

35

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

S. PRAVIDE ET PRO

# Revista

Enero 2015

35

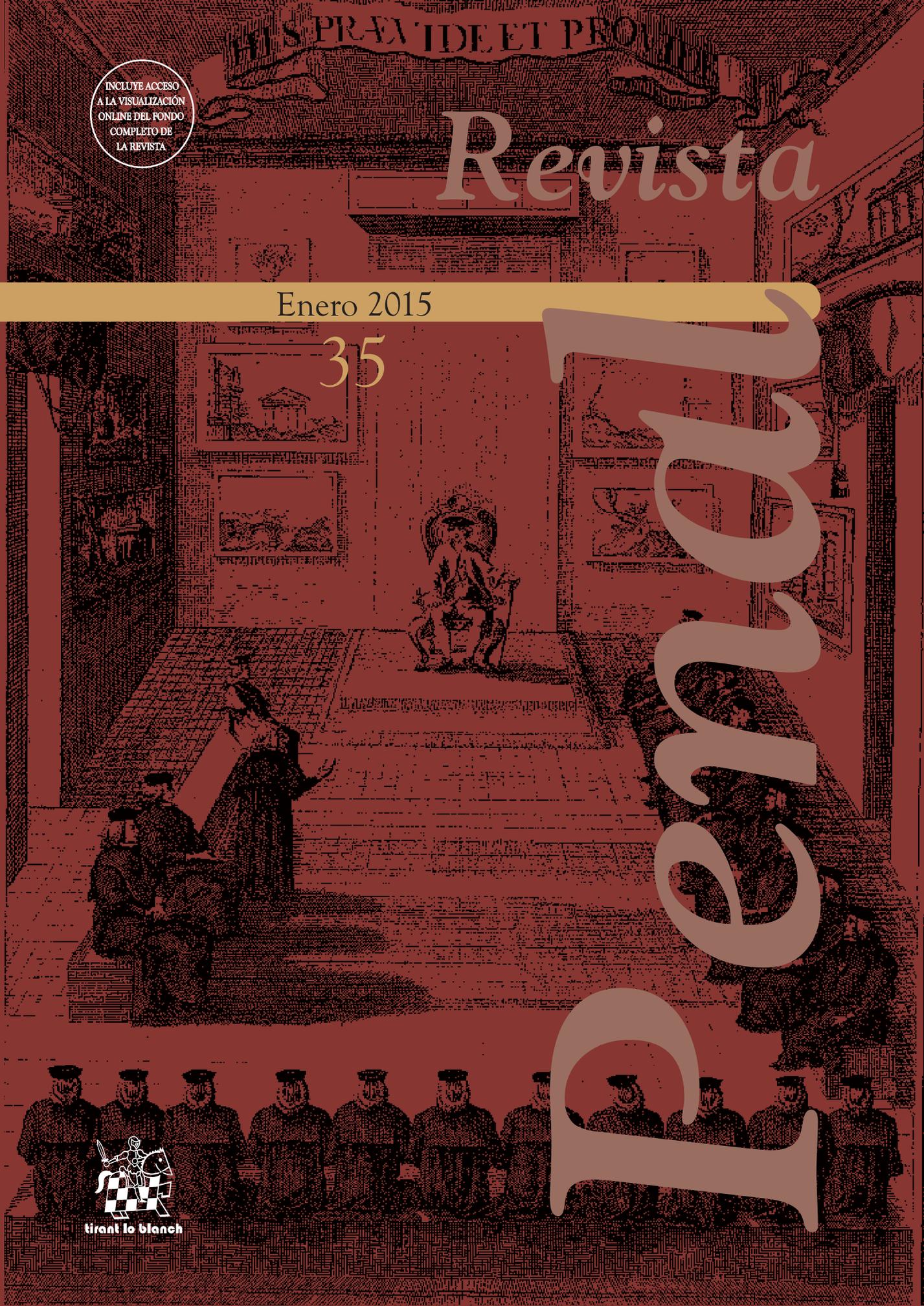
Revista Penal

# Penal

Enero 2015



tirant lo blanc



# Revista Penal

Número 35

## Sumario

---

### Doctrina:

- Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el *civil law* y el *common law* en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher, por *Paulo César Busato* ..... 5
- La tipificación del fraude en las prestaciones del sistema de Seguridad Social: el nuevo artículo 307 ter del Código Penal, por *Miguel Bustos Rubio* ..... 24
- Expulsión de extranjeros en el Código penal, por *Mariano-David García Esteban*..... 45
- Las muertes sin pena en el Brasil. La difícil convergencia entre derechos humanos, política criminal y seguridad pública, por *Ana Elisa Liberatore S. Bechara* ..... 84
- Tráfico prohibido de cosas en la Unión Europea. Especial consideración del delito de tráfico de drogas como objeto del Derecho penal transnacional europeo, por *Silvia Mendoza Calderón* ..... 100
- La polémica causalismo-finalismo en el Derecho penal español durante la dictadura franquista, por *Francisco Muñoz Conde*..... 129
- Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por *Nicolás Rodríguez García* ..... 139
- Los denominados “tratamientos médicos arbitrarios” ante el Derecho penal: de la STS de 26 de octubre de 1995 a la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, por *Sergio Romeo Malanda* ..... 173
- Victoria Kent (Una española universal), por *Antonio Sánchez Galindo* ..... 189
- La sustracción de recién nacidos, por *José Luis Serrano González de Murillo*..... 208
- La pena capital en China, por *Yu Wang* ..... 229
- La complicidad en matanzas ocurridas en campos de exterminio nacionalsocialistas (El caso Demjanjuk en el contexto de la jurisprudencia de la República Federal Alemana), por *Gerhard Werle y Boris Burghardt* ... 233

### Jurisprudencia:

- Certificación falsa de fin de obra (A propósito del auto nº 6/2011, de 5-4-2011, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia) por *Carlos Martínez-Buján Pérez*..... 245

**Sistemas penales comparados:** Delitos contra el medio ambiente (Environmental Crimes)..... 261

**Bibliografía:** por *Francisco Muñoz Conde*..... 313

### Noticias:

- Algunas ideas sobre el tratamiento jurídico del terrorismo (Grupo Latinoamericano de estudios sobre Derecho Penal Internacional)..... 335

**Fe de erratas del número 34**..... 338



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



**tirant lo blanch**

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

### Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### Comité Científico Internacional

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

### Consejo de Redacción

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

### Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Francesca Consorte (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Yu Wang (China)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	R. Baris Erman (Turquía)
Elena Núñez Castaño (España)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

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

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



## Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas

Nicolás Rodríguez García

Revista Penal, n.º 35. - Enero 2015

### Ficha Técnica

**Autor:** Nicolás Rodríguez García.

**Adscripción institucional:** Profesor Titular —Catedrático acreditado— de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca (nicolas@usal.es). Director en la misma Universidad del “Grupo de Estudio sobre la Corrupción” y del “Posgrado Estado de Derecho y Gobernanza Global”.

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares. II. Bases del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el vigente Código Penal. III. Especialidades procesales del reconocimiento de la persona jurídica como parte pasiva en el proceso penal. 1. Jurisdicción, competencia y procedimiento. 2. Capacidad y legitimación. 3. Postulación procesal, representación e imputación. 4. Medidas cautelares. 5. Domicilio de la persona jurídica, y entrada y registro en sus sedes. 6. Intervención en el juicio oral y posibilidad de realizar juicios en ausencia. 7. Conformidad de la persona jurídica.

**Abstract:** In the 2010 reform of the Penal Code one of the most important reforms introduced was the clear and blunt end of the principle *societas delinquere non potest*. From that point on, certain legal persons can passively take part in criminal proceedings and therefore eventually be charged, prosecuted and sentenced for committing any of the offenses set out in an expressed manner in the Penal Code. But, when implementing the changes to the criminal legislature the necessity to make appropriated adjustments to the Criminal Procedure Act was forgotten. An attempt at alleviating this deficit occurred a few months later with the Act of procedural streamlining measures but for the doctrine, jurisprudence and the Attorney General of the State, the partial character and a difficult understanding of the precepts of this act has created a fertile ground for interpreting current legal text and for aligning with different positions on the key issue, especially considering that, and when the past months are taken into account, it is foreseeable that the Proposed Code of Criminal Procedure of 2013 will never be enacted.

**Keywords:** Corporate criminal liability. Corporations and spanish criminal procedure. Legal reforms.

**Resumen:** En la reforma del Código Penal de 2010 uno de los cambios más importantes que se introdujeron fue el acabar de manera clara y tajante con el principio *societas delinquere non potest*, por lo que a partir de ese momento algunas personas jurídicas pueden ser parte pasiva del proceso penal y, por ello, eventualmente, imputada, acusada y condenada por cometer alguno de los delitos fijados de manera expresa en el Código Penal. Pero para poder implementar el cambio al legislador penal se le olvidó la necesidad de realizar las adaptaciones oportunas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, déficit que se intentó paliar pocos meses después con la Ley de medidas de agilización procesal. No obstante, debido a su carácter parcial y a la difícil intelección de sus preceptos la doctrina, la jurisprudencia y el Fiscal General del Estado han tenido un campo fértil para interpretar el texto legal vigente y para alinearse en diversos posicionamientos en las cuestiones clave, lo cual es relevante visto que por el paso de los meses sea más que previsible que la Propuesta de Código de Proceso Penal de 2013 nunca sea promulgado.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal de personas jurídicas. Empresas y proceso penal español. Reformas legales.

**Observaciones:** Este trabajo se enmarca en la investigación desarrollada en el marco del Proyecto de Investigación DER201232638 del Ministerio de Educación dirigido por el Prof. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca.

**Rec.** 25-08-2014 **Fav.** 25-09-2014

### I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En España, los debates dogmáticos entre penalistas —y también desde la *centienta*<sup>1</sup> del Derecho Procesal penal—, en clave garantista<sup>2</sup>, acerca de si una persona jurídica puede ser conceptualizada como sujeto penal, capaz de cometer delitos y por ende susceptible de ser investigada y enjuiciada penalmente por los tribunales ordinarios para, en su caso, ser sancionada en sí misma con una pena, se frenaron de raíz en junio de 2010 cuando, por mor de la Ley Orgánica 5/2010, se modificó el Código Penal regulando *de manera pormenorizada*<sup>3</sup> la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Atrás quedaron las posturas enfrentadas en torno a si las personas jurídicas tienen capacidad de acción, capacidad de culpa y capacidad de pena, en todos o en algunos de los delitos recogidos en el Código Penal.

No obstante, como vamos a tratar de dejar constancia en este trabajo, las divergencias no han acabado y se han trasladado al campo del cuestionamiento de las modificaciones efectuadas y a la interpretación de las disposiciones contenidas en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal en esta materia, en espera de que en muchas de ellas se pronuncien los órganos jurisdiccionales<sup>4</sup>. Y también una vez más el legislador, por cuanto desde octubre de 2013 en el Parlamento se está tramitando una nueva reforma del Código Penal que entre otras materias afecta al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado en 2010<sup>5</sup>.

Para llegar a entender el calado de la reforma emprendida, conviene traer a colación tres datos relevantes:

1) Pese a que públicamente se ha *vendido* esta reforma como un cambio radical de posicionamiento en el legislador español no lo es tal: estamos ante la culmi-

1 Vid. CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. S. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1994, pp. 13 y ss.

2 Los cuales no se habían planteado ni mucho menos en los mismos términos en los años en los cuales el régimen jurídico de la responsabilidad de las personas jurídicas se establecía en el campo del Derecho Administrativo, y ello pese a que en el mismo, en terminología de GÓMEZ COLOMER, se recurre un *derecho cuasi penal* en el que se utilizan similares exigencias en materia de acción y culpabilidad, que pueden dar lugar a sanciones que por su variedad y cuantía pueden afectar, casi más que las que ahora se prevén en el campo penal, el actuar ordinario de la persona jurídica e incluso su propia supervivencia en el tráfico económico (GÓMEZ COLOMER, J. L., "El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: Particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales, a la vista de esta importante novedad legislativa", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 27, 2012, p. 203).

3 Así se jacta de hacerlo el legislador en el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, situación que dista mucho de la realidad como vamos a tener ocasión de comprobar en este trabajo.

4 Esta situación generada por el proceder del legislador lleva a PEDRAZ PENALVA a afirmar que hay que ser consciente "de que estamos ante un Estado constitucional *deconstruido* —o Estado tránsito hacia donde no se sabe dónde", en el que el ejecutivo, legislativo y judicial se solapan, interfieren, desdibujan, anulan, etc. Y ello se produce fuera de esa originaria y dinámica interacción pública de la diversidad de los poderes sociales, moderada por un judicial pretendidamente neutro y neutral. En un Estado en el que también la libertad y la igualdad se subordinan al orden y a la seguridad en cuanto ineludibles pilares de subsistencia privilegiada. Asimismo tenemos un gobierno/legislador escaso social de legitimidad, consecuente con la desnaturalizada representación política, que con frecuencia actúa desde criterios de oportunidad política, social y económica, posponiendo imperiosas reformas legislativas a favor de otras aparentemente fundamentales" (PEDRAZ PENALVA, E., "Jurisdicción y competencia en los procesos penales contra las personas jurídicas", *La Ley Penal*, n.º 101, 2013, p. 65).

