

Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas¹

MARÍA SOLEDAD GIL NOBAJAS

1. Introducción. 2. Previo: las «penas» para las personas jurídicas y su responsabilidad en el Código Penal español. 3. Cuestiones comunes a las penas interdictivas: primeros problemas. 4. Catálogo de penas interdictivas: problemas específicos. 4.1. Disolución. 4.2. Suspensión de actividades. 4.3. Clausura de locales y establecimientos. 4.4. Prohibición de actividades. 4.5. Inhabilitaciones especiales. 4.6. Intervención judicial. 5. Reglas para su aplicación: algunas disfuncionalidades. 6. Consideraciones finales. Bibliografía.

RESUMEN

Este trabajo analiza las penas interdictivas aplicables a las personas jurídicas reguladas en las letras b) a g) del art. 33.7 del Código Penal, puesto que presentan unas características comunes que las diferencian de la multa. A la luz de su contenido y caracterización doctrinal, su finalidad y las reglas para su imposición y determinación del art. 66 bis CP, se pondrán de relieve algunos de los problemas generales y particulares que suscitan.

Palabras clave: Personas jurídicas, Responsabilidad penal, Penas interdictivas.

ABSTRACT

This paper analyses interdiction penalties applicable to legal entities, specified in paragraphs b) to g) of article 33.7 Criminal Code, which display some characteristic features that differentiate them from the fine penalty. Some general and particular problems referred to these penalties will be highlighted, taking into account their content and doctrinal characterization, purpose and the legal provisions that regulate their applications and determination.

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación I+D+I DER2013-46523-R, *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los retos de la sociedad, y cuyos investigadores principales son Pilar Otero González y Abraham Castro Moreno; igualmente, en el equipo de investigación *Poder público y empresa en un contexto multinivel y transnacional* (UD-R2010) reconocido por el Gobierno Vasco para el período 2013-2015 (IT607-13), cuyo investigador principal es Luis I. Gordillo Pérez.

Keywords: Legal entities, Criminal liability, Interdiction penalties.

1. INTRODUCCIÓN

Con la introducción del art. 129 en el Código Penal de 1995 se reguló la posibilidad de aplicar determinadas reacciones jurídicas a los entes colectivos, bajo el calificativo de consecuencias accesorias. Aunque en esta regulación los presupuestos sustantivos para su imposición y las reglas para su determinación e individualización brillaban por su ausencia, una de las pocas cuestiones definida era la concreta consecuencia accesoria imponible para cada delito circunscrito al ámbito de aplicación del art. 129. Quince años después, y tras algún traspies intermedio, el modelo de responsabilidad penal para las personas jurídicas (en adelante RPPJ) que introdujo la LO 5/2010 mantuvo, en esencia, esas mismas reacciones jurídicas, más alguna otra, incluida la multa; catálogo que mantiene la LO 1/2015. Con esta reforma no solo se conservó en su inmensa mayoría el catálogo de sanciones penales de la regulación anterior, sino que incorporó un doble sistema de responsabilidad, uno para personas jurídicas y otro para entes sin personalidad jurídica, que se unifican, a excepción de la multa y la disolución, en las concretas consecuencias jurídicas aplicables bajo, teóricamente, la diferente naturaleza de penas y consecuencias accesorias.

El objeto de este trabajo se centra en las penas interdictivas para las personas jurídicas recogidas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP, dado que presentan unas particularidades que las permiten diferenciar de la pena de multa, la única de imposición obligatoria. Así, se realiza un análisis crítico de estas sanciones, su finalidad, contenido y reglas para su imposición y determinación, destacando algunas de las cuestiones conflictivas que suscitan. Debe advertirse que los aspectos que se abordan se limitan fundamentalmente al régimen de imposición de penas, si bien muchas de estas cuestiones son extrapolables a las consecuencias accesorias del actual art. 129. Es más, teniendo en cuenta que el legislador de 2010 ha mantenido prácticamente invariable el catálogo de sanciones para las personas jurídicas, la referencia a esta regulación, antes de la introducción del art. 31 bis, se presenta como obligada, así como la aplicación que los tribunales han hecho de este último precepto. Van a quedar fuera, por razones de espacio, la posibilidad de imponer algunas de estas sanciones como medidas cautelares.

2. LAS «PENAS» PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU RESPONSABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

No es posible hablar de penas aplicables a la persona jurídica, cualesquiera que sean, sin referirse a su presupuesto: la responsabilidad penal de aquella y

su vía de fundamentación. Sería una labor suicida abordar un tema tan complejo, discutido y con diferentes enfoques en los límites de este trabajo y, obviamente, no pretendo embarcarme en él. Pero el objeto de análisis es una clase específica de «penas» para las personas jurídicas, conforme a los requisitos del art. 31 bis y ss., por lo que resultan preceptivas unas breves consideraciones al respecto.

Se han manejado distintos argumentos sobre la necesidad político-criminal de castigar penalmente a las personas jurídicas, si bien de entre ellos el protagonismo lo ha acaparado la autorregulación regulada, bajo el discurso de que es la empresa la que debe controlar los riesgos que genera ante un Estado que no puede monitorizarlo todo, ni además es el más capacitado para hacerlo. No voy a entrar a valorar aquí si incitar a las empresas al desarrollo de modelos de organización eficaces para la prevención y detección de delitos es un objetivo que deba resolverse con el expediente penal². Pero si este es el escenario sobre el que se plantea el debate, el modelo que desarrolle una filosofía autorreguladora debe resultar coherente con ella y eficaz para lograr su objetivo. Son numerosas y variadas las vías de fundamentación para imponer sanciones a las personas jurídicas, de diferente naturaleza según los presupuestos de partida. En una labor de síntesis, se nos habla de heterorresponsabilidad o autorresponsabilidad; dicotomía en la que, a mi juicio, ofrece dogmáticamente una mayor rentabilidad esta última, sin perjuicio de las objeciones a la que lógicamente puede y debe someterse.

Sentado lo anterior, otra cosa es la valoración concreta que merezca el modelo de RPPJ que introdujo la LO 5/2010 y que ya ha conocido dos reformas, la última por medio de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Esta última modificación, con una prolija y detallada regulación de un modelo de organización empresarial con efectos exoneratorios o atenuantes, según el caso, para la persona jurídica, es expresión legal de que, en efecto, la filosofía inspiradora es la autorregulación empresarial³. A partir de aquí, se está, en mi opinión, ante un modelo con una clara base de heterorresponsabilidad, incorporando un componente o criterio de imputación autónoma respecto de la persona jurídica; la existencia de una deficiencia organizativa que «explique» la comisión del delito. O también, se trata de un sistema a medio camino entre la heterorresponsabilidad y la autorresponsabilidad, pero sin haber dado el paso definitivo hacia esta última. Ni la posibilidad de sancionar

² Un sector importante de la doctrina niega este punto de partida, al menos para fundamentar una vía estrictamente penal, es decir, de imposición de auténticas penas a las personas jurídicas. Si bien principalmente este rechazo se vincula en considerar incompatible una fundamentación de esta índole con las categorías tradicionales del delito.

³ La segunda clave del sistema reside en que, a pesar de existir un defecto de organización, solo se sanciona a la persona jurídica si el delito se ha llevado a cabo en su beneficio directo o indirecto, es decir, entendido en un sentido amplio.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

autónomamente a la persona jurídica, aunque no haya persona física a quien castigar, convierte el modelo en uno de responsabilidad propia, ni el hecho de que el fundamento de su sanción resida en una deficiencia organizativa convierte esta última en una culpabilidad jurídico-penal. Lo primero porque también los modelos puros de responsabilidad derivada necesitan establecer excepciones en esta dirección para no caer en la inoperancia absoluta del sistema. En el caso particular del art. 31 bis y ss. esta autonomía de la responsabilidad compagina mal con la modulación de la pena de multa que se recoge, como reconoce mayoritariamente la doctrina. Lo segundo, porque la culpabilidad por defecto de organización, tesis acuñada por Tiedemann para fundamentar la responsabilidad administrativa de la entidad del § 30 OWiG, no formula realmente una culpabilidad jurídico-penal que, para colmo, va referida al hecho injusto cometido por la persona física.

