generales y especiales, dada la relevancia de la obtención de beneficios o, al menos, del mantenimiento del patrimonio para lograr los fines sociales, en la mayoría de las sociedades. Puede tener también importantes efectos preventivo-integradores, al fomentar que socios o accionistas, directamente perjudicados, exijan a su administradores y empleados la asunción de una cultura corporativa de respeto a la ley penal. Posee además una gran flexibilidad para acomodarse a la gravedad del delito, y su relación coste de gestión-beneficios a obtener es muy favorable para las arcas públicas.

Entre sus inconvenientes cabe destacar que puede producir situaciones de desigualdad entre sociedades condenadas por delitos de gravedad semejante: No es fácil calcular la

---

<sup>47</sup> No vamos a ocuparnos en este trabajo de las medidas cautelares previstas para las personas jurídicas, y que se acomodan al contenido de varias de las penas privativas de derechos acabadas de estudiar. Véase ampliamente Díez Ripollés, 2011, pp. 672-673.

<sup>48</sup> Así también, Bacigalupo Sagesse, 2011, p. 32.

<sup>49</sup> Véanse Boldova Pasamar / Rueda Martín, 2011, pp. 283-284; Zugaldía Espinar, 2010, p. 584.

<sup>50</sup> Véase Díez Ripollés, 2011, pp. 676-677.

capacidad económica de las sociedades, con frecuencia insertas en complejos societarios, ni evaluar los beneficios, perjuicios o fraudes causados con la comisión del delito societario. Por otro lado, un uso intensivo de esta pena puede comprometer la viabilidad de la sociedad, con los perjuicios consiguientes para socios, trabajadores, acreedores y ciertos intereses generales. Asimismo la sociedad puede anular el carácter aflictivo de esta pena, repercutiendo su coste en el precio final de sus productos y servicios, por más que ello puede afectar a su capacidad competitiva<sup>51</sup>.

Nuestro código ha optado por configurar esta pena con un *sistema* mixto y, en ocasiones, dependiente. En el primer sentido, según la figura delictiva de que se trate, se impone multa por cuotas o multa proporcional, funcionando cada una de ellas como subsidiaria de la otra en ciertos casos. En el segundo sentido, tanto la multa por cuotas como la proporcional ven afectado con frecuencia su procedimiento de determinación a tenor de la pena prevista a la persona física transferente<sup>52</sup>.

La *multa por cuotas*, aplicable a las figuras delictivas en las que así se expresa, tiene algunas especialidades respecto a la regulación prevista para las personas físicas. Aunque el número mínimo de cuotas no varía, siendo de 10 días<sup>53</sup>, el máximo se incrementa de dos a cinco años –art. 50.3-. Este aumento sorprende, pues no parece estar relacionado con la mayor gravedad de los delitos societarios, con más motivo si se sigue el modelo de transferencia. Si lo que se quería era atender a la mayor capacidad económica de las personas jurídicas frente a las físicas, debiera haberse esperado al momento de fijar la cuantía de las cuotas. Por otro lado, en bastantes delitos la determinación del límite máximo y mínimo del intervalo del número de cuotas está condicionada por la pena prevista para la persona física transferente<sup>54</sup>; solo una vez fijado el intervalo de la pena de multa de la figura de delito atendiendo a esa condición, comienzan a regir las reglas generales de determinación legal de la pena de multa del art. 50.5<sup>55</sup>.

Por otra parte el importe de las cuotas aumenta significativamente frente al previsto para las personas físicas, al poder ir desde 30 a 50.000 € -art. 50.4-, lo que se justifica por la frecuente mayor capacidad económica de las personas jurídicas. Ello hará que la pena de

---

<sup>51</sup> Véanse algunos de estos argumentos a favor y en contra en Fiscalía general del estado, 2011, pp. 62 y ss; Gómez-Jara Díez, 2010, pp. 11-12; Nieto Martín, 2008, pp. 279 y ss; Roca Agapito, 2010, p.112; Zúñiga Rodríguez, 2010, pp. 319-320.

<sup>52</sup> Véase lo dicho supra en apartado II.

<sup>53</sup> Con todo, no existe hoy en día en el código una figura delictiva referida a sociedades que prevea menos de seis meses. Lo recuerdan, Baucells Lladós, 2011, p. 534; Roca Agapito, 2010, p. 113.

