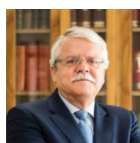


El extraño sistema de determinación de la pena para **personas jurídicas** en nuestro Derecho



Bernardo del Rosal Blasco

Catedrático de Derecho Penal

Abogado en Del Rosal & Adame Abogados

I. INTRODUCCIÓN

Como es lógico, desde el momento mismo en el que, en nuestro Código Penal (en adelante, "CP"), se reguló el sistema de atribución de la responsabilidad penal para las personas jurídicas, se incluyeron, en el mismo, unas determinadas y específicas penas para las corporaciones y un sistema singular de determinación e individualización de esas mismas penas.

El que las penas para las personas jurídicas no coincidan, al cien por cien, con las penas previstas para las personas físicas es perfectamente lógico, porque hay bienes o derechos de los que nunca se podrá privar a una persona jurídica, pero sí a la persona física - por ejemplo, el derecho a la libertad ambulatoria, el derecho a la tenencia y porte de armas, el derecho a conducir vehículos de motor, etc. - y bienes o derechos de los que sí se puede privar a una persona jurídica pero no a una persona física - por ejemplo, el derecho a su propia existencia y realidad jurídica, que se suprime con la pena de disolución - . Por eso, la distinción entre ambas clases de penas viene impuesta por la propia naturaleza de las cosas, de la misma forma que también viene impuesta por la misma naturaleza de las cosas que haya penas que coincidan, en su naturaleza, para ambos casos - personas físicas y personas jurídicas - , porque hay bienes - por ejemplo, los derechos patrimoniales - de los que sí pueden ser privadas, en la misma medida, ambas clases de personas.

Lo que, sin embargo, resulta llamativo es lo extrañamente singular y, en algunos extremos, confusa, que es la regulación del sistema de determinación e individualización de la pena para la persona jurídica. Fundamentalmente, porque, a la hora de regular esas singulares y confusas reglas de la determinación e individualización de la pena, el legislador no se ha atendido ni a la misma lógica ni tampoco a las mismas reglas que rigen para el caso de las penas para las personas físicas.

Efectivamente, la primera discordancia que el CP ha introducido en las reglas de determinación de la pena para las personas jurídicas, en relación con lo que son las reglas para las personas físicas, es que aquéllas son diferentes en función de si la imposición de la pena es obligatoria o potestativa. De modo que la imposición de la pena de multa, que opera como pena obligatoria en el caso de las personas jurídicas, se rige por las reglas del art. 66, y ello por expresa indicación del art. 66 bis, párrafo primero, ambos del CP, mientras que las penas potestativas, que son las del art. 33, núm. 7, apartados b) a g), ambos inclusive, se rigen, fundamentalmente, por las reglas 1ª y 2ª del art. 66 bis del CP.

Por otra parte, la relación de circunstancias atenuantes para personas jurídicas, no se ha incluido, como podría haber sido lógico, en el art. 21 del CP, sino que se han repartido a lo largo del texto legal, entre el art. 31 bis, últimos párrafos de los núms. 2 y 4, y el art. 31 quáter. Y ello a pesar de que, en el art. 31 quáter, se señala, expresamente, que *"solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haber realizado con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales"*.

Por tanto, a la vista de tan tajante preámbulo, se suscita la duda de si, en el caso del art. 31 bis, últimos párrafos de los núms. 2 y 4 (plan de prevención del que no se puede probar la concurrencia de todos los requisitos), estamos ante una circunstancia de atenuación ordinaria - lo que parece excluirse en el primer párrafo del art. 31 quáter porque *solo, las de ese precepto, son las circunstancias atenuantes de las personas jurídicas* - o si estamos ante una circunstancia de atenuación especial, de efectos parecidos, por ejemplo, a una eximente incompleta. Hay quienes piensan que la regla aplicar sería la del art. 68 del CP, pero ésta está solo pensada para *"los casos previstos en la circunstancia primera del art. 21"*, y hay quienes creen que el tratamiento debe de ser el de las circunstancias atenuantes muy calificadas (art. 66, nº 2 del CP), pero es difícil poder argumentarlo convincentemente. Por eso, lo más acertado, desde luego, hubiera sido una solución legal específica.

Por otra parte, del repertorio de circunstancias atenuantes del art. 31 quáter, que circunscribe el

presupuesto de su aplicación a la concurrencia de determinados comportamientos postdelictivos, se han excluido otras que podrían tener perfecta aplicación, también, para el caso de las personas jurídicas, como, por ejemplo, la atenuante 6ª del art. 21 (dilaciones indebidas) o la atenuante 7ª del art. 21 (atenuante analógica). Ello, no obstante, la reciente STS núm. 746/2018, de 13 de febrero de 2019, ha establecido que *"es discutible, ...que quepa proyectar en la persona jurídica la atenuante de dilaciones indebidas (art. 31 quarter actual y anterior art. 31 bis 4). Pero lo que no admite controversia es que esa circunstancia - retrasos - puede y debe ser tomada en consideración en cualquier caso a efectos de graduar la pena dentro del marco legal (arts. 66 y 66 bis CP)"*.