El problema de las vías intermedias es que corren el riesgo de acumular las objeciones de las dos fórmulas de las que toman sus elementos configuradores; aunque hay que reconocer que la actual regulación penal española resulta en la práctica más operativa que cualquier modelo de autorresponsabilidad, caracterizados por su compleja fundamentación teórica. En cualquier caso, a pesar de que personalmente soy partidaria de otra fundamentación que permita imputar objetiva y subjetivamente menoscabos de bienes jurídicos a los entes colectivos, comparto la mayoría de las críticas que un amplio sector de la doctrina ha dirigido al art. 31 bis y ss., porque aquí no es posible hablar de una auténtica culpabilidad jurídico-penal por el defecto de organización. Las deficiencias organizativas resultarán, en su caso, el sustrato fáctico sobre el que desarrollar el hecho injusto de la persona jurídica y la culpabilidad, bajo una comprensión normativa, deberá ir referida a ese injusto. Teniendo presente esto, es discutible que las reacciones objeto de este trabajo pueden considerarse penas, en su sentido jurídico-penal, aunque no creo que pueda negarse su carácter penal en sentido amplio. No obstante, a los efectos de este trabajo, se mantendrá la nomenclatura de penas, puesto que así las ha denominado el legislador cuando van referidas a entes dotados de personalidad jurídica.

3. CUESTIONES COMUNES A LAS PENAS INTERDICTIVAS: PRIMEROS PROBLEMAS

El art. 33.7 CP recoge un total de 6 penas interdictivas, todas ellas penas graves, lo que de entrada plantea los primeros problemas. Por un lado, porque puede resultar incoherente en atención al diverso contenido y duración que poseen. Es verdad que podría defenderse que su gravedad viene motivada por la incidencia real para el desarrollo de la actividad empresarial u objeto social,

que puede ser muy superior a la de su duración real⁴. No obstante, y como se verá, el CP no establece una duración mínima de extensión, por lo que teóricamente es posible pensar en una duración mínima de un día. Con todo, y aunque lo más aconsejable es que se diferenciara entre penas graves y menos graves⁵, generalmente implicarán una afectación y restricción severa de la actividad empresarial (salvo, en ocasiones, la intervención judicial), en atención a las reglas que orientan su aplicación y determinación. A mi juicio esto puede resultar algo incoherente con el fomento de la autorregulación que inspira la RPPJ, al menos si lo que se pretende es resocializar o rehabilitar a la entidad que no se organiza correctamente y no meramente neutralizar la utilización delictiva de esta, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

Por otro lado, su naturaleza grave suscita problemas procesales, ya que su duración no tiene por qué guardar relación con la gravedad de la pena impuesta a la persona física (De la Mata Barranco et al. 2011, p. 13, Gallego Díaz 2013, p. 86). Sobre esto la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (posterior, por cierto, a la entrada en vigor de la reforma penal de 2010), introdujo un art. 14 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal con el siguiente tenor: «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». Se trata de una solución técnica para facilitar la operatividad de la RPPJ, aunque no supera, a mi juicio, la incongruencia de que persona física y jurídica responden por el mismo tipo penal. Existiría una accesoriadad (Gallego Díaz 2013, p. 86) limitada referida al hecho típico de la persona física, si bien este sujeto y la persona jurídica responderían por razones distintas. Aquélla con base en su culpabilidad, ésta por el defecto de organización. Y puesto que el delito por el que responden ambas es el mismo, lo único que parece posible graduar es la gravedad de la deficiencia organizativa, lo que correlativamente debería dar lugar, en principio, a una pena para la persona jurídica más o menos grave. Pero no solo en cuanto a su duración, lo que nos reconduce al primero de los problemas aludidos, sino en cuanto al catálogo de sanciones contempladas, su contenido y su afectación (real) sobre la entidad⁶.

⁴ Similar, Manzanares Samaniego (2012, p. 2).

⁵ Así lo considera Roca Agapito (2014, p. 384).

⁶ Una de las críticas vertidas al modelo de RPPJ que consagra el art. 31 bis es que la persona física responde por un delito doloso, mientras que el déficit de organización será generalmente imprudente. No obstante, y siendo partidaria de otra vía de fundamentación teórica, no veo muy claro que en el marco de la regulación española pueda hablarse de responsabilidad dolosa o imprudente de la persona jurídica, puesto que entiendo que el hecho injusto de la persona física se le imputa a la entidad. A menos que se haga equiparar la mayor o menor gravedad del

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

La distinta gravedad de la pena entre persona física y jurídica genera igualmente disfunciones en el plano de la prescripción. En aplicación del art. 133.1 CP y 131.5, las penas a las personas jurídicas prescribirán a los diez años, por lo que puede darse la paradoja de haber prescrito el delito para la persona física y no para la entidad, a pesar de que la base de la sanción de esta última es el delito de aquélla. Salvo que se interprete que también aquí el plazo de prescripción de la pena para la persona física «arrastra» al de la persona jurídica, similar a lo que sucede con la competencia judicial. No obstante, parece dudosa su admisión al no existir aquí previsión legal específica.

Un segundo rasgo definidor de las penas interdictivas es que son, salvo tasadas excepciones⁷, de aplicación facultativa⁸ y, además, cumulativas a la multa (Boldova Pasamar 2013, p. 261), que opera prácticamente siempre como pena de imposición obligatoria. Parece desprenderse, entonces, que la multa juega el papel de pena principal y las interdictivas son penas accesorias (Manzanares Samaniego 2012, p. 1 s., Roca Agapito 2014, p. 382 s.)⁹. Además, son hereditarias en su mayoría de las consecuencias accesorias incorporadas al Código Penal en 1995 en consonancia con las previsiones internacionales en la materia. No obstante, se critica recurrentemente el no haber contemplado otras sanciones conocidas en derecho comparado, mucho más variadas y que no solo persigan una finalidad preventivo-negativa como la que implica la mayor parte de las penas recogidas en el art. 33.7¹⁰.

Unido a su naturaleza potestativa y finalidad preventivo-negativa, debe advertirse que las penas interdictivas tienen además una aplicación muy restrictiva en el caso de sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés general, única excepción a la exclusión de sanción penal para las personas jurídicas de derecho público. Conforme al art. 31 quinquies, además de la multa la única pena interdictiva legalmente admisible en estos casos es la intervención judicial. A menos que la entidad se hubiera creado expresamente para eludir una eventual responsabilidad penal, en cuyo caso no será oponible la limitación referida. En mi opinión la razón de esta restricción viene determinada por la naturaleza del servicio público o

defecto de organización con el dolo o la imprudencia. Esta es la concepción que defiende Nieto Martín (2008, p. 160).

⁷ En el Código Penal, la disolución es de imposición obligatoria en los delitos de asociación ilícita (art. 520), depósito de armas, municiones o explosivos (art. 569) y pertenencia a organización criminal (art. 570 quáter). El delito de cohecho del art. 424 contempla por su parte, la obligatoriedad de imponer la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que forman parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social de 5 a 10 años. En este caso, la obligatoriedad de imposición es compartida con la multa para la persona jurídica, en atención a lo dispuesto en el art. 427 bis. En contra, Faraldo Cabana (2015, p. 2).

⁸ Para una clasificación de estas penas véase por todos, Díez Ripollés (2013, p. 195-197).

⁹ Las considera penas principales cumulativas de la multa Gallego Díaz (2013, p. 87).

¹⁰ Por todos, De la Cuesta Arzamendi (2011, p. 23, con extensa bibliografía).

interés general que prestan e impedir, así, que afecte a su continuidad y derive en negativos efectos sociales y económicos. Bajo una lógica similar, cabría preguntarse, entonces, si tal vez sería conveniente prever una restricción de esta índole a otras entidades de derecho privado. Me refiero fundamentalmente a los partidos políticos y sindicatos, sometidos a la RPPJ tras la reforma operada por la LO 7/2012, de 27 de diciembre, de reforma del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. Situaciones de creación fraudulenta aparte, en el caso de los partidos políticos la limitación podría articularse por el fin constitucional que desempeñan, es decir, servir de instrumento de la participación política de los ciudadanos. En cuanto a los sindicatos, en términos similares, por el interés general de los trabajadores a los que representan.