<sup>54</sup> Véanse arts. 261 bis, 302.2, 327.

<sup>55</sup> Momento en que serán de especial relevancia las previsiones específicas del art. 66.

multa pueda ir de un mínimo de 5.400 € hasta un máximo de 9 millones de euros, cuantía esta última que ya supera en la mayoría de los casos a las cuantías máximas de multa global previstas en el derecho administrativo sancionador, algo de lo que nos debemos felicitar<sup>56</sup>. Es de lamentar que no se hayan introducido reglas específicas para determinar el importe de las cuotas en la pena de multa de personas jurídicas, dada la complejidad de la tarea. Regirán, pues, las generales del art. 50.5 inc. 2.

La *multa proporcional* se configura como una variante normal de la multa, aplicable en las figuras delictivas en que se prevé, sin que posea el carácter excepcional propio de su imposición a las personas físicas. La *cantidad monetaria base del múltiplo* se fija en función de cinco criterios, tres de los cuales coinciden sustancialmente con los de la multa proporcional a las personas físicas, a saber, el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado y el valor del objeto. Además, se puede atender a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, conceptos, por otra parte, fácilmente incluíbles en los precedentes<sup>57</sup>. Las figuras de delito señalan en cada caso a cuál o cuáles de ellos hay que atender.

La cantidad monetaria base calculada a partir de los anteriores criterios se moverá entre los límites mínimo y máximo derivados de los múltiplos previstos para tal cantidad en las respectivas figuras de delito. A diferencia de lo habitual en la multa proporcional de las personas físicas, el límite mínimo es siempre un múltiplo de la cantidad monetaria base, y no esa misma cantidad monetaria base o el tanto. En el intervalo obtenido se aplicarán las reglas generales de determinación del art. 52.2.

Pudiera suceder que el cálculo acabado de aludir deviniera imposible: en tal caso se transforma la multa proporcional en una *multa por cuotas subsidiaria* –art. 52.4-<sup>58</sup>. Ahora bien, el intervalo de esa multa por cuotas viene determinado por la gravedad de la pena prevista para el delito cometido por la persona física transferente, estableciéndose tres intervalos distintos: De 2 a 5 años si se prevé para la persona física pena de prisión superior a 5 años; de 1 a 3 años si la pena prevista para la persona física supera los 2 años pero no los 5; de 6 meses a 2 años en los restantes casos. Como era de esperar, los intervalos coinciden con los previstos en las figuras de delito para la pena de multa por cuotas cuando se hace

---

<sup>56</sup> La sigue considerando baja, Zugaldía Espinar, 2012, p. 12. La estima alta, a tenor del derecho comparado, Roca Agapito, 2010, p. 113.

Sorprende, con todo, que la ratio de incremento del límite mínimo al máximo para las personas jurídicas sea inferior a la de las personas físicas, 1/166´66 para las primeras, frente a 1/200 para las segundas. Así Baucells Lladós, 2011, p. 534; Roca Agapito, 2010, p. 113.

<sup>57</sup> Alude solo a beneficio obtenido o perjuicio causado, Bacigalupo Sagesse, 2011, p. 32.

<sup>58</sup> Esa imposibilidad habrá de ser debidamente motivada por el juez. Véase también Gómez-Jara Díez, 2010, p. 11..

depender de la pena prevista para la persona física transferente<sup>59</sup>. De nuevo nos encontramos con un reflejo del seguimiento del modelo de transferencia, al tomarse como referencia la pena de la persona física<sup>60</sup>.