5 Como se destaca en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica el Código Penal, se trata de una *mejora técnica*, que trata de solventar dudas interpretativas, asumir críticas y acoger recomendaciones internacionales, focalizada en la delimitación del contenido del "debido control" cuyo quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica. Con relación a la misma vid. DÍAZ GÓMEZ, A., "Novedades del Proyecto de Reforma de 2013 del Código Penal sobre la responsabi-

nación de una política de pequeños y continuos pasos, una hoja de ruta legislativa<sup>6</sup> en sede penal —que no procesal penal— que comenzó en 1983 cuando se fijaba como responsables a aquellos que actuaran como directivos u órganos de una persona jurídica, o en representación legal o voluntaria de la misma, pese a que no concurrieran en él y sí en la entidad en cuyo nombre han actuado las cualidades, condiciones o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo<sup>7</sup>.

En el texto original del Código Penal de 1995 el art. 31 no sólo mantuvo este mismo criterio de castigar a las personas físicas sino que además a la misma persona jurídica, *sin necesidad*<sup>8</sup> de que hubiera sido imputada, acusada y condenada por sentencia firme<sup>9</sup>, se le podían imponer a criterio del órgano judicial no penas, sino las medidas que rotula como *consecuencias accesorias* y que son enumeradas de manera expresa y restringida en el art. 129: clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; la disolución de la sociedad, asociación

o fundación; suspensión temporal de las actividades; prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y la intervención temporal de la empresa con la finalidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores<sup>10</sup>. Siendo clara la finalidad que con su imposición se perseguía —prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma—, parece que pese al *juego de etiquetas* al que recurrió el legislador su naturaleza, el proceso en el que se establecen y especialmente los efectos que se anudan a su imposición las acercan mucho a las penas que puede recibir una persona natural.

Años más tarde, en la reforma del Código Penal de 2003<sup>11</sup>, aunque se anunciaba en su Exposición de Motivos que se abordaba en el texto la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en verdad el párrafo segundo añadido al art. 31 sólo establecía, en aras a garantizar el pago de la multa<sup>12</sup> impuesta al autor del delito —que

---

dad de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, n.º 11, 2013, pp. 149 y ss.; FRAGA GÓMEZ, O., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los modelos de organización y gestión, ‘compliance’, en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013”, *Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos*, n.º 1, 2013, pp. 43 y ss.; LIÑÁN LAFUENTE, A., “Los programas de prevención de riesgos penales como causas de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y su falta de adopción como nuevo delito que afecta a los administradores de las sociedades”, *Diario La Ley*, n.º 8220, 2014, pp. 1 y ss.; NIETO MARTÍN, A., “El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno”, *Diario La Ley*, n.º 8248, 2014, pp. 1 y ss.; AA.VV., “Medidas de vigilancia y control para prevenir la comisión de delitos en el seno de la persona jurídica en la reforma en curso del Código Penal”, *Diario La Ley*, n.º 8274, 2014, pp. 1 y ss.; CARRILLO DEL TESO, A. E., “Responsabilidad penal de la persona jurídica: Pasado, presente y futuro”, PÉREZ CEPEDA, A. I. (dtora.), *El Proyecto de Reforma del Código Penal de 2013, a debate*, Salamanca, 2014, pp. 122 y ss.

6 Sólo en ese ámbito, porque como señalara SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2006, n.º 2, pp. 4 y ss., la jurisprudencia no ha podido aportar mucho debate jurídico desarrollado durante años debido al reducidísimo número de resoluciones judiciales que se han dictado en esta materia. *Vid.* además NEIRA PENA, A., “Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas. Comentario al Auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN”, *Diario La Ley*, n.º 7768, 2012, pp. 7 y ss.

7 Art. 15 bis CP, introducido por Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

8 *Vid.* FUENTE HONRUBIA, F. DE LA, “Garantías materiales y procesales en la imposición de sanciones penales a personas jurídicas. Comentario a la Sentencia del Caso EKIN (Sentencia de 19 de diciembre de 2007, Sección Tercera de Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)”, *Diario La Ley*, n.º 6888, 2008, pp. 1 y ss., quien analiza las garantías que debían rodear a la imposición de esas consecuencias accesorias a las personas jurídicas y cuál debía de ser su rol en el proceso penal.

9 E incluso como medidas cautelares durante la instrucción del proceso penal frente a las personas físicas imputadas.

10 Con relación a las mismas *vid.* ECHARRI CASI, F. J., Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: Las consecuencias accesorias, Pamplona, 2003; FUENTE HONRUBIA, F. DE LA, Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, Valladolid, 2004; GUARDIOLA LAGO, M. J., Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal, Valencia, 2004.

11 Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

12 Por este motivo la Fiscalía General del Estado recordó que “...el Derecho y el proceso penal no puede conformarse con imputar la actividad a la persona jurídica, sino que ha de averiguar qué personas físicas concretas han llevado a cabo la actividad delictiva”, que “...no se puede obviar la necesidad de dirigir el proceso y, en su caso, condenar a las concretas personas físicas que dentro de la persona jurídica hayan cometido el delito, actuando con dolo o en su caso con culpa”, y que “...deberán los Sres. Fiscales evitar que ante los problemas probatorios que pueden surgir en la investigación de delitos cometidos en el seno de personas jurídicas, se aplique la cláusula del art. 31 CP prescindiendo del necesario respeto al principio de culpabilidad, utilizando parámetros objetivos o atribuyendo automáticamente responsabilidad penal al representante legal y a la sociedad con el riesgo de volver a supuestos de responsabilidad objetiva o de responsabilidad penal por hecho ajeno” (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2004 de la Fiscalía General del Estado de 22 de diciembre de 2004 sobre aplicación de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre (Primera Parte)*, Madrid, 2004, pp. 9 y 10).

sigue siendo la persona física que haya actuado como directivo, representante u órgano de la persona jurídica—, la responsabilidad directa y solidaria de la persona jurídica, la cual surge a partir del dictado de la sentencia de condena por cuanto la misma nunca llegó a ser parte del proceso judicial, lo cual no dejaba de ser llamativo y generador de importantes dificultades procesales. En esencia, más que responsabilidad penal se trataba de una responsabilidad civil de la persona jurídica, que veía limitado su papel a ser la pagadora de la multa impuesta a los gobernantes, administradores y representantes suyos.

Por último, el más firme intento por criminalizar el actuar de las personas jurídicas y responsabilizarlas de

manera individual tuvo lugar en 2006, si bien el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal en la que se contenía no superó la tramitación parlamentaria<sup>13</sup>.

2) Si bien en la misma Exposición de Motivos de la reforma del Código Penal de 2010<sup>14</sup> se alega para justificar el *societas delinquere potest* en que son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo<sup>15</sup> en aquellos tipos penales donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (criminalidad medioambiental<sup>16</sup>, blanqueo de capitales<sup>17</sup>, corrupción<sup>18</sup> y crimen organizado<sup>19</sup> en primer término, extendible con posterioridad

13 En la misma se proponía suprimir el art. 31.2 CP e introducir un nuevo art. 31 *bis*, conforme al cual en los delitos señalados expresamente en el Código las personas jurídicas —asociaciones, fundaciones y sociedades— serán penalmente responsables de los delitos cometidos, por cuenta o en provecho de las mismas, por las personas físicas que tengan en ellas un poder de dirección fundado en la atribución de su representación o en su autoridad, ya sea para tomar decisiones en su nombre o para controlar el funcionamiento de la sociedad. De igual forma, las personas jurídicas serían también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas señaladas, hubieran podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control. Se trataba de un régimen de responsabilidad penal propia, autónoma e independiente, por cuanto el castigo a una de ellas no excluye el de la otra, e incluso la persona jurídica respondería penalmente de forma igual a pesar de que a las personas físicas que materialmente hubieran realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control les pudiesen ser aplicables circunstancias eximentes, agravantes o atenuantes. Y en clara correlación con lo que sucede con las personas físicas, las penas a imponer a las personas jurídicas son modulables al establecerse un régimen de agravación —en caso de reiteración delictiva— y un importante listado de causas de atenuación, las cuales toman en consideración la valoración positiva de la reparación del daño y de la adopción de medidas eficaces para prevenir los que en el futuro pudieran causarse desde ellas. Sobre esta propuesta legislativa *vid.* AA.VV., “La responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos”, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2007; BACIGALUPO SAGESSE, S., “La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del Código Penal de 2006 (Art. 31 *Bis*)”, AA.VV., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario”, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2007, pp. 199 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Hacia la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, vol. 38, 2008, pp. 237 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones. Presupuestos sustantivos y procesales*, Valencia, 2008, pp. 249 y ss.; MORALES PRATS, F., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: perspectivas de reforma en el Derecho penal español”, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dtor.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Valencia, 2009, pp. 47 y ss.

14 Esta misma justificación ya se utilizó en el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal de 2006, si bien limitado a los *compromisos europeos* de España.

15 Por tanto, no se defiende nunca una criminalización del actuar desviado de las personas jurídicas por su participación en cualquier hecho delictivo recogido en el Código Penal, sino sólo cuando el mismo se produce en la selección legal de las conductas que se eligen en cada uno de los códigos nacionales, en cuya conformación sí que tienen relevancia los convenios y acuerdos internacionales de los que sea parte.

16 En muchos países la tendencia represora ha comenzado como técnica de protección de bienes jurídicos colectivos como el medio ambiente, de cuyas afecciones pueden ser responsables penales tanto empresas privadas como la misma Administración, tal y como resaltó hace años VERCHER NOGUERA, A., “Visión jurisprudencial sobre la protección penal del medio ambiente”, *Actualidad Penal*, n.º 4, 1995, pp. 38 y ss.; e incluso las empresas multinacionales, lo que debería determinar un nuevo ámbito de intervención del Derecho Penal internacional, tal y como analiza NIETO MARTÍN, A., “Bases para un futuro Derecho Penal internacional del medio ambiente”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 16, 2012, pp. 137 y ss.

17 *Vid.* por todos BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., Cizur Menor, 2012, pp. 846 y ss.

18 *Vid.* BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., MATELLANES RODRÍGUEZ, N. P., “Respuesta penal frente a la corrupción y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 20, 2013, pp. 1 y ss.; BACIGALUPO SAGESSE, S., LIZCANO ÁLVAREZ, J., *Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas en delitos relacionados con la corrupción*, Madrid, 2013.

19 *Vid.* LUZÓN CÁNOVAS, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada”, MONTES ÁLVARO, M. A., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. (dtiores.), *Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas: Justicia restaurativa (VIII Jornadas de Derecho penal en memoria de José María Lidón)*, Madrid, 2012, pp. 32 y ss.

a ciberdelitos, trata de seres humanos, inmigración ilegal, pornografía y prostitución infantil, etc.), generando espacios de riesgo e impunidad, si se analiza a fondo esa normativa supranacional e internacional de Naciones Unidas, Consejo de Europa, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Organización de Estados Americanos y Unión Europea, podremos colegir fácilmente como en los mismos los Estados están comprometidos, únicamente a dos cosas:

a) por un lado, a adoptar sanciones *efectivas, proporcionadas y disuasorias* frente a las personas jurídicas cuando actúan de forma ilegal, consecuencias jurídicas que pueden ser de naturaleza penal o no<sup>20</sup>, esto es, multas administrativas u otro tipo de sanciones, y

b) por otro, a que las peticiones de cooperación y asistencia judicial penal no se vean obstaculizadas o negadas por el país requerido esgrimiendo como causa de oposición que la misma afecta a una persona jurídica<sup>21</sup>, de forma tal que los aspectos esenciales de la regulación de su responsabilidad debe de ser uno de

los puntos a desarrollar en los trabajos de armonización legislativa penal internacional que se está impulsado cuando menos en espacios judiciales unificados, como acontece en la Unión Europea<sup>22</sup>.