Según se ha señalado, las penas interdictivas del art. 33.7 cumplen fundamentalmente un fin preventivo-especial, en conexión con un modelo estructural (Baucells Lladós 2013, p. 203)¹¹, a diferencia de la multa, de marcado carácter preventivo-general. Obsérvese que inicialmente el art. 129 recogía un apartado 3 señalando que las consecuencias accesorias estaban orientadas a «prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma». Esta previsión ha desaparecido de ese precepto para formar parte del conjunto de reglas del art. 66 bis que orientan la imposición y determinación de las penas interdictivas. Esta finalidad ha sido utilizada como argumento para defender el carácter potestativo de su imposición y, en consecuencia, aproximar su naturaleza a la de las medidas de seguridad (Feijóo Sánchez 2011, p. 117). No cabe duda de que la cuestión sobre su naturaleza jurídica está influida por la postura personal que se adopte sobre la RPPJ, pero en cualquier caso el elemento de consenso está en el hecho de que estas sanciones, por su contenido, tienen un claro carácter inocuidador (Feijóo Sánchez 2011, p. 117 s.)¹², pasando a primer término la prevención especial negativa. Solamente en la intervención judicial, como se verá, es posible advertir una orientación preventivo-especial positiva. En el caso de las inhabilitaciones especiales, también hay quien les atribuye secundariamente una connotación retributiva¹³.

Por otro lado, no se ha contemplado la RPPJ para el delito de quebrantamiento de condena, ni tampoco sustitutivos penales o la suspensión

¹¹ Sin perjuicio de que también puede observarse una orientación intimidatoria derivada de las reglas del art. 66 bis, según señala Roca Agapito (2014, p. 402).

Para un análisis detallado de los distintos modelos teóricos de sanción, véase Baucells Lladós (2013, p. 176 ss).

¹² También Gómez-Jara Díez (2011, p. 113), si bien desde su concepción de la RPPJ no prescinde de la prevención general.

¹³ Así lo defiende Roca Agapito (2014, p. 397), señalando que esta pena también mira al pasado, como compensación temporal de la situación patrimonial ilícita disfrutada indebidamente por la persona jurídica a consecuencia de los delitos cometidos en su provecho.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

total o parcial de las penas interdictivas (De la Cuesta Arzamendi 2011, p. 24, Gallego Díaz 2013, p. 94, Roca Agapito 2014, p. 376 s.). Sobre lo primero, impide toda respuesta jurídica en caso de incumplimiento (Feijóo Sánchez 2011, p. 127), sin perjuicio de lo que se dirá en relación con la disolución. En cuanto a lo segundo, podría pensarse que la razón de no prever la sustitución está en que estas penas no persiguen un fin resocializador; finalidad a la que se orientaría esta institución en el caso de personas físicas. No obstante, no parece que esto resulte compatible con la autorregulación empresarial, a los efectos de que la entidad corrija los defectos de organización que llevan a la comisión de delitos¹⁴. Con todo, un sector de la doctrina defiende la posibilidad de suspender las penas interdictivas de corta duración por penas de multa o trabajos en beneficio de la comunidad, puesto que paralelamente a la libertad personal, la libertad de empresa sería el derecho fundamental máspreciado de las personas jurídicas (Gómez-Jara Díez 2011, p. 125). Ahora bien, además de que legalmente dicha suspensión no está prevista y que los trabajos en beneficio de la comunidad no es una pena que pueda imponerse a las personas jurídicas, debe tenerse presente que se trata de penas de aplicación facultativa y, por las reglas que establece el art. 66 bis y que más tarde se analizarán, una vez acordada la necesidad de imponerla, pierde peso la posibilidad de suspensión¹⁵. En mi opinión, aunque es criticable esta ausencia de previsión, los efectos negativos de no posibilitar la suspensión quedan matizados porque el contenido y las reglas del art. 66 bis, abocan a la imposición de estas penas en supuestos de personas jurídicas plenamente o sustancialmente criminógenas o personas jurídicas reincidentes. De nuevo, por tanto, hay que destacar su carácter inocuizador. Para otros supuestos (y desde luego para otro catálogo de penas), sería conveniente una regulación específica de la suspensión, introduciendo condiciones o reglas de conducta que evitasen la pena interdictiva inocuizadora en favor de obligaciones rehabilitadoras.

4. CATÁLOGO DE PENAS INTERDICTIVAS: PROBLEMAS ESPECÍFICOS

4.1. Disolución

Calificada de pena de muerte (jurídica) para la persona jurídica¹⁶, produce «la pérdida definitiva de su personalidad jurídica» y consecuentemente «de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo

¹⁴ Se adscribe a esta finalidad de las sanciones penales para personas jurídicas Baucells Lladós (2013, p. 185).

¹⁵ Cfr. Gómez-Jara Díez (2011, p. 126), refiriéndose a las reticencias a suspender la ejecución por parte del órgano judicial.

¹⁶ Por todos, Bacigalupo Sagesse (2011, p. 11).

cualquier clase de actividad, aunque sea lícita». En consonancia con la normativa privada, impuesta la disolución se abrirá el proceso de liquidación, al objeto de reglar activo y pasivo¹⁷ (momento en el que entraría en juego a mi juicio el pago de la multa impuesta), paso previo a la cancelación en el Registro Mercantil. Adviértase que durante el proceso de liquidación la persona jurídica despliega cierta actividad en el tráfico jurídico por medio de los liquidadores, aunque condicionada por las circunstancias concretas que atraviesa. Aquí surge una interesante cuestión sobre posibles delitos que se cometan en el proceso de disolución, tanto desde la perspectiva de la imputación jurídico-penal a la persona física (particularmente si el liquidador puede ser considerado administrador, de hecho o de derecho, en el caso de exigir esta cualificación la correspondiente figura delictiva), como en el caso de que el delito prevea la RPPJ, pues todavía no está extinta sino en fase de liquidación.

Problemas de imputación jurídico-penal aparte, la disolución tiene carácter definitivo e irreversible, pero, a diferencia de la muerte física, la persona jurídica puede «resucitar» y aparecer nuevamente con otro nombre y otra fisonomía. Se trataría, según algún autor, de un delito de quebrantamiento de condena que daría lugar a una nueva declaración de responsabilidad penal (Gallego Díaz 2013, p. 91). No obstante, este delito no conlleva RPPJ, por lo que la imputación solamente podría ir referida a la persona/s física/s que crean la nueva persona jurídica¹⁸. Con todo, puede cuestionarse hasta qué punto es este sujeto el que incumple la pena de disolución, cuya destinataria es la propia entidad. Y, por otro lado, nada impide que una persona física, incluso condenada a una pena privativa de libertad, cree una persona jurídica que sea continuadora de la disuelta, salvo que se le impusiera una pena de inhabilitación especial en este sentido (lo que generaría un quebrantamiento de condena respecto de esta pena). No obstante, también podría plantearse aplicar en este caso particular la previsión del art. 130.2 CP, es decir considerar que la disolución impuesta como pena fue una disolución meramente aparente, en cuyo caso procedería disolver la nueva persona jurídica, si mantiene una identidad total o parcial de sus actividades, proveedores, clientes y empleados, Es decir, la nueva creación de la persona jurídica se estimaría fraudulenta y, en consecuencia, no extinguiría la responsabilidad penal¹⁹.

Dada la gravedad de esta pena, debe reservarse a casos especialmente graves según las reglas del art. 66 bis que se analizarán *infra*. Pero además

¹⁷ Crítica la ausencia de regulación sobre el destino del patrimonio de la empresa disuelta Gómez Tomillo (2010, p. 23, nota 17).

¹⁸ Similar, extendiéndolo a todas las penas interdictivas y señalando que el administrador respondería del delito por la vía del art. 31 CP, Feijóo Sánchez (2011, p. 127).

¹⁹ En relación con la regulación del art. 129 previa a la reforma de 2010, Mapelli Caffarena (2005, p. 366) sostiene que existiría una línea ininterrumpida de ejecución de la sanción que la hace extensiva a nuevos intentos de crear una entidad.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

resulta de obligada imposición en los supuestos de asociación ilícita (art. 520), depósito de armas, municiones y explosivos (art. 569) y pertenencia a organización criminal (arts. 570). Igualmente parece una pena adecuada para los casos de sociedades instrumentales (Díez Ripollés 2013, p. 198), que operan como centro de alejamiento de la imputación jurídico-penal.

La doctrina destaca la nula aplicación de la disolución²⁰, cuando en realidad no ha sido así bajo el régimen del art. 129 previo a la LO 5/2010. Es verdad que esta regulación no establecía los supuestos de aplicación de la disolución, si bien la doctrina la limitaba a casos de asociaciones ilícitas²¹. Expresamente el Tribunal Supremo ha confirmado su imposición en varias ocasiones, en casos de sociedades o empresas creadas para dar cobertura a la actividad delictiva que motiva la condena de los autores²².