Del mismo modo, cuando así esté expresamente previsto en la figura delictiva<sup>61</sup>, la *multa proporcional subsidiaria* entra en lugar de la multa por cuotas. A diferencia del caso inverso anterior, la condición para aplicar la multa proporcional es que la cantidad resultante de la multa por cuotas no supere determinadas cuantías. Pero el punto de referencia de esa cuantía a superar por la multa por cuotas si no quiere verse sustituida por la multa proporcional varía según las figuras delictivas: En la mayoría de los casos se trata de la cuantía susceptible de alcanzarse con una multa proporcional estructurada de acuerdo al criterio y múltiplos establecidos en la misma figura de delito<sup>62</sup>. En unos pocos casos es la cuantía del beneficio obtenido o del perjuicio causado<sup>63</sup>. Parece razonable pensar que la discrepancia se debe a un defecto de técnica legislativa: Probablemente se quería utilizar en todos los casos el punto de referencia del beneficio obtenido, o del perjuicio o valor del objeto del delito producidos. De todas maneras, la determinación de si se da la condición de aplicación de la multa proporcional será problemática, al no precisar la ley de modo suficiente los términos de la comparación: En el primer grupo de casos, en el que se comparan los marcos penales resultantes de la multa por cuotas y la multa proporcional, se desconoce si se han de comparar los límites mínimos, los límites máximos o, si han de ser ambos, cómo. En el segundo grupo de casos se desconoce si la cuantía resultante del beneficio o perjuicio se ha de comparar con el límite mínimo o máximo de la multa por cuotas inicialmente prevista.

La vía ordinaria de *ejecución* de la pena de multa es el pago conjunto, sin aplazamiento. Si concurren determinadas condiciones puede decretarse el pago fraccionado de la multa por cuotas o proporcional -art. 53.5 inc. final-<sup>64</sup>. Debe entenderse que esta regulación específica hace inaplicables las previsiones generales para la multa por cuotas y proporcional de los arts. 50.6, 51 y 52.3: Eso supone que no cabe el aplazamiento no fraccionado por causa justificada, ni el aplazamiento fraccionado por variación de situación económica, previstos

---

<sup>59</sup> Aunque en estos casos casi nunca se prevén los tres intervalos –sí se prevén en los arts. 261 bis y 427-.

<sup>60</sup> Aprobadoramente, Fiscalía general del estado, 2011, p. 64. Críticamente, Gómez-Jara, Díez, 2010, p.11.

<sup>61</sup> En concreto, arts. 318 bis, 319, 328, 348.3, 369 bis, 427, 445.

<sup>62</sup> El criterio de cálculo no es siempre el mismo, y los múltiplos aplicados tampoco. Véase arts. 318 bis, 328, 369 bis, 427, 445.

<sup>63</sup> Véanse arts. 319, 348.3.

<sup>64</sup> El precepto adolece de una defectuosa localización sistemática al estar incluido en el artículo que regula los supuestos de impago de multa por personas físicas o jurídicas.



para la multa por cuotas a personas físicas; tampoco el aplazamiento, fraccionado o no, por empeoramiento de situación económica de la multa proporcional para personas físicas<sup>65</sup>.

Las condiciones para el pago fraccionado establecidas en el art. 53.5 son tres, de carácter alternativo: Las dos primeras relacionan la cuantía de la multa a pagar con la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo en ella existentes; estamos ante una razonable referencia a los intereses de los acreedores y trabajadores, con cierta semejanza al empeoramiento de fortuna de la multa proporcional de las personas físicas; deberá acreditarse que el pago de la multa pone en peligro esa supervivencia o puestos de trabajo<sup>66</sup>. La tercera condición alude a razones de interés general, y dada la amplitud de su formulación permite augurar que será la fórmula residual más utilizada<sup>67</sup>. Concurrente cualquiera de ellas se puede fraccionar el pago de la multa por un periodo de cinco años<sup>68</sup>. Es discutible que se admita el pago aplazado de una sola vez, pues solo se menciona el pago fraccionado<sup>69</sup>.

El art. 31 bis 2 in fine contiene una regla que pretende modular la cuantía de la pena de multa atendiendo al *principio de proporcionalidad* entre la gravedad del delito y de la pena<sup>70</sup>. El precepto es una nueva muestra de la vigencia del modelo de transferencia, pues solo es comprensible si se asume que persona física y jurídica responden por el mismo injusto, esto es, el hecho delictivo cometido por la persona física y transferido a la jurídica. De hecho el propio art. 31 bis 2 se refiere expresamente a que la pena de multa de la persona física y la de la persona jurídica son consecuencia de los mismos hechos<sup>71</sup>. La previsión se restringe a casos de imposición de pena de multa, al ser el único supuesto en el que pueden coincidir las penas impuestas a la persona física y a la persona jurídica.