3) Si bien es cierto que siguiendo la estela de los países del *common law*<sup>23</sup> esa *presión internacional* ha hecho que en los últimos veinte años la balanza se haya desequilibrado en favor de los países que afrontan en el campo penal el problema de la delincuencia con implicación de personas jurídicas, tanto en Europa como en la región latinoamericana, no encontramos en ellos una pauta común a seguir (en la fundamentación, en el texto normativo en el que se prescribe, en las personas afectadas, en los delitos, en las penas, en las medidas cautelares, en los derechos y garantías de los entes colectivos en el proceso penal, etc.), por lo que cada país, de conformidad con sus principios y tradiciones jurídicas, ha creado su propio *modelo*<sup>24</sup> que no obstante ello su regulación y experiencia práctica debe servir de ayuda a los ordenamientos jurídico-penales que se sumen a esta co-

20 Con toda rotundidad el 3 de noviembre de 2006 el Consejo General del Poder Judicial, en su Informe al Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006, señaló que "el Derecho Comunitario únicamente exige que en los supuestos de conductas criminales realizadas por personal directivo, las personas jurídicas *puedan ser consideradas responsables o exigirseles responsabilidades* por determinadas infracciones de naturaleza penal y que pueden serles impuestas por ello sanciones de naturaleza penal o administrativa. La imputación de responsabilidad de naturaleza penal a las personas jurídicas no lleva implícita necesariamente la imputación subjetiva de hechos delictivos, por lo que no debe considerarse que sea consecuencia de un imperativo de Derecho Comunitario que las personas jurídicas deban ser objeto de un régimen de responsabilidad penal como el de las personas físicas, como tampoco que las sanciones hayan de ser de naturaleza penal". En esta materia *vid.* el detallado estudio de CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA, PÉREZ MACHÍO, A. I., "La responsabilidad...", *cit.*, pp. 52 y ss.

21 Aunque en el art. 26 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 establece que la responsabilidad de las personas jurídicas puede ser de índole penal, civil o administrativa, obliga a que los Estados se presten asistencia judicial recíproca en la mayor medida posible conforme a las leyes, tratados, acuerdos y arreglos pertinentes del Estado parte requerido con respecto a las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales relacionados con los delitos de los que una persona jurídica pueda ser considerada responsable. *Vid.* NIETO MARTÍN, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: oportunidades y retos para la cooperación judicial", CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA, PÉREZ MACHÍO, A. I., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. (coords.), *Armonización penal en Europa*, San Sebastián, 2012, pp. 130 y ss.

22 *Vid.* CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA, PÉREZ MACHÍO, A. I., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco europeo: las directrices comunitarias y su implementación por los Estados", CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA, PÉREZ MACHÍO, A. I., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. (coords.), *Armonización penal...*, *cit.*, pp. 52 y ss.; MATA BARRANCO, N. J. DE LA, "Armonización europea y previsión de responsabilidad de las personas jurídicas en el Código penal español", *Revista Penal*, n.º 33, 2014, pp. 32 y ss.

23 En especial Estados Unidos a partir de la tipificación del delito corporativo, con relación al cual se da la situación contraria a la vivida en los países de tradición continental: la represión se ha centrado en el castigo de la persona jurídica sin tomar en consideración la participación y responsabilidad que en los hechos hubieran podido tener las personas físicas; sin embargo, en la última década se ha producido un reajuste en el modelo a consecuencia de la alarma social y los efectos derivados de delitos económicos relacionados con la corrupción y el blanqueo de capitales. En este sentido *vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n.º 1, 2013, p. 283; ALONSO ÁLVAREZ, J., "La prevención de delitos en el Código Penal", *Diario La Ley*, n.º 8310, 2014, p. 4.

24 *Vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "La obligada reforma del sistema penal español para implantar un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 24, 2011, pp. 1 y ss.; AGOUES MENDIZÁBAL, C., "La responsabilidad penal y/o sancionadora de las personas jurídicas en los distintos Estados miembros de la UE", CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA, PÉREZ MACHÍO, A. I., UGARTEMENDÍA ECEIZABARRENA, J. I. (coords.), *Armonización penal...*, *cit.*, pp. 34 y ss.; GONZÁLEZ SIERRA, P., *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis CP*, Valencia, 2014, pp. 59 y ss.

riente<sup>25</sup>, bien de cero bien endureciendo y llevando al campo penal su previo régimen —civil y/o administrativo— sancionatorio.

Con estos datos queda claro que las motivaciones de la reforma no están ni en el triunfo de una postura doctrinal frente a otra ni en el haber alcanzado una mejor fundamentación jurídica para abolir el *societas delinquere non potest*<sup>26</sup>; muy al contrario, las debemos localizar en otras razones de conveniencia política, o de política criminal autoimpuesta a partir de una realidad criminológica incuestionable: la *transparencia criminal*<sup>27</sup> de las personas jurídicas. Porque se han pasado de los años en los cuales en el tráfico jurídico y económico actuaban las personas jurídicas como sujetos de Derecho, al igual que las personas físicas, dinamizando las relaciones y las economías de los países y de la comunidad internacional, a otros en los cuales se han detectado los abusos y excesos cometidos con o por muchas de ellas<sup>28</sup>, de manera que bien son las propias personas jurídicas las que *realizan* actividades ilícitas o bien son las personas físicas —en especial cuando actúan de ma-

nera colectiva y organizada— las que para dificultar o eludir sus responsabilidades por hechos ilícitos crean o usan a las personas jurídicas para alcanzar esos fines; en esencia, lo más fácil y rápido<sup>29</sup>, aunque no exento de costes<sup>30</sup>, es encausar a la persona jurídica ante la eventualidad que la no identificación de la persona física directamente responsable siga degenerando en impunidad, en alarma social y en denostación colectiva del funcionamiento de la Administración de Justicia. Así es como se entiende que estemos ante una *realidad jurídica* por *necesidades fácticas*: ante la incapacidad del Derecho Penal clásico de dar respuesta a todos los conflictos sociales con los que nos confrontamos en la actualidad cuando los hechos no son imputables a la acción de una persona física<sup>31</sup> ha llevado a que los países de manera individualizada, y a los organismos internacionales tratando de incentivar la cooperación policial y judicial entre sus signatarios, a utilizar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como una técnica represiva inmediata y preventivo más a medio y largo plazo<sup>32</sup>, para lo cual, primero, las castiga por los actos

25 Vid. el análisis que sobre los sistemas penales de Alemania, Austria, Bélgica, Chile, Francia, Italia, Países Bajos y Suiza realiza GASCÓN INCHAUSTI, F., "Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal", GASCÓN INCHAUSTI, F. (coord.), *Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Pamplona, 2010, pp. 23 y ss.

26 Para MIR PUIG, S., "Las nuevas 'penas' para personas jurídicas, una clase de 'penas' sin culpabilidad", *Revista Foro. Fundación Internacional de Ciencias Penales*, 2014, n.º 1, pp. 24 y ss., lo que realmente ha sucedido con la reforma de 2010 es que se ha abandonado el principio de que las sociedades no pueden ser castigadas penalmente —*societas puniri non potest*— pero no el principio según el cual las personas jurídicas no pueden cometer delitos —*societas delinquere non potest*—.

27 GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor", *Diario La Ley*, n.º 7501, 2010, p. 1.

28 Lo que es especialmente importante en materia de blanqueo para trata de encubrir *legalmente* los capitales de procedencia ilegal. Vid. VEGA SÁNCHEZ, M. V., *Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Nueva Ley 10/2010, de 28 de abril*, Madrid, 2011; BLANCO CORDERO, I., FABIÁN CAPARRÓS, E. A., PRADO SALDARRIAGA, V., ZARAGOZA AGUADO, J. A., *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 4.ª ed., Washington, 2014, pp. 130 y ss.

29 Vid. MORAL GARCÍA, A. DEL, "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de personas jurídicas", ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2013, pp. 243 y ss., que considera que con esta decisión se proporciona al aplicador del derecho una útil herramienta para no verse obligado a buscar una especie de *chivo expiatorio* dentro del entramado empresarial cuando se tiene la certeza de la comisión de un delito pero existen dudas sobre qué persona o personas físicas, qué directivos, participaron en tal actividad delictiva. Con un planteamiento utilitarista similar se manifiesta LUZÓN CÁNOVAS, A., "La responsabilidad penal de los entes colectivos: criterios de imputación y autoría", AA.VV., *Persona jurídica delincente. Especial referencia al art. 66 Bis del Código Penal*, Madrid, 2013, p. 3.

30 Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El "delito de sospecha blinado" y la responsabilidad objetiva "impura" en la Circular 1/2010 de la FGE", *Diario La Ley*, n.º 7694, 2011, pp. 1 y ss., quien en tono crítico enfatiza las afecciones que ello supone al derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y más en general vid. CORCOY BIDASOLO, M., "Expansión del Derecho Penal y garantías constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 8, 2012, pp. 69 y ss.; HUSAK, D., *Sobrecriminalización. Los límites del Derecho Penal*, Madrid, 2013.

31 BACIGALUPO SAGESSE, S., "La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del Código penal (arts. 31 bis y 129 CP)", MONTES ÁLVARO, M. A., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. (dtors.), *Reforma penal...*, cit., p. 3.

32 El Grupo de Acción Financiera (FATF-GAFI) desde hace años viene mostrando su preocupación por el aumento del uso de personas jurídicas para encubrir la titularidad real y el control de los activos de procedencia ilegal, lo que se puede evidenciar no sólo en sus *40 Recomendaciones* en materia de lavado de activos y financiación del terrorismo —en especial la 2, 5, 12, 17, 33 y 34— y en las *9 Recomendaciones especiales* contra la financiación del terrorismo —en especial la VI—, sino en la incidencia que sus planteamientos han tenido en la readaptación de los distintos sistemas nacionales de prevención. Así ha sucedido en España con la Ley 10/2010, de 28

realizados por las personas que ocupan una posición directiva o de representación en el seno de la persona jurídica, y también por los cometidos por los sujetos sometidos a su autoridad a consecuencia de la falta de vigilancia o control por parte de esos quienes tienen posiciones de mando o dirección, tratando con ello de estimular *a la fuerza* el establecimiento de programas de cumplimiento.

## II. BASES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL VI-GENTE CÓDIGO PENAL

A) A partir de 2010 el modelo español de responsabilidad penal de personas jurídicas puede ser calificado como *de transferencia*, puesto que se las va a hacer penalmente responsables no de manera directa por su participación en los hechos delictivos sino como beneficiaria —en términos económicos o no— de la actividad delictiva realizada por determinadas personas físicas. Y ello a partir de un sistema de *doble vía* (art. 31 bis 1 CP):

a) Por los delitos cometidos por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho en nombre o por cuenta suya, y en su provecho. Por tanto, es indiferente que este aprovechamiento de la persona

jurídica como elemento subjetivo del tipo sea concurrente con el de los representantes y administradores, que pueden ni haber sido identificados o declarados inocentes a la terminación del proceso penal.

b) Por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de esos representantes o administradores, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el *debido control interno* atendidas las concretas circunstancias del caso, lo cual es especialmente relevante en materia de lavado de activos<sup>33</sup>. En este segundo caso no basta con que en la actividad empresarial se hayan cometido actos delictivos por parte de los subordinados de representantes o administradores, sino que ello haya sido posible porque o bien no ha existido un programa de prevención de delitos o existiendo el mismo no ha sido efectivo en atención a las circunstancias personales y fácticas del caso<sup>34</sup>; en esencia, en ellas se toma en consideración una culpabilidad de la propia persona jurídica distinta de las acciones y culpabilidad humana, lo que exige elaborar para las personas jurídicas unas reglas especiales de imputación<sup>35</sup>. Por tanto, y como ya hemos hecho alusión con anterioridad, con esta previsión legal se está *invitando a todas* las empresas —grandes o pequeñas<sup>36</sup>— a autorregularse y a fijar en

---

de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo —y en su Reglamento (Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo)—. Sobre la misma *vid.* ALIAGA MÉNDEZ, J. A., *Normativa comentada de prevención del blanqueo de capitales (adaptada a la Ley 10/2010)*, Madrid, 2010; VEGA SÁNCHEZ, M. V., *Prevención del blanqueo...*, *cit.* Esta misma preocupación se mantiene y refuerza en la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo” de 5 de febrero de 2013 [COM(2013) 45 final], que se encuentra en plena tramitación legislativa.

33 Con relación a los *Programas Compliance Antiblancqueo vid.* PRAT WESTERLINDH, C., “Los paraísos fiscales y el blanqueo de dinero”, *La Ley Penal*, n.º 103, 2013, pp. 48 y ss.

34 Este análisis individualizado concede a los órganos judiciales penales amplios márgenes de apreciación, lo que supondrá una selección de asuntos sobre los que aplicar las sanciones a las personas jurídicas, motivo por el que coincidimos con JUANES PECES en considerar que aunque es inevitable que exista un margen de arbitrio habría sido preferible que se sometiera a criterios legalmente reglados (JUANES PECES, A., “Necesidades en la regulación procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, MONTES ÁLVARO, M. A., ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, X. (doctores.), *Reforma penal...*, *cit.*, p. 27). Sobre estos programas de cumplimiento *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho Penal*, Pamplona, 2011; BACHMAIER WINTER, L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de *compliance*”, *Diario La Ley*, n.º 7938, 2012, pp. 1 y ss.; LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., “Los debidos y circunstanciados programas de cumplimiento”, SEXMERO IGLESIAS, M., MORENO VERDEJO, J. (coords.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, 2012, pp. 1 y ss.; ROTSCHE, T., “Criminal compliance”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2012, n.º 1, pp. 1 y ss.; DEBBIO, A. DEL, CARNEIRO MAEDA, B., SILVA AYRES, C. H. DA (coords.), *Temas de Anticorrupção & Compliance*, São Paulo, 2013; KUHLEN, L., MONTIEL, P., ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, 2013; SILVA SÁNCHEZ, J. M. (dtor.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013; ARROYO ZAPATERO, L., NIETO MARTÍN, L. (coords.), *El Derecho penal económico en la Era Compliance*, Valencia, 2013.