4.2. Suspensión de actividades

Se trata de una pena temporal que no podrá exceder los cinco años²³. A falta de indicación legal, es discutible si la suspensión se refiere a la totalidad de las actividades de la entidad o puede decretarse exclusivamente respecto de una o algunas. Un sector de la doctrina se decanta por la primera opción (Díez Ripollés 2013, p. 199), acorde con la mención genérica de «suspensión de actividades» que hace la ley. A diferencia de la disolución, mantendría la personalidad jurídica, pero la entidad perdería la «capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita» (Feijóo Sánchez 2012, p. 250). De esta interpretación parece desprenderse que su imposición vendría motivada por la existencia de una persona jurídica plenamente criminógena. Pero entonces, ¿por qué optar por la suspensión en lugar de la disolución y dejar una carcasa (existencia de personalidad jurídica) sin contenido real (desarrollo de actividad alguna)?²⁴. Además, la suspensión total de actividades puede derivar con el tiempo en la necesidad de la disolución de la persona jurídica (Díez Ripollés

²⁰ Destaca que en esta inaplicación han prevalido los intereses económicos derivados del impacto a terceros frente a los argumentos político-criminales Baucells Lladós (2013, p. 212 s.).

²¹ Por todos, Bacigalupo Sagesse (1998, p. 303).

²² Sin ánimo de exhaustividad, SSTs, 2ª, 924/2005, de 17 de junio; 50/2007, de 19 de enero; 152/2007, de 23 de febrero; 202/2007, de 20 de marzo; 968/2007, de 26 de noviembre; 985/2007, de 26 de noviembre; 145/2008, de 8 de abril; 769/2008, de 30 de octubre; 756/2009, de 29 de junio; 290/2010, de 31 de marzo. En todas ellas la disolución se acordaba respecto de sociedades o empresas creadas para dar cobertura a la actividad delictiva que motiva la condena de las personas físicas.

²³ Cfr. Bacigalupo Sagesse (2011, p. 11), considerando que la suspensión es una clase específica de inhabilitación temporal.

²⁴ La califica de disolución temporal Echarri Casí (2003, p. 89).

2013, p. 199), tratándose entonces de una disolución *de facto*²⁵ o pre-disolución. Estos motivos llevan a otros autores a restringir su aplicación a la actividad o actividades vinculadas con el delito o delitos cometidos, sin perjuicio de que también pueda ser total en supuestos especialmente graves²⁶. No obstante surge entonces la dificultad de diferenciar esta pena respecto de la prohibición de actividades²⁷, que sí puede restringirse a una o unas en concreto, siempre que estén vinculadas con el delito cometido. Sin negar que ambas posiciones aportan argumentos valederos, de la escasa aplicación judicial de la suspensión con anterioridad a la LO 5/2010, se desprende que siempre se ha aplicado a la totalidad de las actividades, principalmente como medida cautelar²⁸.

4.3. Clausura de locales y establecimientos

Es una pena de carácter real que únicamente afecta a los espacios físicos de la persona jurídica (Gallego Díaz 2013, p. 92). Impide acceder a las instalaciones y su utilización, pero no veta que las actividades de la entidad se desarrollen en otros lugares sobre los que carezca de título jurídico, inclusive los domicilios particulares de sus directivos o empleados²⁹. Pero si no se tiene otro espacio físico, eventualmente puede derivar en la disolución de la sociedad, dado que esta pena afecta a la totalidad de sus locales y establecimientos. No obstante, hay quien aboga por permitir una clausura parcial, clausurando solo el local o locales relacionados con el delito (Zugaldía Espinar 2012, p. 137)³⁰. Esto tendría sentido para una entidad con actividad lícita, si bien alguna de sus dependencias es el espacio físico de la comisión delictiva. Pero de darse esta situación, ¿lo realmente peligroso a efectos de

²⁵ Rodríguez Fernández (2011, p. 178), haciendo alusión a la posición de la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2011, de 1 de junio.

²⁶ Rodríguez Fernández (2011, p. 178), Gallego Díaz (2013, p. 92), Roca Agapito (2014, p. 393), aduciendo diversos argumentos. También la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011 se adscribe a esta interpretación. Plantea también como argumento para defender la suspensión parcial el hecho de que la prohibición no se contemple como medida cautelar Feijóo Sánchez (2011, p. 122), aunque finalmente considera que la ley avala una suspensión total. Le sigue, Zugaldía Espinar (2012, p. 136).

²⁷ Díez Ripollés (2013, p. 199), rechazando interpretar que la suspensión pueda ir referida a actividades no vinculadas con el delito porque entonces carecería de sentido la suspensión temporal.

²⁸ La aplicación más fructífera de la suspensión ha sido en relación con los delitos de terrorismo en cuanto al entramado político y financiero de ETA. Sin ánimo de exhaustividad, AAN, 4ª, de 12 de enero de 1999; AAN, 3ª, de 26 de julio de 1999, rec. 55/1999; AAN, 1ª, 97/2002, de 7 de octubre, AAN, 4ª, de 25 de junio de 2003; AAN, 4ª, de 2 de septiembre de 2006.

²⁹ Díez Ripollés (2013, p. 199 s.) considera que la clausura total implica la suspensión de las actividades en todo caso, Roca Agapito (2014, p. 395).

³⁰ Baucells Lladós (2013, p. 209), poniendo de ejemplo una sociedad con una buena cultura de cumplimiento de la legalidad, pero que en alguno de sus establecimientos o locales se han cometido delitos.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

instrumentalización es el espacio disponible para la actividad delictiva o la actividad delictiva en sí? A mi juicio lo lógico es impedir la actividad vinculada con el delito, de manera que la persona jurídica pueda reasignar el espacio físico a otra actividad lícita dentro de su objeto social, por lo que lo más adecuado sería la prohibición de actividades³¹. A menos que se considere que es el local en sí, por su ubicación, sus instalaciones materiales, etc., el que «contamina» la actividad, por lo que clausurado este, la actividad «se encauza» a la legalidad. Pero esta interpretación mantiene el problema de la reubicación de la actividad aludido *supra*, por lo que da la sensación de que al final lo que se trata de afectar es la actividad.

La clausura de locales y establecimientos ha sido la principal consecuencia accesoria prevista en la regulación previa a la LO 5/2010, siendo la que en mayor número de ocasiones se ha impuesto.

4.4. Prohibición de actividades

Se trata de una pena que puede tener carácter definitivo o temporal, en cuyo caso no podrá exceder de 15 años, a diferencia del límite de 5 años que con anterioridad a la LO 5/2010 se establecía como consecuencia accesoria. Según se desprende expresamente de la letra e) del art. 33.7, la prohibición podrá estar referida a todas las actividades o solamente a una o alguna de ellas, con el requisito ineludible de que el juez deberá concretar la clase concreta de actividades afectadas por la prohibición, así como motivar la conexión existente con los hechos que han servido para cometer, favorecer o encubrir el delito (Mapelli Caffarena 2011, p. 276).

Según ha quedado expuesto, la limitación de la prohibición a unas determinadas actividades hace difícil diferenciar esta pena de la suspensión, cuando se interpreta que ambas afectan con carácter general a las actividades de la persona jurídica e, incluso, produce un efecto equiparable a la disolución cuando la prohibición es definitiva³². A menos que la prohibición, total o parcial, derive en una modificación del objeto social³³ que le permita a la entidad continuar en el tráfico jurídico. Algún autor sostiene que la diferencia entre la suspensión y la prohibición estriba en si la persona jurídica es completamente criminógena o una sociedad legalmente constituida con una actividad también legal. Así, en este último caso la pena más adecuada sería la prohibición referida exclusivamente a las actividades vinculadas con el delito (Mapelli Caffarena 2011, p. 276). Pero, a mi juicio, esta delimitación no resulta plenamente satisfactoria, porque si la suspensión es parcial y se limita a una o unas concretas actividades que han permitido cometer el delito, o lo han

³¹ Así también Díez Ripollés (2013, p. 200).

³² De esta opinión, Díez Ripollés (2013, p. 200).