---

<sup>65</sup> Sobre estas previsiones para personas físicas, véase Díez Ripollés, 2011, pp. 682-683, 686. Estiman igualmente que solo rige el art. 53.5 en estos casos, Baucells Lladós, 2011, p. 551 y ss; Fiscalía general del estado, 2011, p. 64.

<sup>66</sup> Los puestos de trabajo que dejen de crearse no son tomados en consideración. También a favor de estas condiciones, Zugaldía Espinar, 2012, p. 12.

<sup>67</sup> Desde luego, no debe interpretarse referida a empresas que satisfagan servicios de interés general. Lo recuerda Baucells Lladós, 2011, p. 553. No tan contundente, Fiscalía general del estado, 2011, p. 64.

<sup>68</sup> El periodo es superior a los dos años previstos para el fraccionamiento de las multas por cuotas de las personas físicas –art. 50-6-. En contrapartida, en los limitados supuestos de fraccionamiento de la multa proporcional para las personas físicas no hay periodo de tiempo límite –art. 52.3-.

<sup>69</sup> Lo estima, sin embargo, posible Baucells Lladós, 2011, p. 553.

<sup>70</sup> Reconocen que es una plasmación del principio de proporcionalidad, García Arán, 2011, p. 406; Nieto Martín, 2008, pp. 110 y ss; Zúñiga Rodríguez, 2010, p. 320, entre otros

<sup>71</sup> Lo entienden como una previsión para evitar una acumulación de penas sobre sujetos materialmente idénticos, en hipótesis de Pymes, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 22; García Arán, 2011, p. 406; Gómez-Jara Díez, 2010, pp. 11-12; Gómez Martín, 2011, p. 134-135; Nieto Martín, 2008, pp. 110-114.

Se pretende que la suma de la cuantía de las multas impuestas a la persona física y a la persona jurídica no supere una cantidad que resulte desproporcionada con la gravedad del delito. Es un error que el punto de referencia sea la cuantía resultante de las multas respectivas, ya que en la pena de multa la valoración de la gravedad del comportamiento se logra a través del número de cuotas, o de la progresión de los múltiplos derivados de la cantidad monetaria base, establecidos. Por el contrario, la cuantía de la cuota o la multa proporcional concretamente fijada valoran la capacidad económica del responsable, independiente de la gravedad de la conducta<sup>72</sup>. En caso de que se estime desproporcionada esa suma, para cuya valoración la ley no da criterio alguno, se debe proceder a una reducción de las cuantías de ambas penas de multa: Las reducciones podrán ser dispares, en cifras absolutas e incluso relativas, entre la persona física y jurídica a tenor de su diversa capacidad económica<sup>73</sup>.

Nuestro código penal ha previsto la *intervención judicial de la persona jurídica por impago de multa*. Estamos ante la misma pena grave privativa de derechos que ya hemos visto anteriormente en el catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas –art. 33.7 g-. El que esta pena pueda entrar en acción en los supuestos de impago de la pena de multa por personas jurídicas se deriva de su localización en el art. 53 y del tenor literal de su regulación en el art. 53.5 inc. 2: En efecto, el art. 53 se ocupa en todos los párrafos precedentes de la reacción penal al impago de multa por personas físicas, y en ningún momento limita el art. 53.5 inc. 2 su vigencia a los supuestos de pago fraccionado aludidos mencionados en el inc. 1, pues la mención al plazo que se hubiere señalado incluye tanto supuestos de pago sin aplazamiento como con aplazamiento, fraccionado o no<sup>74</sup>.

A diferencia de lo que sucede con el vulgarmente llamado arresto sustitutorio, previsto para los casos de impago de multa por parte de las personas físicas, no es una pena subsidiaria de la pena de multa, sino que estamos ante una pena acumulativa a la pena de multa en caso de impago de ésta. Pero sí es una pena accesoria a la pena de multa para casos de impago: La accesoriedad, que se funda en su mención en el art. 53.5 inc. 2, responde sin

---

<sup>72</sup> En sentido similar Baucells Lladós, 2011, p. 535. Por el contrario, apoya la fórmula legal García Arán, 2011, p. 406.

<sup>73</sup> En el mismo sentido, García Arán, 2011, p. 406. Critica la obligatoriedad de la previsión legal, Gómez-Jara Díez, 2010, p. 12.