35 ROXIN, C., *Dogmática Penal y política criminal*, Lima, 1998, p. 461.

36 *Vid.* MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales: determinación de la competencia objetiva y territorial; comparecencia de la persona jurídica; presencia y ausencia en el procedimiento; medidas cautelares; régimen de la declaración de representantes y empleados; declaración en calidad de imputado de la persona jurídica; conformidades”, SEXMERO IGLESIAS, M., MORENO VERDEJO, J. (coords.), *La responsabilidad...*, *cit.*, p. 29, quien cuestiona la decisión del legislador español de que el proceso penal lo encaren de igual manera en derechos y obligaciones una empresa multinacional o una pequeña empresa.

su seno programas de cumplimiento en el que tengan participación todos sus miembros<sup>37</sup>, ya sean directivos, representantes o empleados, generando un clima de actuación en el que se favorezca la existencia sistemas de alarma y de reportes, así como de *whistleblowers*<sup>38</sup>, un nuevo escenario en el que el reproche ético<sup>39</sup> que puedan plantear estas medidas queda minimizado si atendemos a los niveles de ineficacia en los que se mueve el aparato represor en el Estado de Derecho.

Estamos, pues, ante un sistema de responsabilidad penal *vicarial* en el que las personas jurídicas pueden ser declaradas culpables por la comisión de un delito que sólo puede haber sido realizado por las personas físicas reseñadas, incluso cuando la persona concreta responsable no haya podido ser individualizada<sup>40</sup> o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 *bis* 2 CP). Y, además, *independiente* y *autónoma* de la suerte jurídica que en el mismo —o en otro distinto— proceso penal puedan correr esas personas físicas pese a la situación que se genera en el lado pasivo de la relación jurídico-procesal<sup>41</sup>: la responsabilidad

penal de las personas jurídicas no se elimina ni altera porque concurren circunstancias modificativas o extintivas de la responsabilidad penal de los directivos, representantes o empleados, o porque esas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído de la acción de la justicia (art. 31 *bis* 3 CP).

B) Frente a aquellos que defienden que en la delimitación del ámbito de aplicación de la responsabilidad penal no deben hacerse diferencias entre las personas físicas y las jurídicas<sup>42</sup>, ambos sujetos penales en plano de igualdad, máxime porque van a ser las primeras las que comentan los hechos y las segundas las que reciban el provecho de las mismas, España se ha apuntado a la tendencia mayoritaria de prever legalmente una incriminación selectiva de algunas personas jurídicas circunscrita a sólo determinados tipos penales. Por tanto, un conjunto cerrado de delitos que, con una mejorable técnica legislativa, no se enumeran de manera sistemática en un precepto *ad hoc* sino que tienen que ser identificados en la regulación individualizada de cada uno de ellos.

37 Esta misma filosofía de castigar por conductas omisivas de deberes de vigilancia y denuncia también está presente en el Código Penal cuando, por ejemplo, en el art. 301.3 se castigan las conductas de blanqueo de capitales realizadas por *imprudencia* grave, las cuales, según el nuevo art. 302.2 CP, pueden ser también cometidas por las personas jurídicas, lo que les va a obligar, si no quieren ser condenadas como corresponsables, a controlarlas, detectarlas, denunciarlas... Sobre este polémico tipo, diseñado como instrumento orientado a penalizar actos de blanqueo respecto de los cuales no haya sido posible probar el dolo del sujeto, de forma tal que se convierte en un *tipo de recogida* en el que no se pretende tanto castigar a quien opera sobre unos bienes cuyo origen criminal no conoció, debiendo haberlo hecho, como a quien, siendo sospechoso de haber tenido noticia de esa procedencia, no se le pudo probar, *vid.* por todos FABIÁN CAPARRÓS, E. A., "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre el blanqueo imprudente de capitales", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 16, 2011, pp. 1 y ss.

38 Sobre los mismos *vid.* RAGÜÉS I VALLÈS, R., "¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal", *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2006, n.º 3, pp. 1 y ss.; ID., *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Madrid, 2013; RODRÍGUEZ YAGÜE, C., "La protección de los *whistleblowers* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales", ARROYO ZAPATERO, L.; NIETO MARTÍN, A. (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho Penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Cuenca, 2006, pp. 447 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., "Discrepancias en cuanto al tratamiento de los '*whistleblowers*'", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 103, 2006, pp. 318 y ss.; CONWAY-HATCHER, A., GRIGGS, L., KLEIN, B., "How whistleblowing may pay under the U.S. Dodd-Frank Act: implications and best practices for multinational companies", DEBBIO, A. DEL, CARNEIRO MAEDA, B., SILVA AYRES, C. H. DA (coords.), *Temas de Anticorrupção & Compliance*, São Paulo, 2013, pp. 405 y ss.; GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2014, pp. 75 y ss.

39 Situación similar a la generada con relación al catálogo de sujetos obligados previstos en las normativas de prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, en especial en lo referente a las profesiones jurídicas. Sobre este tema *vid.* FINANCIAL ACTION TASK FORCE, *Money laundering and terrorist financing. Vulnerabilities of legal professionals*, Paris, 2013.

40 Esta situación tiene importantes implicaciones procesales en materia de prescripción, y por ello el legislador, a los efectos de la interrupción de la misma, ha fijado una tercera regla conforme a la cual es posible realizar una identificación *provisional e inconcreta*: "...la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho".

41 Hay que aclarar, como hace GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Madrid, 2012, p. 39, que en este punto no hay nada análogo al litisconsorcio pasivo necesario del proceso civil ni a las reglas sobre la comunidad de bienes.

42 Por ejemplo, *vid.* la defensa que de este planteamiento efectúa RODRÍGUEZ RAMOS, L., "¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)", *Diario La Ley*, n.º 7626, 2011, p. 2.

Haciendo un repaso de la parte especial del Código Penal<sup>43</sup> podremos comprobar como el legislador se ha separado bastante de la filosofía que ha inspirado la reforma: principalmente perseguir a las sociedades mercantiles por los delitos socioeconómicos —básicamente blanqueo de capitales y corrupción pública y privada— y los medioambientales y contra la ordenación del territorio en los que tengan participación, y a la sensación de impunidad que perciben los ciudadanos por la ineficacia del sistema penal en la represión y prevención de algunos de los casos más significativos en esta materia. Y así podremos comprobar como *ni son todos los que están* —muchos de los delitos afectados nada tienen que ver con esos ámbitos—, ni *están todos los que son* —como los delitos societarios y delitos de corrupción entre particulares—, e incluso si se abre tanto el marco aplicativo hay otros delitos que pueden ser *cometidos* por las personas jurídicas<sup>44</sup>, y que por lo tanto su perpetración debería derivar en sanciones penales, por lo que no basta que el legislador permita la vía de imponerles alguna o algunas de las consecuencias accesorias del art. 129 CP<sup>45</sup>.

C) El régimen sancionador diseñado en 2010 ha supuesto un incremento del rigor cambio punitivo con relación al anterior sistema de las consecuencias accesorias del art. 129 CP:

a) Estamos ante *penas*, si bien como hemos comentado la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la

intervención judicial puede ser también acordada por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa (art. 33.7 *in fine* CP), con el objetivo de evitar la reiteración delictiva, proteger a las víctimas, facilitar la investigación asegurando pruebas, asegurar las responsabilidades pecuniarias, e incluso dar eficacia a un eventual comiso. Como es fácil de imaginar, la parquedad a las alusiones procesales por el *legislador penal* hace que surjan innumerables cuestiones relacionadas con el momento procesal —también debiera ser posible su adopción en el juicio oral y en fase de impugnación—, la duración —proporcional, y al menos inferior al límite máximo de la pena—, el procedimiento, etc.

b) Los órganos jurisdiccionales están obligados a imponerlas en la sentencia de condena, perdiéndose esa naturaleza facultativa que tenían las viejas consecuencias accesorias del art. 129 CP.

c) Aunque la multa se erige como la pena común y general, se entiende que en los casos en los que pueda exigirse responsabilidad penal a las personas jurídicas son supuestos cualificados que justifican la imposición de otras medidas más severas. Por ello no ha de extrañar que el art. 33.7 CP considere como *graves* todas las penas aplicables a las personas jurídicas, incluida la multa.

El catálogo de penas, aplicables conforme a las reglas del art. 66 *bis* CP<sup>46</sup>, está integrada por las siguientes (art. 33.7 CP)<sup>47</sup>:

43 De manera cronológica encontramos los siguientes: delitos de obtención o tráfico ilegal de órganos humanos ajenos o trasplante de los mismos (art. 156 *bis*.3 CP); delito de trata de seres humanos (art. 177 *bis*.7 CP); delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 *bis* CP); delitos contra la intimidad por descubrimiento y revelación de secretos (art. 197.3 CP); delitos de estafa (art. 251 *bis* CP); insolvencias punibles (art. 251 *bis* CP); daños informáticos (art. 264.4 CP); delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial y al mercado y a los consumidores (art. 288 CP); blanqueo de capitales (art. 302.2 CP); delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 *bis* CP); delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 *bis*.4 CP); delitos contra la ordenación del territorio y el urbanístico (art. 319.4 CP); delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 327 y 328.6 CP); delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP); delitos de riesgo provocados por explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes u otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos (art. 348.3 CP); delitos contra la salud pública por medio de drogas (art. 369 *bis* CP); delitos de falsificación de tarjetas de crédito (art. 399 *bis* CP); delitos de cohecho (art. 427.2 CP); tráfico de influencias (art. 430 CP); delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445.2 CP); y delitos de colaboración con organización terrorista (art. 576 *bis* CP).

44 Por ejemplo, delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311-318 CP); delitos de manipulación genética (art. 162 CP); la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262 CP); la resistencia a entidades u organismos inspectores (art. 294 CP); y el delito de asociación ilícita (art. 520 CP).

45 Así lo hace expresamente con los delitos contra los derechos de los trabajadores (art. 318 CP) o en algunos delitos contra la salud pública (art. 366 CP), solución que no es de fácil aplicación al estar reservadas las mismas a los entes sin personalidad, como señalan FARALDO CABANA, P., FARALDO CABANA, C., "¿Responde penalmente la persona jurídica por la comisión de delitos alimentarios? Límites y posibilidades de aplicación de las consecuencias accesorias en España tras la reforma penal de 2010", *Diario La Ley*, n.º 8269, 2014, pp. 11 y ss.

46 El art. 66 *bis* CP establece las reglas para la aplicación de las penas indicadas a las personas jurídicas, haciendo reenvíos a la normativa general en esta materia y estableciendo algunas especialidades:

a) La multa<sup>48</sup>, por cuotas<sup>49</sup> o proporcional<sup>50</sup>, pagadera de manera íntegra o fraccionada<sup>51</sup>. De manera específica, cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías<sup>52</sup>, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos (art. 31 *bis.2 in fine* CP).

b) La disolución de la persona jurídica, que producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así

como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita, debiéndose proceder a la liquidación de su patrimonio y a la inscripción de dicha disolución en los registros públicos.

c) La suspensión de sus actividades, sin que legalmente se especifique sin se refiere a *todas*<sup>53</sup> ellas o solamente a *algunas*, las cuales motivadamente debería

1) En los delitos dolosos, los órganos judiciales apreciarán las circunstancias atenuantes o agravantes de conformidad con los ocho criterios del art. 66 CP, a excepción del quinto, referido a los casos de cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia.

2) Cuando la pena a imponer a la persona jurídica sea la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, o la intervención judicial, para decidir sobre su imposición y extensión el órgano judicial deberá tener en cuenta las siguientes cuestiones: 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.

3) Cuando a las penas tasadas legalmente, exceptuando la multa —por su naturaleza— y la disolución —que por esencia no admite gradación temporal—, 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 una persona física. Además, para la imposición de estas sanciones por un plazo superior a 2 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, entendiéndose que se produce este hecho siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

4) Para la imposición con carácter permanente de las penas de disolución y prohibición de realizar actividades futuras en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, así como para la imposición por un plazo superior a 5 años esta última pena así como de la de 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, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) que se esté ante un caso de reincidencia, situación que el art. 66.1.5.<sup>a</sup> CP arbitra como agravante cualificada si la persona —jurídica en este caso— hubiera sido condenada ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título del Código Penal y además si fueran de la misma naturaleza; b) que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, lo que se presumirá que sucede cuando la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

47 Más ampliamente *vid.* CARBALLO CUERVO, M. A., "Penas. Atenuantes. Ejecución de penas. Referencia a la responsabilidad civil", AA.VV., *Persona jurídica delincuente...*, cit., pp. 2 y ss.