³³ Cfr. Rodríguez Fernández (2011, p. 180).

facilitado o encubierto, también se está dando por hecho que la constitución de la entidad es lícita, así como el resto de su actividad, es decir, no están «contaminadas» plenamente por una filosofía criminógena. Tiene sentido entonces que, compartiendo la misma naturaleza, la diferencia entre la suspensión y la prohibición reside exclusivamente en la temporalidad de su imposición (Bacigalupo Sagesse 2011, p. 12), aunque no es muy comprensible semejante diferencia de duración, máxime por los problemas que plantea su diferenciación³⁴.

4.5. Inhabilitaciones especiales

La pena de la letra f) del art. 33.7, la única que no se contemplaba anteriormente en el catálogo de consecuencias accesorias del art. 129, integra tres clases de inhabilitaciones: 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. Es una de las sanciones que ejemplificativamente suele mencionarse en la normativa europea sobre la responsabilidad de personas jurídicas, lo que claramente ha determinado su incorporación al Código Penal.

La eficacia de esta sanción queda supeditada a su conocimiento por parte de los organismos y administraciones que tienen en sus manos la posibilidad de conceder ayudas, subvenciones, beneficios o incentivos fiscales o conceder una contratación pública (Feijóo Sánchez 2011, p. 124, Roca Agapito 2014, p. 399), sin que el Código Penal haya establecido los cauces para esta comunicación.

Como excepción puntual al carácter potestativo de las penas interdictivas, esta pena resulta de obligada imposición, junto a la multa, en el delito de cohecho del art. 424.

4.6. Intervención judicial

Un sector de la doctrina la califica de pena de libertad vigilada para las personas jurídicas (De la Cuesta Arzamendi 2011, p. 23, Feijóo Sánchez 2011, p. 125), siendo la única pena interdictiva que contiene una regulación más detallada³⁵. Tiene, además, una finalidad específica dirigida a «salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores» y su duración máxima es de cinco años. Los rasgos particulares de la intervención judicial ha llevado a

³⁴ Esta sanción apenas ha tenido aplicación como consecuencia jurídica con anterioridad a la reforma de 2010. Sobre un supuesto de prohibición temporal, véase la SAP Salamanca, única, 23/2001, de 12 de marzo.

³⁵ No obstante la califica de «sanción en blanco» Roca Agapito (2014, p. 401).

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

algún autor a defender su naturaleza cautelar o de garantía, semejante a las penas del art. 48 CP para las personas físicas³⁶.

Su contenido legalmente se concreta en los siguientes aspectos: a) puede afectar a la totalidad de la entidad o limitarse a una parte de esta (instalaciones, secciones o unidades de negocio). Ello es adecuado en atención al tamaño que posea la persona jurídica y el número de actividades que desarrolle, cuando el delito solo esté vinculado con una línea de actividad o se relacione con una de las sedes de aquella; b) el contenido de la intervención, su duración y plazos para informar de su seguimiento, así como la determinación del interventor, deberá establecerse por el juez en la sentencia o posteriormente en auto; c) es la única pena que puede verse modificada o suspendida (excepción a la ausencia legal de mecanismos de suspensión y sustitución), previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. Parece lógico, en mi opinión, que si la intervención consigue corregir el déficit organizativo que permitió o facilitó la comisión del delito, decae la necesidad de seguir manteniéndola. E igualmente es razonable pensar que si el interventor considera que las deficiencias detectadas hacen insuficiente esta pena o, al revés, existe una evaluación positiva que todavía no aconseja la suspensión, pero sí una modificación para transformarla, por ejemplo, de una intervención total a una parcial, pueda solicitarse desde el punto de vista de la rehabilitación empresarial; d) el interventor tiene derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica, así como a recibir toda información que sea necesaria para el ejercicio de sus funciones. De la literalidad de la ley se desprende, a mi juicio, que resulta indiferente que la intervención sea total o se limite a una o varias unidades o sedes específicas para que el derecho de acceso abarque a toda la persona jurídica, lo que resulta razonable debido a que el interventor necesitará conocer cómo funciona toda la organización y cómo se relacionan sus unidades, líneas y dependencias para poder actuar sobre aquella o aquellas que estén «contaminadas».

Con todo, el Código Penal pospone a un desarrollo reglamentario la concreción y ejecución de esta pena³⁷, todavía pendiente, lo que a juicio de algún autor la convierte hasta entonces de imposible aplicación, pues entre otros aspectos la decisión del órgano judicial sobre quién va a ser interventor pasa por establecer normativamente los requisitos para ello³⁸. No obstante, otros autores consideran que, a falta de determinación reglamentaria específica, habrá de estarse supletoriamente a lo dispuesto en los arts. 630 y ss.

³⁶ Así, Roca Agapito (2014, p. 400).

³⁷ Denuncia el riesgo de sobrecarga del aparato de la Administración de Justicia que su ejecución puede suponer, De la Cuesta Arzamendi (2011, p. 23).

³⁸ De esta opinión, Feijóo Sánchez (2011, p. 125).

LEC en relación con la administración judicial (Rodríguez Fernández 2011, p. 181 s., Roca Agapito 2014, p. 401)³⁹.

La intervención supone una limitación a las facultades de gestión de los administradores de la persona jurídica (Díez Ripollés 2013, p. 201), así como una restricción a la libertad de empresa, por lo que también comparte parcialmente la finalidad preventivo-especial inocuidadora a la que se orientan el resto de penas interdictivas. Como contrapartida, es la que presenta una mayor idoneidad para conseguir una reestructuración de la organización y/o actividad que garantice la supervivencia de la entidad, aunque de manera insuficiente, porque este objetivo queda relegado a un segundo plano al regularse expresamente que la intervención judicial va dirigida a proteger los derechos de los trabajadores⁴⁰. A pesar de ello, es una candidata idónea en términos de prevención especial positiva, dirigida a producir el menor impacto posible para terceros no implicados en el delito. Lamentablemente, bajo el régimen de consecuencias accesorias previo a la introducción de la RPPJ no se ha llegado a aplicar en ninguna ocasión⁴¹.

5. REGLAS PARA SU APLICACIÓN: ALGUNAS DISFUNCIONALIDADES

Las reglas del art. 66 bis CP para la aplicación de las penas (y consecuencias accesorias) a personas jurídicas han sido tachadas de complejas, confusas e indeterminadas (Gallego Díaz 2013, p. 95, Roca Agapito 2014, p. 379 s.)⁴². Dado el carácter primordialmente facultativo de estas sanciones, el juez deberá decidir si aplica alguna o algunas⁴³ (además de la multa) y de responder afirmativamente cuál o cuáles y en qué extensión. En esto el precepto mete en el mismo saco los criterios para tomar ambas decisiones, por lo que se ha denunciado igualmente la excesiva discrecionalidad de la que goza

³⁹ Rechaza esta postura Feijóo Sánchez (2011, p. 126).

⁴⁰ Cfr. Feijóo Sánchez, Bernardo (2011, p. 125), quien parece vetar totalmente la posibilidad de utilizarla para una reestructuración y reorganización empresarial por el fin específico que legalmente se le atribuye.

⁴¹ Únicamente se solicitó su aplicación en un supuesto y fue denegada (SAP Barcelona, sec. 6ª, 25 octubre 2001, rec. 103/2001), porque se pedía su imposición cautelar, lo que entonces no permitía el art. 129 CP. A esta inaplicación también contribuía el escaso número de delitos en los que se preveía bajo la vigencia del art. 129 CP.

⁴² Cfr. no obstante, Feijóo Sánchez, Bernardo (2011, p. 127), quien denuncia la falta de un mayor margen de intervención del juez en la fase de ejecución al tratarse de sanciones orientadas a la prevención especial.

⁴³ No hay impedimento para entender que el órgano judicial, en la medida en que sean compatibles, pueda acordar más de una pena interdictiva que acompañe a la multa, puesto que en todos los delitos que integran el ámbito de aplicación del art. 31 bis se señala que los jueces o tribunales “podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

el órgano judicial (Bacigalupo Sagesse 2011, p. 10)⁴⁴. Adviértase que el antiguo art. 129 no contaba con una regulación específica en esta cuestión, por lo que la doctrina vino a suplir esta laguna delimitando los criterios de orientación para la aplicación del art. 129. Así, debía constatar, por un lado, la peligrosidad instrumental del ente y, por otro, atender a la proporcionalidad en el caso concreto⁴⁵, según una ponderación de la necesidad de reaccionar frente a esta peligrosidad y los intereses de terceros. Es conveniente recordar estos elementos, puesto que, como se verá, los criterios de imposición y determinación de las penas interdictivas no se apartan sustancialmente de ellos.