<sup>74</sup> Véase supra la duda respecto a si cabe el pago aplazado no fraccionado. Todo ello, sin perjuicio de la defectuosa localización en el art. 53.5 inc.1 de la regla de pago fraccionado de la multa de las personas jurídicas.

duda a criterios distintos de aquellos que hemos visto que hacen funcionar como accesorias de la pena de multa a las penas de las letras b a g del art. 33.7<sup>75</sup>.

Aunque coincide en su contenido con la pena de intervención judicial del art. 33.7 g, su finalidad ya no es salvaguardar los derechos de los trabajadores o acreedores, sino asegurar el pago total de la pena de multa impuesta. Además, su duración no está limitada, pudiendo extenderse todo el periodo de tiempo preciso hasta el pago total de la multa<sup>76</sup>. Estimo que es una pena con un fundamento razonable, pues pretende garantizar el cumplimiento de la pena principal mediante la restricción de la libertad societaria, manteniendo así el principio de inderogabilidad de la pena en relación a la pena de multa. A su vez, su imposición acumulativa es acorde con el principio de igualdad constitucional, pues no discrimina entre personas jurídicas en función de su capacidad económica, reproche frecuentemente formulado al arresto sustitutorio<sup>77</sup>, sino que se limita a asegurar el cumplimiento de la pena impuesta por el delito cometido. Su imposición añadida a la pena de multa, por lo demás, no resulta desproporcionada, a salvo que la intervención judicial sea de duración indefinida. En último término, elude la alternativa de imponer una pena mucho más grave en casos de impago, como acontece con frecuencia en el supuesto paralelo de personas físicas.

El impago de la pena de multa impuesta en el plazo señalado es el presupuesto de esta pena acumulativa. El plazo irá referido al último momento en que debe ser satisfecha la multa, el cual variará según estemos ante supuestos de pago sin aplazamiento o aplazado fraccionado<sup>78</sup>. En este último caso habrá que atender al transcurso del último plazo, pues siempre cabe la posibilidad de que pague el importe íntegro en ese momento por más que deba asumir la mora correspondiente a los plazos ya vencidos. En lo restante, rigen las previsiones, *mutatis mutandi*, del impago de la pena de multa por las personas físicas.

El acuerdo de intervención judicial de la persona jurídica se ejecutará de acuerdo con lo previsto en el art. 33.7 g, e irá encaminada a crear las condiciones para que se satisfaga la pena de multa impuesta, durando en principio hasta que se logre ese objetivo<sup>79</sup>. La pena de multa se entenderá cumplida cuando se abone el importe total de ella –art. 53.5 inc. 2-. De todos modos, el principio de proporcionalidad exige que cese la pena de intervención cuando se constate la imposibilidad de cobro de la multa, atendidas las circunstancias de la persona

---

<sup>75</sup> Véase supra. Estiman que no es una pena sino una garantía de cumplimiento de la pena de multa, Baucells Lladós, 2011, pp. 551-552; Roca Agapito, 2010, p. 114.

<sup>76</sup> Véase, con todo, *infra*.

<sup>77</sup> Véase Díez Ripollés, 2011, pp. 691 y ss.

<sup>78</sup> Ya vimos supra que es dudoso que quepa el aplazado no fraccionado.

<sup>79</sup> Le asignan una duración máxima de cinco años, a semejanza del art. 33.7 g, Baucells Lladós, 2011, pp. 553-554; Roca Agapito, 2010, p. 114.

jurídica y las capacidades de la intervención judicial. Ello, no obstante, será sin perjuicio del abono de la pena de multa si la persona jurídica recupera posteriormente su capacidad de pago<sup>80</sup>.

## **VI. Reglas específicas de determinación legal de la pena.**

Para la responsabilidad penal de las personas jurídicas rigen plenamente las reglas generales de determinación legal de la pena también aplicables a las personas físicas<sup>81</sup>. Sin embargo, el art. 66 bis p.1 ab initio prevé una regla específica relativa a la apreciación de circunstancias atenuantes y agravantes<sup>82</sup>. En su virtud les serán aplicables a las personas jurídicas responsables todas las reglas del art. 66.1 salvo la del art. 66.1.5<sup>a</sup>, que regula los efectos de la atenuante agravada de multirreincidencia<sup>83</sup>.