48 Como destaca ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3.<sup>a</sup> ed., Pamplona, 2009, p. 330, la idea más relevante de la que hay que partir en el diseño de los mecanismos penológicos es frenar la —lógica— inercia por la que las sanciones pecuniarias que se impongan a las empresas no puedan ser absorbidas por sus costes, lo que es tanto como decir por los adquirentes de sus bienes, productos y servicios.

49 Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión mínima de 10 días y máxima de 5 años —mientras que para la persona física son 2 años— (art. 50.3 CP). Según el art. 50.4 CP, la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros —entre 2 y 400 euros para las personas físicas—; y a efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de 30 días y los años de 360.

50 Dispone el art. 52.4 CP que cuando se prevén multas para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el órgano judicial motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes: multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior; y multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

51 El pago de la multa impuesta a una persona jurídica puede ser fraccionado durante un período de hasta cinco años cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general. En caso de que la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma (art. 53.5 CP).

52 *Vid.* URRUELA MORA, A., "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva de *lege lata*", *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXI, 2012, pp. 434 y ss., crítica con esta modulación por ser incoherente con un sistema de responsabilidad independiente de personas físicas y jurídicas.

53 Se podría entender que si la suspensión es de todas las actividades este mismo efecto se alcanzaría con la clausura de los locales, y además esta segunda medida permite una modulación más si no se extiende a todos los locales y establecimientos.

determinarse por el órgano judicial en la sentencia<sup>54</sup>, y ello por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) La clausura de sus locales y establecimientos, que hay que entender como *temporal*<sup>55</sup> ya que se señala un plazo máximo que no podrá exceder de 5 años, y que además determina, en caso de que no disponga de otros locales o establecimiento, la suspensión de las actividades, que podrán ser reanudadas a la terminación del plazo señalado en la sentencia puesto que la existencia de la persona jurídica no se habrá visto afectada.

e) La prohibición, definitiva o por un tiempo máximo de 15 años, de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; es decir, que estamos ante una suspensión *atenuada y limitada*. En este caso, se reputa esencial la motivación en la sentencia de la imposición de la pena y su conexión con actividades concretas de las personas jurídicas relacionadas directamente con actividades delictivas cometidas, favorecidas o encubiertas.

f) La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público o para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de 15 años.

g) La intervención judicial, que no podrá exceder de 5 años y que podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. Al ser una pena prevista para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de

los acreedores por el tiempo que se estime necesario, el Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, tendrá que determinar exactamente el contenido de la intervención, quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención acordada se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal.

D) El particular régimen de responsabilidad al que se someten a las personas jurídicas, diferente al de las personas físicas, también se puede evidenciar al analizar las atenuantes y comprobar cómo los presupuestos aplicativos sólo se pueden dar con posterioridad a la comisión del delito y a través de la actuación de sus representantes; es decir, que el legislador, desde un planteamiento utilitarista y sabedor de las incapacidades del sistema penal para reprimir y prevenir la actividad delictiva de las personas jurídicas, *seduce y premia* con atenuaciones a aquéllas que de manera *inmediata* colaboren en la investigación de los hechos y en la reparación de la víctima, y de manera *mediata* prevengan de manera efectiva que para que en el futuro no vuelvan a producirse hechos similares.

En concreto son cuatro las atenuantes previstas expresamente<sup>56</sup>, cada una de ellas además siendo eficaz únicamente si no se han flanqueado los límites temporales —*inconcretos*<sup>57</sup>— que en cada caso se indican (art. 31 bis.4 CP):

54 Para tratar de compatibilizar la existencia de esta pena con la prohibición de realizadas acciones futuras, debemos entender que la misma está referida a las demás actividades en cuyo ejercicio no se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

55 En el derogado art. 129.1.a) CP se establecía igual medida y límites, pero añadiendo la posibilidad de que el cierre pudiera ser *definitivo*.

56 Aunque no está así previsto legalmente, no debiera haber problema en que las personas jurídicas se puedan beneficiar del catálogo *general* de circunstancias atenuantes recogidas en el art. 21 CP, siempre que le sean aplicables —porque algunas están pensadas sólo para darse en personas físicas: *v. gr.*, obrar por causas y estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante— y con relación a las cuales el art. 31 bis.4 CP no tenga previsto un tratamiento especial —como sucede con la confesión o la reparación de la víctima—; estamos pensando en la nueva circunstancia 6.ª incorporada al art. 21 CP, con clara trascendencia procesal: la dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa. Con relación a ella *vid.* DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., “La ‘nueva’ atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento”, *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 102, 2010, pp. 45 y ss.; MAGRO SERVET, V., “La regulación específica de la atenuante de dilaciones indebidas en el nuevo art. 21.6 del Código Penal”, *La Ley Penal*, n.º 77, 2010, p. 1 y ss.; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J., “La nueva atenuante por dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento”, *La Ley Penal*, n.º 80, 2011, pp. 1 y ss.; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Regulación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: de la atenuante analógica a la atenuante específica del Código Penal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 15, 2011, pp. 555 y ss.

57 Se han repetido algunos de los previstos con carácter general por el Código en el art. 21 —“antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él” y “en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”—, por lo que habría sido más conveniente fijar límites temporales más concretos e identificables, como ya con relación al texto del Proyecto defenían PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, J., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aspectos procesales de la reforma del Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dtors.), *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal*, Valencia, 2010, p. 24.

a) Haber procedido<sup>58</sup>, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella<sup>59</sup>, a *confesar*<sup>60</sup> la infracción a las autoridades<sup>61</sup>.

b) Haber colaborado la persona jurídica<sup>62</sup>, es de suponer que previa su confesión<sup>63</sup>, en la investigación del hecho aportando pruebas<sup>64</sup>, en cualquier momento del proceso, que fueran *nuevas*<sup>65</sup> y *decisivas*<sup>66</sup> para esclari-

recer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido, en cualquier momento del procedimiento pero siempre con anterioridad al juicio oral, a reparar o disminuir el daño causado por el delito<sup>67</sup>.

d) También antes del comienzo del juicio oral, haber establecido<sup>68</sup> —simplemente<sup>69</sup>— medidas eficaces

58 Pero *quién*, porque como señalan BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., GÓMEZJARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona, 2012, p. 282, hasta que se ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas las posiciones procesales de éstas y de las personas físicas estaban por lo general alineadas, de forma tal que la defensa de la persona jurídica pasaba por la defensa de la persona física. Sin embargo, desde 2010 desde las primeras diligencias procesales se puede plantear un conflicto de intereses y de estrategia defensiva cuando el representante *legal* de la empresa esté implicado personalmente en la comisión de los hechos ilícitos; además, el representante *necesario* no tendrá por qué estar nombrado necesariamente, o estándolo no actúa. Lo más conveniente sería que lo hiciera el Abogado de la persona jurídica, quien transmitirá fielmente la voluntad de su cliente —confesarse— y que en caso de que el representante legal de la empresa llegara a ser imputado no debieran compartir el abogado defensor.

59 Relevante será determinar *cuándo*, y *de qué forma*, tomará conocimiento la persona jurídica que el procedimiento se está dirigiendo contra ella, porque, entre otras cuestiones, a diferencia de las personas físicas, no puede acordarse frente a ella medidas cautelares de naturaleza personal, y parece demasiado restrictivo que este conocimiento sólo pueda tener lugar cuando se le cite para la primera comparecencia, factible además si su domicilio social es conocido.

60 El legislador en 2011 sigue arrastrando el término *confesión* previsto en la regulación originaria del procedimiento ordinario, cuando lo más correcto habría sido referirse a una *admisión de hechos* o a un *reconocimiento de hechos* como los previstos en el art. 779.1.5.ª LECR. Sobre esta cuestión *vid.* por todos PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *El interrogatorio del acusado*, Madrid, 2011.

61 No se especifica *cuáles*, pero cabe entender que además de las policiales y judiciales el precepto permite incluir a las autoridades administrativas, al igual que en la “colaboración” —genérica— de la segunda atenuante, sin que haya que olvidar los problemas que pueden surgir cuando la confesión se haya producido sólo en los procedimientos de inspección en el ámbito administrativo, como *vía* también de eludir sanciones, y se pretenda su eficacia en sede judicial, en la que el art. 24.2 CE reconoce plenamente el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

Más allá de ello, los efectos en uno y otro ámbito difieren importantísimamente, ya que estamos diciendo que en el ámbito penal la confesión es una atenuación, mientras que en el ámbito administrativo sancionador puede llegar a suponer la exoneración de hacer frente a las consecuencias jurídicas. Así se hace en el art. 65 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, con la persona física o jurídica que sea la primera en aportar elementos de prueba *relevantes*.

62 Que de facto adopta una posición, como señalan BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., GÓMEZJARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad...*, *cit.*, p. 282, similar a la de un Fiscal.

63 Coincidimos con GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J., GÓMEZJARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2011, p. 91, nota 115, en pensar que por la redacción y colocación sistemática de las atenuantes parece lógico pensar que en la mayoría de las ocasiones la persona jurídica que confiese la infracción a una autoridad colabore en la subsiguiente investigación del hecho delictivo con la aportación de pruebas en el sentido que indica la atenuante.

64 Con ello se está presuponiendo que la persona jurídica dispone de instrumentos y procedimientos de control interno, bien antes de la comisión de los hechos para cuando estos sucedan, bien porque conocidos los hechos y habiéndose —o no— iniciado las actuaciones judiciales, los crea de manera específica para, entre otras cuestiones, beneficiarse de cara a la fijación en la sentencia de las consecuencias derivadas del delito cometido. Con relación a estas investigaciones internas, las cuales pueden llegar a restringir derechos fundamentales, *vid.* GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso...*, *cit.*, pp. 225 y ss.

65 No se sabe muy bien con relación a qué otras pruebas se tiene que establecer ese parangón de la novedad, aunque lo que sí parece claro es que tienen que ser inculpativas y distintas a las que provocaran su libre absolución.

66 Parece que no se premia la *simple colaboración*, sino el *resultado*, lo cual puede derivar en situaciones injustas, e incluso en incentivar actuaciones que puedan suponer vulneraciones —y renunciadas, indirectamente inducidas— de derechos fundamentales.

67 Aunque no se dice a *quién* hay que reparar, parece que hay que entender que a la *víctima*, la cual en algunos casos será *difusa* y de difícil reparación práctica, puesto que esta atenuante no deja de ser una reiteración de la general recogida en el número 5 del art. 21 CP: haber procedido el culpable a reparar el daño causado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

68 Siguiendo la lógica, en general de la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica y en especial de esta cuarta atenuante y su relación con la segunda, se podría haber optado por incluir una *eximente* si la persona jurídica ha actuado diligentemente porque antes de la comisión de los hechos ya disponía de un adecuado programa preventivo, que aunque falló, una vez que conoció los hechos los reportó a las autoridades competentes y colaboró en su investigación. En este sentido apunta la reforma que está tramitándose del Código Penal, y en la nueva redacción que se le quiere dar al art. 31 *bis* se declara exenta de responsabilidad penal a la persona jurídica

para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica, en cuya determinación será fundamental la práctica de una prueba pericial puesto que la valoración que hay que hacer del *programa de compliance* para el futuro —y de su eficacia— no puede limitarse a su previsión jurídico-formal<sup>70</sup>.

Como podemos ver, estamos ante atenuaciones de la responsabilidad criminal por colaborar con la Administración de Justicia, lo que en casos extremos, debido a su magnitud y eficacia para reprimir algunos delitos corporativos, podría haber dado lugar incluso a pensar en una posible exoneración de la responsabilidad, como de hecho acontece en el Derecho administrativo sancionador<sup>71</sup>; y de paso, se estará estimulando el proceder de las empresas cumplidoras<sup>72</sup>.

### III. ESPECIALIDADES PROCESALES DEL RECONOCIMIENTO DE LA PERSONA JURÍDICA COMO PARTE PASIVA EN EL PROCESO PENAL

Sería un error pensar que hasta 2010 las personas jurídicas han tenido completamente vedado el acceso al proceso penal español en su calidad de parte puesto

que, por una parte, desde el lado activo de la relación jurídico-procesal, cuando han visto afectados sus derechos e intereses en el tráfico económico y en las relaciones jurídicas han podido acceder a los órganos jurisdiccionales competentes reclamando su tutela efectiva sin indefensión, al amparo del art. 24.1 CE, derecho fundamental que se manifiesta como un *ius ut procedatur* y que les permite personarse como acusación particular como titulares del bien jurídicamente protegido por la norma penal y ser sujetos pasivos del delito, e incluso, la acusación popular cuando no sean los ofendidos por el delito (art. 125 CE), si bien en este caso el ejercicio de este derecho constitucional está supeditado a que las personas jurídicas tengan nacionalidad española y presten fianza de la calidad y cuantía que fije el órgano judicial competente; y, por otra, si nos referimos al lado pasivo de la relación jurídico-procesal, debido a que por razones de economía procesal es posible la tramitación conjunta de las pretensiones penales y civiles en un mismo proceso penal, en la sentencia penal que le ponga fin pueden resultar condenadas personas jurídicas como responsables civiles directas<sup>73</sup> o subsidiarias<sup>74</sup>.