El art. 66 bis establece varias escalas en la determinación de la pena. En primer lugar, remite a las reglas sobre atenuantes y agravantes del art. 66.1, a excepción de la multirreincidencia. No obstante, esta regla solo puede aplicarse a la multa, puesto que las penas interdictivas no se imponen conforme a un marco penal establecido en el correspondiente tipo penal. Consecuentemente, ni es posible establecer la pena inferior en grado, ni pueden establecerse grados intermedios, al no fijarse límite mínimo alguno (Manzanares Samaniego 2012, p. 10, Gallego Díaz 2013, p. 97)⁴⁶. Obsérvese que en el caso particular de la disolución la imposibilidad de graduación es absoluta. Por la misma razón tampoco podrán aplicarse a las penas interdictivas las específicas atenuantes previstas para las personas jurídicas, todas ellas postdelictivas. No obstante, su presencia operará significativamente como un criterio añadido de orientación sobre su imposición, según se verá, además de afectar lógicamente a la pena de multa.

En segundo lugar, se contemplan los criterios que deberán tenerse en cuenta con carácter general para la decisión sobre la imposición y extensión de cualquier pena interdictiva: a) necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

⁴⁴ Denunciando la vulneración del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*; Gallego Díaz (2013, p. 95).

⁴⁵ Por todos, De la Fuente Honrubia (2004, p. 122). Como muestra en la jurisprudencia de la no aplicación de la clausura, por desconocer la repercusión que podrá acarrear a terceros, véanse las SSAP Murcia, sec. 5ª, 23/2005, de 2 de marzo y AP Alicante, sec. 3ª, 614/2008, de 21 de octubre. Por su parte, la SAP Madrid, sec. 5ª, 34/2008, de 23 de marzo, no aplica la clausura del local porque no queda acreditada la intervención de los dueños en el delito de tráfico de drogas por el que se plantea su aplicación.

⁴⁶ Cfr. no obstante, Díez Ripollés (2013, p. 202), quien dada la naturaleza grave de las penas recogidas en el art. 33.7 sugiere un límite mínimo de 3 meses, siguiendo lo establecido en el art. 40 para la mayoría de las penas privativas de derechos de las personas físicas.

Debe advertirse que el primero de estos criterios es hereditario del anterior art. 129.3 previo a la reforma de 2010, destacando expresamente que la finalidad a la que se orientan las penas interdictivas es prioritariamente preventivo-especial, frente al fin preventivo-general que mostraría la multa, según se expuso en su momento. Lo determinante, entonces, para que se valore la necesidad de prevenir la continuidad delictiva es la presencia de un déficit organizativo que convierte a la entidad objetiva o instrumentalmente peligrosa para la comisión de delitos. De ahí que la valoración sobre la imposición, teniendo como horizonte la prevención especial, debe realizarse en el momento en que se está decidiendo la aplicación de alguna sanción interdictiva, no cuando se cometió el delito (Gómez-Jara Díez 2011, p. 123, Feijóo Sánchez 2011, p. 121), pues las circunstancias pueden haber cambiado sustancialmente, como se desprende del contenido de las atenuantes específicas existentes para las personas jurídicas.

Siguiendo con los criterios del art. 66 bis, el recogido en la letra b) es, en mi opinión, plasmación legal del principio proporcionalidad (Feijóo Sánchez 2011, p. 120), esto es, el juicio de necesidad (Roca Agapito 2014, p. 404), adecuación y proporcionalidad en sentido estricto al que se venía supeditando la aplicación del antiguo art. 129. Aunque este principio opera para todo el ordenamiento jurídico, es positivo que el legislador lo haya contemplado expresamente como regla de orientación. A mayor relevancia social de la empresa, menor tenderá a ser la pena interdictiva (Gómez-Jara Díez 2011, p. 122) o incluso aconsejará su no imposición. Lo cuestionable es que esto, por legítimo que resulte, puede poner en entredicho la necesidad de reestructuración de la persona jurídica, impidiendo corregir sus deficiencias organizativas. Y es que dado el marcado carácter preventivo-especial negativo de estas sanciones, o se está ante entidades plenamente criminógenas que hagan decaer el juicio de proporcionalidad en favor de su aplicación, o las consecuencias sociales, laborales y económicas, directas o indirectas, que se deriven de su aplicación, tratándose de personas jurídicas fundamentalmente lícitas, desaconsejarán su aplicación. A excepción, claro está, de la multa, aunque su efecto en la rehabilitación empresarial, sin negarlo⁴⁷, es menor que otras sanciones de orientación preventivo-especial, pero positiva. La única que, no sin objeciones, puede cumplir esta tarea es la intervención judicial, con un contenido aflictivo menor que el resto, a mi juicio, pero lamentablemente no hay todavía normativa de desarrollo.

La novedad en la 1ª regla del 66 bis radica en la letra c), el puesto de la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Este criterio se vincula en origen con la posibilidad de sancionar penalmente a la persona jurídica cuando el delito es cometido por un subordinado de una persona con

⁴⁷ Cfr. Baucells Lladós (2013, p. 179 s.), crítico en cuanto al modelo económico y la prevención general negativa que lo inspira.

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

autoridad y se ha podido cometer por haber incumplido gravemente el deber de vigilancia según las concretas circunstancias del caso concreto. No obstante, tras tomar carta de naturaleza la regulación pormenorizada de los modelos de organización y gestión en la LO 1/2015, la nueva redacción permite que se aplique indistintamente a ambas modalidades de RPPJ. En cualquier caso, el criterio tiene en cuenta la trama de relaciones jerárquicas y de división del trabajo, a veces muy compleja, existente en una persona jurídica. Teóricamente, a mayor posición jerárquica en la entidad, resultaría más relevante la ausencia de vigilancia sobre los sujetos situados en un nivel inferior. No obstante, hay que tener presente que de existir una cadena de delegaciones de competencias o, incluso, de delegaciones de deberes de vigilancia, lo normal es que no se cumpla la igualdad «mayor posición jerárquica=mayor relevancia del incumplimiento». En la delegación de competencias, el delegante mantiene un deber residual de vigilancia sobre el delegado, pero a medida en que se asciende en la escala jerárquica se vuelve más general y, en consecuencia, menos eficaz para corregir, detectar o evitar lo que ocurra en niveles inferiores.

Derivado de lo anterior, este criterio avala una comprensión de la RPPJ, incluso tras la LO 1/2015, como modelo de heterorresponsabilidad⁴⁸. Si el criterio autónomo de imputación para la persona jurídica es el déficit de organización, no se entiende por qué posteriormente la decisión sobre la imposición y la determinación de la sanción interdictiva ha de depender de circunstancias que afectan a la persona física y no están en conexión directa con la deficiencia organizativa⁴⁹. Es verdad que el incumplimiento de un sujeto concreto puede ser un síntoma de la organización deficitaria. Pero, insisto, el incumplimiento del deber de vigilancia por parte de un sujeto situado en un escalafón jerárquico medio o inferior, no tiene por qué traducirse en una menor necesidad de aplicación de una sanción interdictiva o a la inversa. Dadas las dudas que genera este criterio, hay quienes sistemáticamente interpretan que en realidad el legislador quiso referirse al puesto jerárquico que ocupaba el sujeto que cometió el delito, no a quien incumplió el deber de vigilancia (Roca Agapito 2014, p. 405)⁵⁰. Con ello se podrían superar algunas objeciones, si bien no resulta a mi juicio satisfactorio desde el punto de vista del defecto de organización, cuya gravedad, que es la que realmente debería ser determinante en la aplicación de la sanción

⁴⁸ Señala expresamente que es expresión de un modelo basado en el *alter ego* Gómez-Jara Díez (2011, p. 123); Rodríguez Fernández (2011, p. 185. Lo vincula con un modelo de transferencia, Roca Agapito (2014, p. 409). Sin perjuicio de esta y otras reglas sobre la individualización de las penas interdictivas, también hay previsiones en cuanto a la imposición de la pena de multa que llevan a una comprensión de la RPPJ basada en el *alter ego*, particularmente la compensación de multas para la persona física y jurídica del art. 31 ter.1 CP.