En todo caso, dada la estructura de la responsabilidad de las personas jurídicas que resulta del modelo de transferencia escogido por nuestro legislador las reglas sobre circunstancias modificativas tendrán el siguiente alcance:

Se aplicarán a las agravantes y atenuantes del injusto de la persona física que ha sido transferido a la persona jurídica<sup>84</sup>. También a las atenuantes específicas de la punibilidad de la persona jurídica contenidas en el art. 31 bis 4, al igual que a la atenuante de procedibilidad del art. 21.6<sup>a</sup>, referida a dilaciones indebidas en el enjuiciamiento de la persona jurídica. Y a cualquier otra circunstancia atenuante de análoga significación a las anteriores –art. 21.7<sup>a</sup>-<sup>85</sup>. Sin embargo, quedan excluidas de consideración cualesquiera circunstancias atenuantes y agravantes de la culpabilidad, se encuentren o no localizadas en los arts. 20 a 22. Eso reza para las concurrentes en la persona física transferente, en cuanto tales circunstancias están excluidas legalmente de la transferencia –art. 31 bis 3-, y para eventuales circunstancias modificativas de la culpabilidad de la persona jurídica, no previstas legalmente.

Por lo demás, la referencia del art. 66 bis p.1 a otras reglas adicionales de determinación de la pena, recogidas a continuación en el precepto, no es relevante en estos momentos, pues

---

<sup>80</sup> Llegan a mismo resultado, Baucells Lladós, 2011, pp, 553-554; Roca Agapito, 2010, p. 114.

<sup>81</sup> En el mismo sentido, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 32; Fiscalía general del estado, 2011, p. 72; García Arán, 2011, p. 639.

<sup>82</sup> La regla afecta exclusivamente a lo previsto en el art. 66.1, sin que incida sobre el art. 66.2. Llegan a mismo resultado García Arán, 2011, p. 639; Santana Vega, 2011, p. 195.

<sup>83</sup> Como veremos en el siguiente apartado, la dicción del art. 66 bis pp. 2 y 3 acabará sacando también a la agravante simple de reincidencia del ámbito de aplicación de las reglas del art. 66.1.

<sup>84</sup> Sobre la transferencia del injusto de la persona física a la persona jurídica, véase Díez Ripollés, 2011, pp. 244 y ss; 2012, p. 15.

<sup>85</sup> Admiten asimismo el juego contrapuesto de agravantes y atenuantes en la determinación de la pena de las personas jurídicas, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 32; Santana Vega, 2011, p. 195. Estiman inviable la consideración de agravantes, García Arán, 2011, p. 639; Morales Prats, 2010, p. 67.

se trata de reglas de determinación judicial, que no legal, de la pena, y las veremos en el apartado siguiente<sup>86</sup>.

### VII. Criterios específicos de determinación judicial de la pena.

De nuevo hay que recordar que son en principio aplicables los criterios generales de determinación judicial de la pena vigentes para las personas físicas. Además, el art. 66 bis p. 1. 1ª y pp. 2 y 3 contiene unos criterios específicos para las personas jurídicas responsables, los cuales, sin embargo, no son aplicables a la pena principal de multa.

Los *criterios contenidos en el art. 66 bis p.1 1ª* coinciden con los ya vistos para orientar al juzgador en la imposición de estas penas<sup>87</sup>. En este momento, sin embargo, se emplean para determinar la extensión de alguna de estas penas cuya imposición se ha decidido por el juez, y naturalmente dentro del intervalo prefijado por las reglas de determinación legal de la pena<sup>88</sup>. Al igual que sucedía en la fase de imposición, van referidos al juicio de necesidad de pena, en este caso, más precisamente, a la cuantía de la pena necesaria.

Los *criterios contemplados en los párrafos segundo y tercero del art. 66 bis* siguen siendo reglas específicas de determinación judicial de la pena, a tener en cuenta una vez que el juez ha decidido imponer estas penas discrecionales, y siempre dentro del intervalo derivado de las reglas de determinación legal de la pena<sup>89</sup>. Son complementarios de los criterios del art. 66 bis p.1 1ª acabados de aludir. A tales efectos, condicionan que las penas privativas de derechos alcancen cierta gravedad a que se den ciertos elementos adicionales, los cuales hacen referencia a un juicio de mayor necesidad de pena<sup>90</sup>.