---

que cumpla las siguientes condiciones, que será ella quien tendrá que demostrar en un clara inversión de la carga de la prueba y en un claro tensionamiento del derecho fundamental a la presunción de inocencia:

- 1.ª) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza;
- 2.ª) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control;
- 3.ª) los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y;
- 4.ª) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b).

En caso de que estas circunstancias sólo puedan ser acreditadas de manera parcial, las mismas serán valoradas a los efectos de la atenuación de la pena.

69 Sí, porque como bien señala GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal...*, cit., p. 28, poco importa para la aplicación de la atenuación la eficacia de los programas de cumplimiento establecidos con posterioridad a la comisión de los hechos delictivos.

70 Como señala BACIGALUPO ZAPATER, el objeto de esta prueba es el mismo que la requerida para acreditar la no reprochabilidad de la organización, es decir, la no culpabilidad de la organización, estando la única diferencia en la perspectiva temporal: la pericial para acreditar la ausencia de culpabilidad de organización se refiere a un sistema ya existente antes de la comisión del delito imputable a la persona jurídica, mientras que la destinada a evaluar el sistema de prevención futuro que fundamentaría la aplicación de la atenuante se refiere a un programa de *compliance* que todavía no ha sido puesto en funcionamiento (BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y...*, cit., p. 95).

71 De esta opinión son también GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal...", cit., p. 6.

72 Cfr. ECHARRI CASI, F. J., "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", *Diario La Ley*, n.º 7632, 2011, p. 8.

73 Cuando por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito o falta, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación (art. 122 CP).

74 En los cuatro supuestos recogidos en el art. 120 CP:

a) cuando sean titulares de editoriales, periódicos, revistas, estaciones de radio o televisión o de cualquier otro medio de difusión escrita, hablada o visual, por los delitos o faltas cometidos utilizando esos medios;

b) en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción;

Siendo esto cierto, los progresivos intentos por configurar a la persona jurídica como sujeto activo del delito no se han visto completados en su regulación con los necesarios ajustes a realizar en el campo procesal penal, con lo cual esas quiebras del brocardo latino *societas delinquere non potest* que cronológicamente hemos relatado desde el punto de vista de su aplicación por los Tribunales de Justicia han dado lugar a innumerables dudas y problemas procesales.

La necesidad de reformar la vetusta Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 en muchas de sus instituciones y trámites, a la espera de la aprobación de un nuevo Código de Proceso Penal, ya fue puesta de manifiesto por la Fiscalía General del Estado en 2004<sup>75</sup> momento en el cual la persona jurídica *tan sólo* era responsable de manera directa y solidaria del pago de la multa impuesta al autor del delito —persona física— que actuó en nombre o por cuenta de ella.

De igual forma el Consejo General del Poder Judicial en 2006, al informar el Anteproyecto de reforma de Código Penal de 2006 comentó reconocía como si se quería instituir en sede penal la responsabilidad de las personas jurídicas era imprescindible adaptar la regulación del proceso penal español a esta nueva filosofía punitiva, debido a que en la práctica se van a

generar una serie de problemas en cuya resolución no van a bastar las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y del derecho supletorio, en particular las de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>76</sup>, así como la normas legales o contractuales que delimitan el estatuto orgánico particular de la persona jurídica.

Pasados los años se comprueba en la Ley Orgánica 5/2010 cómo no se ha querido sacar ningún provecho de esos *avisos*, puesto que a pesar de que en la misma se efectúan modificaciones a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se hace en materia que nada tienen que ver<sup>77</sup> con los derechos, las garantías y el rol a desempeñar por las personas jurídicas en el proceso penal español. Una vez más, evidenciamos que el legislador español no piensa y trabaja en clave de *sistema penal*<sup>78</sup>: actúa con demasiada frecuencia a golpe de *impulsos*, no siempre muy bien identificados y explicados, y en este caso en particular no se entiende fácilmente como por un lado ha tratado de incluir con fórceps un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en un Código Penal *joven*, pero concebido sobre otros principios, y por otro ha *olvidado* su introducción en un sistema procesal *viejo*, en el que a pesar de las sucesivas reformas que ha sufrido, especialmente en los últimos veinticinco años, sigue estando pensado para

c) cuando se dediquen a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios; y

d) cuando sean titulares de vehículos susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus dependientes o representantes o personas autorizadas.

75 De manera detallada señala como “[l]a asimilación de la persona jurídica responsable ex art. 31.2 CP al imputado implicará la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión. En definitiva habrá de reconocérsele el derecho al proceso debido. Deberá garantizarse la participación de la persona jurídica en el proceso, habrá de incluirse a la misma en el acta de acusación del Fiscal y en el auto de apertura de juicio oral y habrá de admitirse su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Cabrá igualmente exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia” (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 2/2004...*, cit., p. 10).

76 Y como en el caso de la Fiscalía General del Estado había algo más, enumerar algunas de las cuestiones más relevantes que deberían ser objeto de tratamiento jurídico: la capacidad procesal penal de los entes sin personalidad; su representación necesaria en el proceso y también la de las personas jurídicas, ponderando los conflictos de intereses que pueden aparecer con las personas físicas encausadas; la designación de postulantes; el derecho a la defensa gratuita y de oficio de las personas jurídicas y las entidades sin personalidad; la posibilidad de simultanear las posiciones procesales de acusador y acusado; la extensión con o sin matices de los derechos procesales de la persona física a la persona jurídica y a las demás entidades; las particularidades que puede presentar un instrumento procesal tan generalizado como el de la conformidad con la acusación; las condiciones del enjuiciamiento en ausencia y los efectos de la declaración de rebeldía; la posición y los derechos procesales de terceros afectados, como sucede con los socios minoritarios o titulares afectados por la clausura de sus establecimientos; y los efectos de la cosa juzgada material. Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Madrid, 2006, pp. 47 y ss.

77 Contenidas en la Disposición Final Primera, están referidas a la circulación o entrega vigilada (art. 263 *bis* LECR), a la delincuencia organizada (art. 282 *bis* LECR), a la creación de una Oficina de Recuperación de Activos (art. 367 *septies* LECR) y a la realización de pruebas de alcoholemia (art. 796 LECR).

78 Al menos en esta materia, porque en la misma Ley Orgánica 5/2010 se llevado a cabo modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como se evidencia en la Disposición Final Primera.

situaciones en las cuales la posición jurídica de imputado la ocupan una o varias personas físicas. La entrada en el proceso penal de la persona jurídica tiene que ser aclarada *por qué, cuándo y cómo*, y es un error en pensar que basta con asimilar su estatus, bien al de un tercero responsable civil, bien al de la persona física imputada, bien al de un testigo —cualificado—.

Esta anomia de facto deriva en configurar un juez penal que, más allá de su constitucional papel de intérprete y aplicador de normas deba asumir la tarea de crearlas en cada caso, para suplir con ello el abandono o la dejadez consciente o inconsciente del legislador, lo que no parece una base sólida con la que augurar un venturoso futuro, con los mínimos niveles exigibles de seguridad jurídica, a la reforma implantada<sup>79</sup>, lo que dio lugar en la doctrina a plantear un paliativo de urgencia: que la *vacatio legis* de la legislación sustantiva en ma-

teria de responsabilidad penal de las personas jurídicas se condicionara a la entrada en vigor de una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en la cual la persona jurídica fuera considerada como imputada con iguales derechos y garantías<sup>80</sup> a cuando lo son personas naturales, siempre y cuando fuera posible en atención al carácter no personalísimo de las mismas y además el disfrute de los mismos por ambos tipos de personas fuera compatible<sup>81</sup>.

En conclusión, que el modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal se convirtió más que en una *opción* en una *necesidad*<sup>82</sup> si se quería dar cumplimiento a las previsiones de Derecho material<sup>83</sup>, al considerarse no sólo inoperativo y limitado sino poco garantista el realizar una trasposición de los derechos y garantías de las personas naturales a las personas jurídicas, aunque indudablemente sí podría servir principio básico de actuación<sup>84</sup>

79 Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, J., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Aspectos procesales...", *cit.*, p. 19; GARCÍA PÉREZ, J. J., "Cuestiones procesales en la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas", CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal*, Madrid, 2012, p. 4.

80 Este principio de partida, en ocasiones concretas —como en el traslado de la imputación, o en la representación y postulación—, ha derivado en una construcción diferenciada y a la vez más garantista, o en otras menos —por la posibilidad de celebrar juicios en ausencia de la persona jurídica—. Vid. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables", *Diario La Ley*, n.º 7427, 2010, pp. 6 y ss.; ECHARRI CASI, F. J., "Las personas jurídicas...", *cit.*, pp. 1 y ss.; MOTA BELLO, J. F., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista Jurídica de Canarias*, n.º 24, 2012, pp. 65 y ss.; BAJO FERNÁNDEZ, M., FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., GÓMEZJARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad...*, *cit.*, pp. 277 y ss.

81 Con razón señala GÓMEZ COLOMER, J. L., "El enjuiciamiento...", *cit.*, p. 209, que los derechos fundamentales de la persona jurídica aplicable al proceso penal nunca pueden ser excluyentes o colisionar con los de las personas físicas que conforman sus órganos de dirección o que trabajan para ellas, en tanto en cuanto no hay solidaridad entre los acusados y consecuentemente cada una de ellas disfruta por completo de los derechos fundamentales que le son aplicables, aunque sea el mismo derecho, sólo que en un caso se aplica a una persona jurídica y en el otro a una persona física, ambas acusadas en un mismo proceso.

82 Reclamada de forma unánime por la doctrina desde la aparición de los primeros trabajos, incluso referidos a la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 5/2010, recuperando posiciones esgrimidas en las modificaciones previas —aprobadas o intentadas— del Código Penal ya comentadas: DÍAZ PITA, M. P., "Aspectos procesales de los arts. 31 y 129 del Código Penal: ¿*Societas delinquere non potest?*", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 20, 2008, pp. 13 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal...*, *cit.*, pp. 335 y ss.; PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, J., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Aspectos procesales...", *cit.*, pp. 9 y ss.; GASCÓN INCHAUSTI, F., "Consecuencias procesales...", *cit.*, pp. 42 y ss.; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal...", *cit.*, pp. 4 y ss.; PÉREZ GIL, J., "Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas", ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dtors.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 583 y ss.; PORTAL MANRUBIA, J., "La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código Penal", *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2010, pp. 173 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., "*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)", *La Ley Penal*, n.º 76, 2010, pp. 3 y ss.; AA.VV., "Problemática procesal derivada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Diario La Ley*, n.º 7626, 2011, pp. 1 y ss.; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales", *Diario La Ley*, n.º 7625, 2011, pp. 8 y ss.; ECHARRI CASI, F. J., "Las personas jurídicas...", *cit.*, pp. 1 y ss.; MATA BARRANCO, N. J. DE LA, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", JUANES PECES, A. (dtor.), *Reforma del Código Penal. Perspectiva económica tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio. Situación jurídico-penal del empresario*, Madrid, 2011, pp. 87 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., "El enjuiciamiento...", *cit.*, pp. 201 y ss.; URBANO CASTRILLO, E. DE, "Cuestiones procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", PALACIOS CRIADO, M. T., CARBALLO CUERVO, M. A., *Persona jurídica delincente. Especial referencia al artículo 66 bis del CP*, Madrid, 2013, pp. 57 y ss.

83 Como gráficamente ha señalado SILVA SÁNCHEZ, J. M., "La aplicación...", *cit.*, p. 11, "una ley que obvia la dimensión procesal de la imposición de consecuencias sancionatorias a las personas jurídicas no puede producir un cambio cultural como el supuestamente pretendido".

84 Por ejemplo, éste es el criterio seguido, si bien en exclusiva, en el Derecho francés, en el que las personas jurídicas deben de ser tratadas procesalmente y en la medida de lo posible de forma idéntica a las personas físicas, lo que lleva a PRADEL, J., "La responsabi-

y de criterio para subsanar las lagunas que pudieran presentarse en la normativa reguladora. Siendo así, de manera urgente el legislador procesal quiso enmendar el vacío *aprovechando* la tramitación parlamentaria de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, centradas en los órdenes contencioso-administrativo y civil, para incluir un primer artículo en el que se abordaban modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que nada tenían que ver con simplificaciones y agilizaciones sino más bien, como se afirma en la Exposición de Motivos, con el deseo de “garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos”, expresión ambigua y abierta que a la luz del texto reformado suponía focalizarlos de manera monográfica y específica para las personas jurídicas ante su eventual imputación y juzgamiento en un proceso penal compuesto por instituciones, trámites y garantías concebidos con carácter exclusivo para ser aplicados a personas físicas, máxime porque en nuestra Carta Magna no existen menciones expresas sobre que las personas jurídicas sean titulares de derechos fundamentales, si bien su carácter implícito de manera progresiva e individualizada ha sido exteriorizado por la jurisprudencia constitucional<sup>85</sup>.