⁴⁹ De otra opinión, Boldova Pasamar (2013, p. 261 s.).

⁵⁰ Siguiendo a Dopico Gómez-Aller.

interdictiva, no tiene por qué ir en paralelo a la importancia del cargo que ostenta la persona física que comete el delito. Con todo, estoy de acuerdo en que la valoración de este criterio dependerá de si el sujeto que incumplió el deber o, bajo otra interpretación, cometió el delito, sigue formando parte o no de la organización empresarial (Feijóo Sánchez 2011, p. 120).

Los anteriores criterios tienen carácter orientativo, sin que se excluyan otros que asistan a la decisión del órgano judicial. Estos otros factores serían manifestaciones concretas del primer criterio acogido en el art. 66 bis, es decir, sirven para acreditar la necesidad de aplicar una sanción interdictiva con el fin de que no continúe la actividad delictiva. Así, como antes se ha apuntado, las atenuantes específicas reguladas para la persona jurídica pueden ser un factor determinante para vetar su imposición. Ya con anterioridad a la LO 1/2015 un sector doctrinal defendía esto en relación con la implementación de un *compliance program* válido y eficaz tras la comisión del delito pero con anterioridad al juicio oral (Gómez-Jara Díez 2011, p. 123, Rodríguez Fernández 2011, p. 185 s.), y sin perjuicio de la correspondiente atenuación de la multa. Esto evidentemente sigue siendo válido una vez explicitada legalmente la eficacia exoneratoria del sistema de prevención de delitos cuando ya existe con anterioridad al delito; también en la hipótesis de que dicho modelo de organización previo no se haya mostrado eficaz, según su grado de incumplimiento o ineficacia conforme a los requisitos detalladamente expresados en el art. 31 bis y ss. Obsérvese, por lo demás, que aquí sí que se está ante un elemento referido propiamente a la persona jurídica.

En tercer lugar, el art. 66 bis contempla varias reglas de individualización de las penas interdictivas. Así, cuando tengan carácter temporal, no podrán exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el delito cometido por la persona física. No obstante, solo se podrán imponer con una duración superior a dos años si la persona jurídica es reincidente o se utiliza instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, en el sentido de que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal. Ahora bien, una modificación introducida por la LO 1/2015 establece que la duración no podrá superar los dos años cuando la RPPJ tiene su origen en la segunda modalidad del art. 31 bis y siempre que derive «de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tengan carácter grave». Frente a esto caben las siguientes consideraciones. Primero, el legislador vincula de nuevo la sanción aplicable a la persona jurídica con circunstancias que afectan a la responsabilidad de la persona física. La diferencia reside en que ahora se trata de una regla que opera como límite a la duración de la sanción, no en cuanto a la decisión de su imposición, si bien a mi juicio resulta igualmente disfuncional⁵¹. Por otro lado, también es

⁵¹ Cuestionan igualmente esta relación punitiva, Mapelli Caffarena (2011, p. 306) y Gallego Díaz (2013, p. 96). No obstante, Gómez-Jara Díez (2011, p. 124) fundamenta esta limitación en el

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

una regla disfuncional si la pena impuesta a la persona física no es privativa de libertad⁵². Segundo, la nueva regla que introduce la LO 1/2015 resulta algo sorprendente, pues si la segunda modalidad de RPPJ solo entra en juego cuando se han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los sujetos con autoridad y poder de toma de decisiones, organización y control, no se comprende muy bien que luego la duración de la sanción deba limitarse si el incumplimiento de dichos deberes no tiene el carácter de grave. Directamente no habría RPPJ en esta hipótesis, porque el incumplimiento va referido a la actuación de una determinada persona física. Podría interpretarse que en realidad se está aludiendo a la menor gravedad de la deficiencia organizativa o a la menor gravedad del incumplimiento del *compliance program*, lo que permitiría considerar un factor directamente vinculado con la persona jurídica, aunque con una redacción legal no muy afortunada. Pero, aun admitiendo esta interpretación, no tendría sentido limitar esta regla a la segunda modalidad de responsabilidad del art. 31 bis.1 b), sino que debería hacerse extensible a cualquier hipótesis de sanción de la entidad. E, incluso entonces, se estaría admitiendo un déficit de organización que no es grave, lo que permite limitar la duración a dos años máximo de unas sanciones interdictivas con una incidencia muy negativa (a excepción de la intervención judicial) en el desarrollo de su actividad y en la propia existencia de la entidad.

Las otras dos reglas (multirreincidencia e instrumentalización para la comisión de ilícitos penales) se repiten igualmente en el caso específico de la disolución y prohibición de actividades cuando son permanentes (algo que por definición ocurre con la disolución), o en el caso de la prohibición y la inhabilitación especial, cuando se impongan con una duración superior a 5 años. Son circunstancias en principio apreciables en la propia persona jurídica, pero en mi opinión no actúan únicamente como reglas para permitir una duración superior según la concreta pena interdictiva a la que se refiere. Si atendemos a la experiencia judicial de las consecuencias accesorias con anterioridad a la introducción del art. 31 bis en el Código Penal, y particularmente en el caso de la instrumentalización para la comisión de delito, se está en realidad ante un factor que permite constatar objetivamente la peligrosidad instrumental de la persona jurídica para la comisión de delitos, es decir, la presencia de una deficiencia organizativa absoluta.

principio de igualdad entre personas jurídicas y físicas. En mi opinión, esto puede tener sentido con anterioridad a la LO 1/2015, pero debe replantearse una vez que expresamente se regula el carácter exoneratorio de los programas de cumplimiento, puesto que si el fundamento de la sanción para la persona jurídica es el defecto de organización, la determinación de aquella deberá venir motivada por la gravedad de este, y no por la culpabilidad de la persona física.

⁵² Señala el caso específico del art. 284.4, Roca Agapito (2014, p. 381).

6. CONSIDERACIONES FINALES

Teniendo en cuenta el marcado carácter inocuizador de las penas interdictivas, la repercusión social que puede conllevar su imposición, la grave afectación para intereses de terceros y su negativo impacto para el desarrollo de la actividad empresarial e, incluso, para la propia existencia de la persona jurídica, no parece descabellado pensar que los jueces y tribunales van a tener el mismo cuidado en aplicarlas que el que han venido teniendo por la vía de las consecuencias accesorias del CP de 1995. Parámetros de necesidad, idoneidad y proporcionalidad, hacen augurar su práctica inaplicación⁵³, al menos en cuanto a personas jurídicas que desarrollen una actividad fundamentalmente lícita.

Parece, entonces, que el campo reservado a las penas interdictivas sigue reconduciéndose al art. 129, con exclusión de la disolución, claro está, pues no se puede disolver lo que nunca ha nacido a los ojos del derecho. Aunque este precepto alude ampliamente a cualquier tipo de entidad sin personalidad jurídica, en realidad está teniendo presente organizaciones *de facto* instrumentalizadas para la comisión de delitos. Recuérdesse que a falta de clarificación por parte del legislador (y lleva perdiendo numerosas oportunidades para ello), sigue asumiéndose unánimemente que para fundamentar la aplicación de una consecuencia accesoria no es suficiente con la imposición de la pena a la persona física que comete el delito, sino que debe constatarse la peligrosidad instrumental u objetiva del ente. Todo ello lleva a pensar en una organización criminal u organización fáctica que persigue la comisión de delitos, así como la instrumentalización de locales y/o establecimientos con el mismo fin, con el narcotráfico y la prostitución como campo estrella de aplicación del art. 129 desde su incorporación al Código Penal.

No obstante, existirían supuestos de personas jurídicas en los que podría plantearse como adecuada la imposición de estas sanciones, pena de multa aparte. Me refiero a las sociedades fachada, pantalla o, simplemente fiduciarias cuando, a pesar de su existencia legal, son instrumentalizadas para la comisión de delitos. En este sentido, las no siempre acertadas reglas y criterios del art. 66 bis están fundamentalmente orientadas a esta clase de entidades, aunque metiendo en el mismo saco la decisión sobre su aplicación como su concreta determinación cuantitativa. Ciertamente es menos problemático en términos de coste social e intereses de terceros si se trata de entidades sin actividad real o limitada al encubrimiento o facilitación para la comisión de delitos. Solo así podría acaso comprenderse que los criterios de aplicación y determinación se reconduzcan a la persona física. Pero tratándose de personas jurídicas con una

⁵³ Similar, en el caso específico de la disolución, Baucells Lladós (2014, p. 419).