Así, toda pena concreta privativa de derechos de las personas jurídicas<sup>91</sup> podrá superar los dos años de duración solo si se dan dos requisitos alternativos –art. 66 bis p.2-. El primero es que la persona jurídica sea *reincidente*, esto es, que haya sido condenada por delito de la misma naturaleza comprendido en un mismo título del código –art. 22.8ª-<sup>92</sup>. Su fundamento no atiende, sin embargo, a la mayor culpabilidad de la persona jurídica, como en la agravante de reincidencia, sino en la necesidad de una mayor pena para lograr los efectos socio-

---

<sup>86</sup> Ello sin perjuicio de que, como ya hemos analizado en el apartado IV, las reglas del art. 66 bis p.1 1ª sirvan también para orientar al juzgador sobre la imposición discrecional de las penas privativas de derechos de las letras b a g del art. 33.7. En esa misma sede hemos explicado la naturaleza de la regla del art. 66 bis p.1 2ª.

<sup>87</sup> Véase por tanto su análisis en apartado IV.

<sup>88</sup> Así también, García Arán 2011, p. 641; Morales Prats, 2010, pp. 66-67.

<sup>89</sup> La ley, incorrectamente, habla de circunstancias de *imposición* de sanciones.

<sup>90</sup> Parece pensar en un juicio de merecimiento de pena, ligado al principio de proporcionalidad, Gómez-Jara Díez, 2010, p. 12.

<sup>91</sup> Al margen, lógicamente, queda la de disolución de la sociedad.

<sup>92</sup> Así también Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 32; Fiscalía general del estado, 2011, p. 71.

personales a satisfacer con la pena, singularmente preventivo-especiales inocuidadores e intimidatorios. Por lo demás, tampoco funciona como una circunstancia agravante de los arts. 22 y 66, sino como una regla de determinación judicial de la pena<sup>93</sup>. El segundo requisito alternativo es la *utilización instrumental* de la persona jurídica para cometer delitos, lo que sucederá, ope legis, si la actividad legal de la sociedad es menos relevante que la ilegal<sup>94</sup>. De nuevo su fundamento reside en la necesidad de una mayor pena para lograr efectos preventivo-especiales inocuidadores e intimidatorios<sup>95</sup>.

Y la pena concreta privativa de derechos de las personas jurídicas podrá superar los cinco años, e incluso convertirse en permanente, si concurren uno de estos dos requisitos –art. 66 bis p.3-: Que la persona jurídica sea *multirreincidente*, concepto que se ha de entender como prescribe el art. 66.1 5ª, es decir, que haya sido condenada al menos por tres delitos de la misma naturaleza y comprendidos en un mismo título del código; su fundamento atiende, con mayor acuciosidad, a la idea acabada de exponer respecto a la reincidencia simple; y tampoco funciona como una circunstancia cualificada de reincidencia en el sentido del art. 66<sup>96</sup>. Que se *utilice instrumentalmente* a la persona jurídica en el mismo sentido antes expresado<sup>97</sup>. En todo caso, la ley prevé la superación de los cinco años solo en las penas de prohibición temporal de actividades relacionadas con el delito cometido, y de inhabilitaciones especiales; no incluye, correctamente, a las otras penas temporales privativas de derechos, cuyo límite abstracto máximo no supera esa duración. En cuanto a la posibilidad de que la pena tenga carácter permanente, va referida solo a las dos que tienen o pueden tener carácter definitivo, la de prohibición definitiva de actividades relacionadas con el delito cometido y la de disolución. Ahora bien, como esta última solo puede ser definitiva, en realidad este precepto establece condiciones adicionales para que se pueda aplicar en general la pena de disolución.

---

<sup>93</sup> En el mismo sentido García Arán, 2011, p. 642; Santana Vega, 2011, p. 196. En contra, Bacigalupo Sagesse, 2011, pp. 29, 36.

<sup>94</sup> La determinación de este extremo no siempre será fácil. Tienen también una actitud crítica, Dopico Gómez-Aller, 2010, p. 32; Santana Vega, 2011, p. 196.