Además, en el art. 66 bis, regla 2ª, párrafo cuarto, se señala que *"cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años"*. El párrafo en cuestión es muy sorprendente. Primero, porque lo que parece configurar es más un tipo atenuado, con una pena potestativa atenuada, que una circunstancia de atenuación de la pena, a pesar de estar empotrado, precisamente, en una regla del precepto destinada a regular las circunstancias de agravación y sus efectos. Segundo, porque no extiende esos mismos efectos atenuatorios para el caso de la pena obligatoria, la pena de multa, sino solo para el caso de las penas potestativas, las del art. 33, núm. 7, apartados b) a g), del CP.

Más confusa es la regulación de determinadas circunstancias agravantes, que no operan para la pena obligatoria - la pena de multa -, sino solo para las penas potestativas - las de los apartados b) a g), ambos inclusive, del art. 33, núm. 7, del CP -; quizás por eso no se han listado en el art. 22 del CP, sino que se han desplazado al art. 66 bis, regla 2ª.

Finalmente, la aplicación de todas las penas que no son las de multa, es facultativa y tienen unos presupuestos, en la regla 1ª del art. 66 bis del CP, que tampoco operan para la pena de multa obligatoria, no se sabe muy bien por qué.

II. LAS REGLAS DE DETERMINACIÓN DE LA PENA PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

1. Reglas de determinación de la pena obligatoria: la multa

En el caso de la multa, que es la pena obligatoria para las personas jurídicas, es el primer párrafo del art. 66 bis del CP el que establece las reglas de determinación de la pena. Así, en dicho precepto, se señala que en aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará, por una parte, a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del art. 66 y, por otra, a las propias reglas que incluye este art. 66 bis.

En realidad, las reglas del art. 66 solo son nítidamente aplicables, aunque no lo diga el precepto, al caso de la multa, porque es más dudoso que también se deban de aplicar a las otras penas de los apartados b) a g) del art. 33, núm. 7. Por su parte, sí que parece obvio que, aunque tampoco lo diga explícitamente el precepto, las otras reglas contenidas en el art. 66 bis, no son aplicables a la multa.

Por tanto, para la aplicación de la pena de multa para las personas jurídicas, rigen las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del núm. 1 del art. 66, aunque, teniendo en cuenta que como no están reguladas, en el CP, circunstancias agravantes genéricas para las personas jurídicas, las reglas que operan son solo la 1ª, 2ª, 6ª y 8ª. Dichas reglas establecen que, en la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán las siguientes reglas:



1.ª Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

2.ª Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

6.ª Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

8.ª Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

Obviamente, para luego determinar la cuota a imponer por cada día-multa, se habrá de estar a lo que establece el art. 50 o la cuantía de la multa proporcional, se habrá de estar a lo que disponen los arts. 50 y siguientes del propio CP.

Se debe hacer notar que, para el caso de la imposición de la multa, no están previstas en el CP agravantes específicas, aunque sí atenuantes (las del art. 31 quáter del CP), porque las únicas circunstancias que se asemejan a las agravantes, o a algo parecido a las agravantes, son las que están incluidas en las reglas del art. 66 bis del CP.

2. Reglas de determinación de las penas potestativas

El CP, como ya hemos visto, permite al juez o tribunal imponer potestativamente, además de la pena de multa, las penas establecidas en los apartados b) a g) del núm. 7 del art. 33 del CP.

El CP, en este caso, impone dos tipos de reglas: las primeras, para decidir sobre la propia imposición de dichas penas y, las segundas, para decidir sobre su extensión.

■ A) Reglas para decidir la imposición de las penas potestativas

Así, dice el CP, para imponer, como penas potestativas, añadidas a la multa principal, las de los apartados b) a g) del art. 33, núm. 7, el Juez o Tribunal habrá de tener en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos. b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores. c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

La vaguedad de las referencias es notoria, aparte de su valoración puede dar lugar a conclusiones incompatibles unas con otras. Por ejemplo, una de las penas potestativas puede ser necesaria para prevenir la continuidad delictiva o la de sus efectos, pero puede resultar inconveniente desde el punto de vista de sus consecuencias económicas y sociales y por los efectos de esta sobre sus trabajadores. Por otra parte, no es nada sencillo hacer un pronóstico sobre los efectos preventivos de una pena, en

un caso concreto, o sobre sus previsibles consecuencias económicas o sociales, con lo cual, una vez más, nos enfrentamos a referencias legislativas que van a ser más un brindis al sol que una fórmula útil para decidir sobre la aplicación de determinadas penas.