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

determinada complejidad organizativa e, incluso, con una extendida cultura criminógena, la multa parece convertirse en la única sanción aplicable, a excepción probablemente de la intervención judicial. En cualquier caso, los criterios deberían reconducirse a factores inherentes a la propia entidad, no a la persona física. Debe insistirse en que la responsabilidad de ambas no tiene por qué ser igual de grave, a pesar de que comparten responsabilidad por el mismo delito.

Todo lo anterior lleva a otra cuestión. ¿Ha seleccionado el legislador español adecuadamente las sanciones penales aplicables a las personas jurídicas en atención a la autorregulación empresarial? Es cierto que se respetan las pautas internacionales que sirvieron de inspiración al catálogo de consecuencias accesorias del CP de 1995. Pero este catálogo ha pervivido prácticamente inmutable en el marco de distintos regímenes legales, y con diferente naturaleza, mientras que el debate político-criminal en torno a la RPPJ se ha ido desarrollando en el tiempo sobre el eje de la autorregulación empresarial, lo que ha dado lugar a diversos modelos teóricos de fundamentación. Sin duda, este rico debate y desarrollo doctrinal ha influido en el concreto modelo de responsabilidad que los estados han incorporado en sus ordenamientos jurídicos. Solo hay que comparar, por ejemplo, el modelo contravencional alemán de 1968, el francés en el Código Penal de 1994 y el español de 2010, específicamente este último tras la reforma de 2015.

En el caso particular español, se han ido perfilando los elementos de la RPPJ teniendo en consideración modelos de organización y gestión, pero no ha pasado otro tanto con las sanciones⁵⁴. De ahí que, a mi juicio, existiría una relación disfuncional entre estos dos aspectos. Eso no significa que no sea adecuado prever penas con una finalidad inocuizadora o neutralizadora, a cuya dirección se orientan la mayoría de las sanciones interdictivas del art. 33.7 CP, sino que si lo que se aspira es a fomentar la implementación de una cultura de respeto a la legalidad, de dotarla de un organización correcta que evite o, al menos, detecte la comisión de delitos en su seno, también deberían incorporarse sanciones que puedan acompañar a la multa pero que persigan una finalidad preventivo-especial positiva, más adecuadas con la idea de una especie de «resocialización empresarial», como señala Feijóo Sánchez (2011, p. 118) «fomentando procesos de reestructuración o de reorganización que permitan corregir defectos estructurales o problemas de organización de personas jurídicas»⁵⁵. E, incluso, concebidas como penas principales y no subordinadas a la multa. En este sentido, la experiencia comparada nos ofrece ejemplos para ello, donde junto a la multa y sanciones interdictivas, existen

⁵⁴ Para Roca Agapito (2014, p. 376), la LO 5/2010 habría cubierto las disposiciones sobre la previsión legal de las sanciones penales y las de su determinación, pero presenta numerosas lagunas en lo referido a su ejecución.

⁵⁵ También favorable a esta orientación, Baucells Lladós (2013, p. 182 ss.).

remedial orders que buscan la rehabilitación empresarial (obligaciones dirigidas a evitar prácticas ilegales, corregir políticas criminógenas, mejorar las condiciones de peligro, promover cambios sistemáticos necesarios, implementar programas de cumplimiento si no existen ya) y a las que la entidad se somete bajo la amenaza de una sanción con efectos más negativos⁵⁶.

La única sanción en el Código Penal español que puede orientarse a este fin rehabilitador es la intervención judicial, abriendo la puerta a la adopción de medidas positivas empresariales. No obstante, y dejando de lado los problemas de ejecución, también implica una restricción en la gestión de la persona jurídica, una imposición desde el exterior por vía del interventor que tiene acceso a las distintas instalaciones y puede recabar toda la información que estime pertinente. Algo que a los ojos de la entidad supone una injerencia. Por otro lado, la ley le otorga una concreta finalidad de defensa de los derechos de los trabajadores y acreedores, algo de vital importancia, pero deja relegados estos otros aspectos de prevención especial positiva en cuanto a la reorganización y reestructuración de la entidad, que solo parecen posibles por la vía de la atenuante de la letra d) del art. 31 quáter⁵⁷. Por lo menos la intervención judicial ahora está en plano de igualdad con el resto de penas interdictivas, puesto que en el régimen de consecuencias accesorias anterior a la reforma de 2010 su previsión expresa para determinados delitos era extremadamente limitada y su aplicación judicial nula. En realidad, la intervención judicial se muestra idónea, incluso con las insuficiencias con que es regulada, para los casos de personas jurídicas con una actividad preferentemente lícita, es decir, como alternativa frente al resto, cuyo sentido está relegado fundamentalmente para personas jurídicas plena o mayoritariamente criminógenas (Feijóo Sánchez 2011, p. 125, Roca Agapito 2014, p. 400).

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo Sagesse, Silvina (1998): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid: Bosch.
- Bacigalupo Sagesse, Silvina (2011): «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP) (1) », *La Ley* 7541.
- Baucells Lladós, Joan (2013): «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos* [en línea] 33, p. 175-218. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1322/1681> [Acceso 20 julio 2016].

⁵⁶ Gobert, James y Punch, Maurice (2003, p. 242 ss.

⁵⁷ Similar, Feijóo Sánchez (2011, p. 118 s). Para este autor es significativo que solo se puedan prohibir actividades, pero no obligar a hacer actividades que estimulen reestructuraciones organizativas mediante “acciones positivas” (Feijóo Sánchez 2011, p. 123).

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA IMPOSICIÓN...

- Baucells Lladós, Joan (2014): «Sistema de penas para la delincuencia económica en derecho español», en M. García Arán dir., *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 393-423.
- Boldova Pasamar, Miguel Ángel (2013): «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos* [en línea] 33, pp. 219-263. Disponible en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epe/article/view/1395/1667> [Acceso 20 julio 2016].
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis (2011): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista electrónica de la AIDP*, A-05:1.
- De la Fuente Honrubia, Fernando (2004): *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Valladolid: Lex Nova.
- De la Mata Barranco, Norberto et al. (2011): «La atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su exención: instrumentos de prevención en el seno corporativo», *La Ley Penal* 87, p. 5-19.
- Díez Ripollés, José Luís (2013): «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», en J.G. Fernández Teruelo dir., *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabro Suárez Montes*, Oviedo: La Fábrica de Libros, p. 195-217.
- Echarri Casi, Fermín Javier (2003): *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Pamplona: Aranzadi.
- Faraldo Cabana, Patricia (2015): «La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física», *La Ley Penal* 115, p. 1-12.
- Feijóo Sánchez, Bernardo (2011): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en J. Díaz-Maroto Villarejo dir., *Estudios sobre las reformas del Código Penal*, Cizur Menor: Civitas-Thomson, p. 65-142.
- Feijóo Sánchez, Bernardo (2012): «Las consecuencias jurídicas del delito», en M. Bajo Fernández et al., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Civitas-Thomson, p. 235-259.
- Gallego Díaz, Manuel (2013): «Las penas aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal español», *Revista Penal* 31, p. 85-99.
- Gobert, James y Maurice Punch (2003): *Rethinking Corporate Crime*, London: Lex Nexis Butterworths.
- Gómez Tomillo, Manuel (2010): *Introducción a la responsabilidad de las personas jurídicas en el sistema español*, Valladolid: Lex Nova.
- Gómez-Jara Díez, Carlos (2011): «Penas a personas jurídicas», en J. Banacloche Palao et al., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Las Rozas: La Ley, p. 111-126.
- Manzanares Samaniego, José Luís (2012): «Las penas de las personas jurídicas», *La Ley* 7920.
- Mapelli Caffarena, Borja (2005): *Las consecuencias jurídicas del delito*, 4ª ed., Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Mapelli Caffarena, Borja (2011): *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5ª ed., Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.
- Nieto Martín, Adán (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel.
- Roca Agapito, Luis (2014): «Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en M. Ontiveros Alonso coord., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 371-412.
- Rodríguez Fernández, Samuel (2011): «Las penas aplicables a las personas jurídicas tras la reforma legislativa de 2010», *Cuadernos de Política Criminal* 105, p. 159-198.
- Zugaldía Espinar, José Miguel (2012): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Valencia: Tirant lo Blanch.