<sup>95</sup> Igualmente García Arán, 2011, p. 642. La configura como un circunstancia agravante, Bacigalupo Sagesse, 2011, pp. 29, 36.

<sup>96</sup> Así también Santana Vega, 2011, p. 196. Parecen entender la reincidencia y la multirreincidencia en este contexto como circunstancias agravantes de la responsabilidad de las personas jurídicas introducidas indirectamente vía art. 66 bis, Fiscalía general del estado, 2011, pp. 71-72; Morales Prats, 2010, p.66..

<sup>97</sup> La identidad de la exigencia con la del p.2 hace que, para las penas de prohibición temporal de actividades relacionadas con el delito y de inhabilitaciones especiales, contempladas también en el p.3, la previsión del p. 2 sea superflua.

Finalmente, no hay que olvidar que el art. 130.2 p.1 in fine contiene una cláusula de medición judicial de la pena para los supuestos de sucesión de personas jurídicas<sup>98</sup>.

### **Bibliografía utilizada.**

Bacigalupo Sagesse, S. (2011). “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”. Cuadernos penales J.M. Lidón. N.8.

Baucells Lladós, J. (2011). “Arts. 32 a 60”, en Córdoba Roda, J. / García Arán, M. “Comentarios al código penal. Parte general”. Madrid: Marcial Pons.

Boldova Pasamar, MA / Rueda Martín, MA. (2011). “La responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal español”, en Pieth, M / Ivory, R eds. “Corporate Criminal Liability”. London: Springer.

Díez Ripollés, JL. (2011). “Derecho penal español. Parte general. En esquemas”. 3ª edic. Valencia: Tirant.

Díez Ripollés, JL. (2012). “Las penas de las personas jurídicas, y su determinación legal y judicial: Regulación española”. Indret. 1/2012.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). “Responsabilidad penal de personas jurídicas”, en Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo coord. “Memento experto. Reforma penal 2010”. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre.

Fiscalía general del estado. (2011). “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO. 5/2010”. Madrid: Fiscalía General del Estado.

García Arán, M. (2011). “Arts. 31 bis, 66 bis”, en Córdoba Roda, J. / García Arán, M. “Comentarios al código penal. Parte general”. Madrid: Marcial Pons.

Gómez-Jara Díez, C. (2010). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del código penal”. Diario La Ley. n. 7534, 23 diciembre 2010.

Gómez Martín, V. (2011). “Art. 31 bis”, en Corcoy Bidasolo, M / Mir Puig, S. “Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010”. Valencia: Tirant.

Martínez González, MI. (2010). “Lección XXX. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal”, en Gómez Rivero, MC coord. “Nociones fundamentales de derecho penal. Parte general”. 2ª edic. Madrid: Tecnos.

---

<sup>98</sup> Véase más ampliamente Díez Ripollés, 2011, p. 139.

Morales Prats, F. (2010). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)”, en Quintero Olivares dr. “La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios”. Cizur Menor: Aranzadi-Thomson.

Muñoz Conde, F. / García Arán, M. (2010). “Derecho penal. Parte general”. 8ª edic. Valencia: Tirant.

Nieto Martín, A. (2008). “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un modelo legislativo”. Madrid: Iustel.

Robles Planas, R. (2011). “Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”. Diario la Ley. n. 7705. 29 septiembre 2011.

Roca Agapito, L. (2010). “Novedades en torno a la regulación de la pena de multa”, en Álvarez García, J. / González Cussac, JL drs. “Comentarios a la reforma penal de 2010”. Valencia: Tirant.

Santana Vega, D. (2011). “Art. 66 bis”, en Corcoy Bidasolo, M / Mir Puig, S. “Comentarios al código penal. Reforma LO 5/2010”. Valencia: Tirant.

Zugaldía Espinar, JM. (2010). “Tema 34”, en Zugaldía Espinar dr. “Fundamentos de derecho penal. Parte general”. Valencia: Tirant.

Zugaldía Espinar, JM. (2012). “Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español”. En prensa.

Zúñiga Rodríguez, L. (2010). “El sistema de sanciones penales aplicables a personas jurídicas”, en Berdugo Gómez de la Torre, I. / Pérez Cepeda, AI. / Zúñiga Rodríguez, L. “Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. Tomo I”. Madrid: Iustel.