Como las prisas nunca son buenas, y menos en la actividad legislativa que requiere tiempo y dedicación para que el producto normativo que se obtenga sea lo más completo y coherente posible, la urgencia con la que se hizo frente al ajuste del proceso penal español a la determinación de la persona jurídica como sujeto activo del delito dio lugar a la incorporación de un conjunto limitado de modificaciones, que no alcanzan ni con mucho las requeridas y señaladas por el Consejo General del Poder Judicial, por la Fiscalía General del Estado y por la doctrina especialista en el tema. Por tanto, la insuficiencia de los cambios y la difícil inte-

lección y aplicación práctica de los mismos han centrado las críticas doctrinales surgidas a partir de ese momento, y ha sido la Fiscalía General del Estado quien de manera más completa por medio de una Circular<sup>86</sup> ha dado *su visión* del problema dirigidas a los miembros del Ministerio Público, y por extensión al resto de la comunidad jurídica<sup>87</sup>, a través de diversas pautas interpretativas acerca de qué rol debe tener la persona jurídica en el proceso penal.

En los últimos meses, con los intentos habidos por cambiar de manera total la Ley de Enjuiciamiento Criminal para ajustar el proceso penal a las exigencias fácticas y jurídicas de la delincuencia del siglo XXI, el legislador español ha dejado clara su opción: el régimen jurídico-procesal de la persona jurídica penalmente responsable se va a contener, no en una legislación *especial* —como por ejemplo se hace cuando el infractor es un menor de edad—, sino en el texto procesal penal de referencia, con una regulación de mínimos, dejando en manos de la analogía y de la normativa procesal prevista para las personas físicas delincuentes la solución a las cuestiones no reguladas o a las controvertidas<sup>88</sup>. Así se hizo primero en el “Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal” de 2011, texto bastante continuista<sup>89</sup> con las disposiciones introducidas pocos meses antes en el texto de enjuiciamiento criminal vigente y que por cambios en el gobierno de la nación fue aparca-do *sine die*, y en 2013 con el “Borrador de Código Procesal Penal”, del que desde hace meses se espera que inicie su tramitación parlamentaria —aunque a poco más de un año de la convocaría de elecciones generales parece, que de nuevo, sería de manera inútil— y que en algunas de las cuestiones más relevantes para las personas jurídicas como lo es su representación en juicio formula cambios sustanciales.

---

lidad penal de la persona jurídica”, HURTADO POZO, J., ROSAL BLASCO, B. DEL, SIMONS VALLEJO, R. (coords.), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*, Valencia, 2001, p. 162, a afirmar que el legislador se vio motivado por un evidente antropomorfismo.

85 Vid. ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas...”, *cit.*, pp. 199 y ss.

86 FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, Madrid, 2011.

87 Vid. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La culpabilidad...”, *cit.*, pp. 1 y ss.; AA.VV., “Implicaciones de la elaboración por la Fiscalía General del Estado de la Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, n.º 7758, 2011, pp. 1 y ss.

88 Cfr. URBANO CASTRILLO, E. DE, “Cuestiones procesales...”, *cit.*, p. 4. Sin embargo, tratando de evitar las complicaciones procedimentales —y las dificultades de elaboración normativa— que de manera necesaria se van a producir al intentar regular la situación jurídicoprocesal de personas físicas y jurídicas imputadas lleva a GÓMEZ COLOMER, J. L., “El enjuiciamiento...”, *cit.*, p. 224, a proponer la regulación de un proceso penal especial.

89 En la propia Exposición de Motivos se señala que “[e]sta reforma ya se ha adelantado en el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal, en la que se da nueva redacción a la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal ordenando el tratamiento procesal de la persona jurídica penalmente responsable. En sintonía con dicha regulación se ofrece un tratamiento incardinado en la sistemática de esta ley”.

A continuación abordamos algunas de las cuestiones más importantes que en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal disciplinan el actuar de la persona jurídica en el proceso penal español.

### 1. Jurisdicción, competencia y procedimiento

A) Siempre que un país se enfrenta a la tesitura de tener que investigar y enjuiciar un asunto que tenga un componente objetivo o subjetivo internacional la primera cuestión que surge es cuáles son y cómo tienen que ser aplicados los límites externos e internacionales de la jurisdicción. En esta materia, ha primado siempre la posición tradicional y conservadora de los países conforme a la cual en aplicación de un concepto restrictivo de soberanía se niegan, o al menos se oponen firmemente, a todos los intentos por compartir o ceder su competencia para conocer de aquellos delitos que tengan dimensión transfronteriza, por mucho que la práctica forense determine que estos controles aislados por países de esas conductas han conducido sólo a aumentar la impunidad y a que los ciudadanos recelen de los sistemas de justicia penal por sus niveles de ineficacia<sup>90</sup>. Negativa que también se ha extendido a la ejecución de las sentencias de condena, lo que pensando en personas jurídicas extranjeras es un limitante para cuya superación hay que acudir a los mecanismos de cooperación jurídica internacional.

En materia de jurisdicción, no encontramos ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal ni en la Ley Orgánica del Poder Judicial alusión específica alguna a si las personas jurídicas le son aplicables los criterios de extraterritorialidad de los tribunales españoles, regulados para las personas físicas en los arts. 21 y 23 LOPJ. Un nuevo *lapsus* del legislador que choca con otros tres mandatos legales:

a) el art. 570 quater.3 CP, que declara sujetas al sistema penal español a las organizaciones y grupos criminales que lleven a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentadas o desarrollen su actividad en el extranjero;

b) el art. 301.4 CP en materia de lavado de activos, según el cual el culpable, que ahora sí puede ser una persona jurídica, va a ser castigada aunque el delito del que provienen los bienes, o los actos penados en los artículos anteriores, hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero<sup>91</sup>; y

c) las previsiones de la Ley 1/2008, de 4 de diciembre<sup>92</sup>, limitadas a las personas jurídicas europeas<sup>93</sup>, que en aplicación del principio de reconocimiento mutuo permite que los Estados reciban o transmitan a los otros Estados miembros aquellas resoluciones judiciales firmes por las que se exija el pago de una sanción pecuniaria a una persona jurídica —o física— como consecuencia de la comisión de una infracción penal, lo que sucederá cuando la persona sancionada posea propiedades, obtenga ingresos o tenga su residencia habitual o su sede en otro Estado miembro de la Unión Europea distinto de aquél en el que ha sido dictada la resolución. Mayores problemas se dan cuando se quiera ejecutar una sentencia de condena a una persona jurídica extranjera —y más si no es de un país de la Unión Europea— donde la pena no sea económica sino la intervención, la prohibición de actividades o su suspensión, la clausura de locales o la disolución, en cuyo caso no cabe más remedio que acudir a mecanismos de cooperación judicial internacional.

En términos de estricta legalidad, puesto que el fuero principal es el territorial, mientras no se modifique el art. 23 LOPJ hay que negar la competencia internacional de los órganos jurisdiccionales españoles en procesos por delitos imputables a personas jurídicas —nacionales o extranjeras— cometidos fuera de España por tener allí su sede principal. Como la jurisdicción es improrrogable (art. 9.6 LOPJ) y se rige por normas indisponibles, estamos ante una cuestión analizable de oficio por los órganos jurisdiccionales, quienes deberán resolver de manera motivada con audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes lo procedente, y en caso de no ser la jurisdicción española la adecuada formulará una declinatoria internacional en favor del país que es-

90 *Vid.*, en especial referido a los casos de corrupción, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Enjuiciamiento penal de funcionarios públicos extranjeros por delitos de cohecho: Ejercicio de la jurisdicción y auxilio judicial internacional", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2010, n.º 2, pp. 321 y ss.

91 Sobre el mismo *vid.* FABIÁN CAPARRÓS, E. A., "La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el Derecho español", PÉREZ CEPEDA, A. I. (dtora.), *El principio de Justicia Universal: Fundamento y límites*, Valencia, 2012, pp. 463 y ss.

92 Que transpone la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias, con el fin de garantizar la recaudación por el Estado de residencia de las multas impuestas con carácter definitivo por otro Estado miembro a personas físicas o jurídicas.

93 Por ello, quedan además sin solventar las situaciones que envuelvan a personas jurídicas extranjeras de países distintos a los veintiocho que componen la Unión Europea.

time competente, momento a partir del cual surgirán otro tipo de cuestiones relevantes como si esos hechos son delito en su territorio o si las personas jurídicas son criminalmente responsables.

Tampoco es posible acudir a los principios de personalidad, de protección y de justicia universal *asimilando de facto*, por mucho que haya sido el espíritu del legislador penal, a los representantes, administradores y empleados de las personas jurídicas a las personas naturales infractoras<sup>94</sup>.

B) Con relación a la determinación de los Jueces y Tribunales ordinarios para conocer de los hechos cometidos por las personas jurídicas, tienen prevalencia los del orden jurisdiccional penal frente a los del administrativo<sup>95</sup>, por lo que si son delitos hay que inmediatamente concretar quién puede conocer y fallar sobre el mismo. Aunque es clara la conveniencia de que procesos penales con sujetos penales de esta naturaleza estén especializados y debidamente asistidos por equipos técnicos profesionales<sup>96</sup>, debemos acudir al marco general de distribución de la competencia establecido en el art. 14 *bis* LECR: si el criterio a utilizar es el de la gravedad de la pena señalada al mismo por la ley<sup>97</sup> hay que tomar en consideración la pena prevista en cada delito para la persona física, incluso cuando el procedimiento no se dirija frente a ella y sí contra una o varias personas jurídicas.

La utilidad de esta disposición es clara cuando la ponemos en relación con el art. 14 LECR, el cual fija la competencia *objetiva* para instruir y fallar causas por

faltas y delitos utilizando el criterio del tipo de pena, su cuantía y duración, distribuyéndola entre dos órganos:

a) Los Juzgados de lo Penal, órganos unipersonales encargados del conocimiento y fallo de las causas por delitos que por ley tengan señalada pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de diferente naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años (art. 14.3 LECR). Por tanto, si hemos destacado a la multa como la pena común con la que se va a sancionar penalmente a las personas jurídicas, y si en la fijación de la competencia no se toma en consideración su cuantía, resultará que los Juzgados de lo Penal se convierten en el órgano jurisdiccional por excelencia<sup>98</sup> para enjuiciar a las personas jurídicas, al igual que cuando las penas a imponer puedan ser la suspensión de actividades, la clausura de locales o establecimientos o la intervención judicial, limitadas ambas legalmente a no exceder el plazo de cinco años, o la prohibición de realizar futuras actividades o la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, siempre que las mismas tengan carácter temporal y no superen los mencionados diez años de duración.

b) Las Audiencias Provinciales, órganos colegiados que ven limitada su competencia según el art. 14.4 LECR a los delitos por los cuales las personas jurídicas puedan ser condenadas a penas superiores a diez años

94 Desde hace pocos días distinto es el caso del principio de justicia universal, ya que la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial relativa a la justicia universal, en la reformulación total y restrictiva del art. 23.4 LOPJ en aras a delimitar con mayor claridad, con plena aplicación del principio de legalidad y reforzando la seguridad jurídica, los delitos y las condiciones complementarias que van a permitir que la jurisdicción española puede investigar y conocer de delitos cometidos fuera del territorio en que España ejerce su soberanía, recoge alusiones en varios tipos penales a una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas.

95 Incluso no se ha optado por conceder competencias en esta materia a los Juzgados de lo Mercantil, quizá para no dividir la contienda de la causa y generar situaciones de desigualdad o desconexión temporal en las actuaciones tendentes a exigir responsabilidad penal a las personas físicas.

96 En defensa siempre de esta especialización orgánica de los juzgados y tribunales con relación al enjuiciamiento penal de los delitos económicos *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, E., "Órganos judiciales especializados en criminalidad económica en Europa", MIR PUIG, S., MODOLLELL GONZÁLEZ, J. L., GALLEGU SOLER, J. I., BELLO RENGIFO, C. S. (coords.), *Estudios de Derecho Penal económico*, Caracas, 2002, pp. 183 y ss. En sentido contrario se manifiesta GARCÍA PÉREZ, J. J., "Cuestiones procesales...", *cit.*, p. 10.

97 Por tanto, como siempre hemos defendido en materia de competencia o en la delimitación del ámbito de aplicación de la conformidad, lo importante es la *pena en abstracto* prevista en los tipos penales, y no la *pena en concreto* que pueda formar parte del contenido de los escritos de calificación de cualquiera de las partes acusadoras. Para evitar interpretaciones discrepantes el art. 33.3 ACPP lo deja sentado en su contenido: en la aplicación de los criterios de determinación de la competencia objetiva se tendrá en cuenta la pena máxima en abstracto prevista por la Ley para la persona física.