Aparte de ello, para una empresa que tiene trabajadores, ajenos completamente a la actividad delictiva, como suele ocurrir en muchos casos, cuándo no es perjudicial, desde el punto de vista de las consecuencias económicas y sociales para ellos, una disolución de la persona jurídica, una suspensión de sus actividades, una clausura de sus locales y establecimientos, una prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito o una inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. ¿Y si ello es así, esta consideración debe de primar sobre cualquier otro factor para imponer una pena potestativa?

Finalmente, tampoco está muy claro por qué el puesto que, en la estructura de la persona jurídica, ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control debe de condicionar la imposición de las penas potestativas, al menos, con carácter general, fuera de que ello puede ser un síntoma claro del riesgo de que se perpetúe la actividad delictiva.

■ B) Reglas para decidir la extensión de las penas potestativas

En el caso de las reglas para decidir sobre la extensión, aquí el CP resulta sumamente confuso.

Primero, porque no se sabe en qué medida operan, si es que operan, las reglas del art. 66 para estas penas potestativas y, si es que operan, si lo hacen antes o después de las propias normas del art. 66 bis.

Segundo, porque si la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, si las consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores, o si el puesto que en la estructura de la persona

jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control se deben de tener en cuenta para la extensión de la pena, conforme señala el primer párrafo de la regla 1ª del art. 66 bis, lo que no aclara el CP es en qué medida operan y cómo se coordinan con las normas del art. 66 o con las otras reglas del art. 66 bis. Lo único que sí parece evidente es que la concurrencia de una sola de esas circunstancias no se puede valorar dos veces; una, para decidir sobre la imposición de algunas de las penas de los apartados b) a g) del art. 33, núm. 7, y, a la vez, para determinar su extensión.

En relación con el primer problema, pensemos, por ejemplo, en un supuesto en el que el Juez o Tribunal va a imponer la pena de suspensión de actividades, cuyo máximo legal es cinco años. Si, por aplicación de las reglas del art. 66 bis, la pena a imponer puede ser superior a dos años, aunque inferior a cinco, ¿deberá ser considerada esa pena de dos a cinco años como pena abstracta, a la que luego se le aplican las reglas del art. 66 si concurren, por ejemplo, una circunstancia atenuante? Aparentemente, la voluntad de la Ley puede interpretarse que es esa, porque parece querer hacer compatibles las reglas del art. 66 bis con las del art. 66.

En relación con el segundo de los problemas, su solución es más compleja porque el CP no da absolutamente ninguna pista de cómo deben operar esas circunstancias en la extensión de la pena y, por lo tanto, difícil va a ser considerar su concurrencia para determinar la extensión, aunque sí se puedan valorar para decidir sobre la propia imposición de las penas potestativas.

La regla 2.ª del art. 66 bis, contiene diversas previsiones para distintas circunstancias concurrentes.

Así, por ejemplo, se señala que cuando las penas previstas en las letras c) a g) del núm. 7 del art. 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Esta

es, probablemente, la regla más extraña de todas, cuya justificación es difícil de imaginar. Porque no se sabe muy bien qué tiene que ver la duración de una pena privativa de la libertad, por ejemplo, para un trabajador de la persona jurídica, con la duración de una pena de suspensión, o de clausura de locales, para la propia persona jurídica, ya que el fundamento de la imposición de cada una de ellas, en cada caso concreto, ni tiene por qué tiene que ser común ni lo suele ser. Pero, bien, esta regla habrá que tenerla en cuenta, de modo que, si la pena privativa de la libertad para la persona física tiene una duración de un año, la suspensión de actividades, la clausura del establecimiento o la intervención judicial no podrá durar más de un año. Obviamente, la pena potestativa para la persona jurídica puede durar menos por la propia aplicación de las otras reglas.

Por otra parte, para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

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

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en los apartados e) y f) del núm. 7 del art. 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.ª del núm. 1 del artículo 66. b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos

penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Finalmente, el art. 31 ter, núm. 1, último párrafo, determina que “cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos”.

Como se ha dicho por algún autor, el legislador parece ser consciente que la responsabilidad vicarial establecida en el sistema del CP puede conducir a situaciones en las que esté presente la vulneración del *bis in ídem*, aplicando, en estos casos, la llamada *solución del descuento*, que consiste en la compensación parcial de la pena de multa con la sanción pecuniaria impuesta en vía administrativa y que ha sido aceptada por las SSTC núms. 177/1999 y 2/2003.