98 Por este motivo, desde la tramitación parlamentaria de la reforma de 2010, algunos autores abogaban por encomendarles en exclusiva a los Juzgados de lo Penal todas las causas penales por delito en los que estuvieran imputadas las personas jurídicas. *Vid.* PEDRAZ PENALVA, E., PÉREZ GIL, J., CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Aspectos procesales...", *cit.*, pp. 2021.

de duración, es decir, su disolución, la prohibición temporal —hasta 15 años— o definitiva de realizar actividades, y la inhabilitación temporal —también hasta 15 años— 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.

Este criterio cuantitativo y común de la gravedad de la pena, el único que para las personas jurídicas particulariza su tratamiento jurídico la LECR, tiene que ser completado con otros dos criterios que para los procesos penales con personas físicas imputadas son de aplicación, y además con carácter preferente: la cualidad del sujeto imputado y la naturaleza especial del objeto del proceso.

En primer término incide en la determinación del órgano competente un elemento cualitativo: quién es el imputado, y ello porque a determinadas personas físicas, en atención al cargo, profesión u oficio que desempeñan, ven reconocido el privilegio procesal de ser reconocidos como *aforados*, lo que se traduce en una alteración del criterio general en favor de otros dos órganos jurisdiccionales que atraen hacia sí la competencia de todo el litigio<sup>99</sup>: tanto de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (art. 73.3.b LOPJ)<sup>100</sup> y de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 57.1.2.º LOPJ)<sup>101</sup>.

Cuando lo que se considera es la naturaleza y clase de delito a enjuiciar entra en el reparto de la competen-

cia la Audiencia Nacional, con sus Juzgados Centrales de lo Penal y con la Sala de lo penal, repartiéndose el conocimiento de los asuntos con el criterio general de la gravedad de la pena. Si ponemos en relación el listado de delitos por los que se puede exigir responsabilidad penal a una persona jurídica y el art. 65 LOPJ, que marca la competencia objetiva penal de la Audiencia Nacional, comprobaremos como este órgano tendrá que actuar cuando los delitos cometidos sean los de financiación de terrorismo, delitos contra el mercado y los consumidores y delitos de tráfico de drogas o estupefacientes.

Además, si dejamos a un lado alegatos de conveniencia y oportunidad<sup>102</sup> y nos fijamos sólo en las previsiones legales en vigor, la competencia *ratione materiae* es la que también el legislador utiliza en la concreción del ámbito de actuación del Tribunal del Jurado (art. 1.2 LOTJ), que entre otros comprende el cohecho y el tráfico de influencias, ilícitos en los que puede estar implicada una persona jurídica y que por ello también puede ser uno de los procedimientos a seguir en su enjuiciamiento<sup>103</sup>.

La competencia *funcional*, al tener carácter automático y derivado, no presenta ninguna dificultad en su definición práctica al ser determinada con base en el órgano judicial competente objetivamente para conocer de la primera instancia y el tipo de procedimiento en el que se estén desarrollando las actuaciones. En lo más inminente, el desarrollo de la fase de investigación, la

99 Coincidimos con ZARZALEJOS NIETO, J., "La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas", BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J., GÓMEZJARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal...*, cit., p. 147, contrario a que se desglose la causa contra el aforado del proceso principal, ya que de lo contrario se podría perjudicar la integridad del enjuiciamiento y llevar a la actividad probatoria a situaciones desaconsejables, como puede suceder si se llama como testigo en la causa especial a quien es imputado o ha sido condenado en la causa principal.

100 En concreto, la instrucción y el fallo de las causas penales contra jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de su cargo en la Comunidad Autónoma, siempre que esta atribución no corresponda al Tribunal Supremo.

101 En concreto, de la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, Vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidente de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado y Defensor del Pueblo, así como de las causas que, en su caso, determinen los Estatutos de Autonomía.

102 Coincidimos con aquellos que por tratarse de un órgano compuesto por legos que tiene que valorar conflictos penales de gran complejidad critican que por esta combinación de preceptos sustantivos y procesales un Tribunal del Jurado pueda investigar, enjuiciar y condenar a personas jurídicas. Vid. PÉREZ GIL, J., "Cauces para la declaración...", cit., p. 584; GASCÓN INCHAUSTI, F., "Consecuencias procesales...", cit., p. 92; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, entes sin personalidad y de sus directivos. Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Valencia, 2013, pp. 151 y ss.

103 Curiosamente en la reforma legal no se ha efectuado ningún cambio en la Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado, con lo que hay que entender, como bien señala APARICIO DÍAZ, L., "El tratamiento procesal-penal de la persona jurídica tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal", *Diario La Ley*, n.º 7759, 2011, p. 10, que los cambios verificados en la LECR son aplicables, en todo lo que se pueda, al procedimiento penal a desarrollar ante el Tribunal del Jurado, lo cual tampoco es una tarea fácil y automática.

competencia corresponde a los Juzgados Centrales de Instrucción cuando del asunto conoce la Audiencia Nacional y en los demás casos un Juzgado de Instrucción, dejando a salvo las reglas especiales en materia de aforados: lo será uno de los magistrados de las Salas del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo indicadas.

Por último, en lo referido al criterio al que recurre el legislador para individualizar el órgano judicial que teniendo jurisdicción y competencia objetiva tiene que conocer de un conflicto penal por razón del territorio, como en el orden jurisdiccional penal esta competencia *territorial* se determina siempre *ex lege*, al no tener ningún valor jurídico los pactos de sumisión, es de aplicación únicamente el art. 14 LECR, el cual, para las personas físicas, concede la competencia al órgano judicial de la circunscripción donde el delito fue cometido, esto es, que rige el *forum comissi delicti*, regla que en muchas supuestas no será de fácil concreción.

La aplicación de este criterio es posible cuando desde un primer momento en las diligencias están identificadas una o varias personas físicas como responsables de los mismos, pese a que pueden haber cometido los hechos en un lugar diferente a donde la persona jurídica tiene su sede, o una sucursal, o en donde omitió el debido control... Pero cuando en general no se pueda imputar a ninguna persona física continuando las actuaciones sólo contra la persona jurídica habrá que recurrir a los criterios subsidiarios del art. 15 LECR, que por estar también alguno de ellos referidos a la existencia de una persona física —el juez del lugar de su detención, o el de su residencia— en ocasiones no serán de aplicación práctica, de ahí que o bien se hace una interpretación extensiva del término *residencia* para entender incluida la sede social —en España— de la persona jurídica, lo cual no es muy correcto en atención a la naturaleza jurídica de las normas de competencia en el ámbito penal, o bien el legislador debiera incluir en el listado de fueros el de la sede social de la persona jurídica, lo cual además facilitaría la realización de las actividades investigativas relacionadas con la actividad social de la empresa, las relaciones laborales y jurídicas de administradores, representantes y empleados, la existencia y funcionamiento de sistemas de alerta y programas de cumplimiento, etc. En cualquier caso, y salvo que en caso de imputación de personas jurídicas

este criterio también se modificara, al estar ante criterios subsidiarios y prelación entre sí, cuando en el desarrollo de las actuaciones conste el lugar en el que se haya cometido el delito, el Juez o Tribunal que estuviere conociendo de la causa está obligado a inhibirse en favor del competente, poniendo en su caso los detenidos a disposición del mismo y remitiéndole las diligencias y efectos ocupados.

C) La determinación de cuál es el procedimiento adecuado para llevar a cabo el enjuiciamiento de los delitos de los que es responsable una persona jurídica es una cuestión que se resuelve a partir de la apreciación de cuál es la consecuencia jurídica anudada al delito o delitos que conforman el objeto del proceso. Aquí, nuevamente, la diversidad de delitos imputables a una persona jurídica nos abre la pléyade de procedimientos por *delitos*<sup>104</sup> existentes en el proceso penal español:

a) Si atendemos a gravedad de la pena, el cauce a seguir para enjuiciar a las personas jurídicas es, en todos los casos, el procedimiento abreviado, aplicable a los delitos castigados con penas de distinta naturaleza a la privación de libertad, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía y duración (art. 757 LECR).

b) Cuando se produzca una acumulación de procesos y un solo procedimiento tenga que servir para juzgar a personas jurídicas y a sus representantes, administradores o empleados, al poder ser castigados con penas privativas de libertad si la duración de las mismas es superior a nueve años el procedimiento a seguir es el ordinario. Como límite al final de la instrucción habrá que analizar si las actuaciones se dirigen frente a personas jurídicas o físicas, o sólo frente a las primeras por falta de individualización de éstas o por encontrarse en situación de rebeldía, lo que en atención del trámite que se haya seguido hasta ese instante podrá generar un cambio de procedimiento.

c) El proceso penal ante el Tribunal del Jurado será el adecuado cuando como hemos señalado a las personas jurídicas se les imputen los delitos de cohecho o tráfico de influencias, y ello haya o no también imputadas personas físicas (art. 5 LOTJ).

d) Teóricamente posible es que las personas jurídicas puedan ser juzgadas por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos ya que según el ámbito de aplicación del art. 795 LECR, en

104 Dentro de las modalidades procedimentales a seguir quedan excluidos los juicios de faltas en atención a la penalidad de los ilícitos que puede cometer las personas jurídicas, que siempre son *graves* por decisión expresa del legislador en el art. 33.7 CP, debiendo recordar que el art. 13.3 CP señala que las "faltas" son infracciones legalmente castigadas con penas *leves*.

conexión con los tipos penales en los que puede tener participación una persona jurídica, ello es factible en determinados delitos contra la salud pública y en los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, porque además están castigados —para las personas jurídicas— con penas distintas a la prisión cuya duración no exceda de diez años. Sin embargo, ello no basta, porque cumulativamente se exige flagrancia, que se pueda presumir que la instrucción será sencilla y que sean denunciados por atestado policial, lo que en la práctica reduce al máximo la eventual aplicación de este procedimiento.

## 2. Capacidad y legitimación

Para que una persona jurídica pueda resultar imputada en un proceso penal la primera cuestión a determinar por el juez instructor competente es si tiene o no tiene capacidad, en su doble vertiente: *para ser parte pasiva* en el proceso penal si es que ha *nacido* al mundo jurídico por cumplir las exigencias legales oportunas, y *procesal* para poder comparecer en juicio y realizar actos procesales válidos y eficaces en el mismo, lo que debido a su falta de apariencia física obliga a tener que acudir a mecanismos de representación<sup>105</sup>. Sólo después, una vez reconocida esa capacidad, en atención a

su relación directa con el objeto el proceso, si está o no legitimada pasivamente.

En el Código Penal no encontramos una definición de qué se considera que es una persona jurídica, aunque como ya hemos señalado cuando regula las penas (art. 31 bis) o las consecuencias accesorias (art. 129) enumera quienes están afectos a ambas categorías de consecuencias jurídicas y quienes no, dando lugar a un doble régimen jurídico de responsabilidad que teniendo como fin el mismo —reprimir y prevenir las actuaciones de los entes colectivos que sean delitos o faltas— no se entiende por qué privilegia a unas personas frente a otras<sup>106</sup>.

El art. 31 bis.5 CP reconoce *implícitamente* que hay determinadas personas que por tener personalidad jurídica pueden participar en el tráfico mercantil y por tanto ser sujeto de delitos: asociaciones, corporaciones, fundaciones de interés público reconocidas por la Ley, así como las sociedades que se constituyen de conformidad con la ley y que cumplen todos los requisitos necesarios para tener personalidad jurídica propia e independiente de la de sus socios o asociados; y aunque inicialmente fueron excluidos, también los sindicatos y los partidos políticos<sup>107</sup>. Pero aunque ello baste a efectos legales, esta capacidad *legal* de la persona jurídica tendría que ser reforzada por<sup>108</sup>:

105 Con carácter general el art. 7.4 Ley de Enjuiciamiento Civil indica que comparecerán en juicio por las personas jurídicas quienes legalmente —personas físicas— las representen.

106 Por ello concordamos con DE LA MATA BARRANCO cuando afirma que no entiende por qué se trata de forma desigual a las entidades jurídicas que tienen personalidad y las que no las tienen, ya que a éstas últimas, por muy responsables que sean, ni las consecuencias accesorias a imponer son obligatorias ni el régimen sancionador es tan rígido: se prescinde de que incumplan o no obligaciones de control o supervisión, se prescinde de que quien cometa el delito lo haga representando a la sociedad, y se prescinde incluso de que se actúe en provecho de ésta. Cfr. MATA BARRANCO, N. J. DE LA, "La responsabilidad penal...", *cit.*, p. 86.

107 En 2010 en el legislador penal primó el rol que partidos y sindicatos tienen encomendados constitucionalmente al servir de cauce al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas. Sin embargo, debido a la relevancia pública y a la alarma social suscitada por los innumerables casos de corrupción que en España tienen a día de hoy 1.700 causas penales abiertas, en las que están imputados más de 500 políticos y sindicalistas de todo el espectro ideológico, aunque sólo hay 20 personas cumpliendo condena en un centro penitenciario, fueron muchas las críticas de la doctrina y de la sociedad civil que arreciaron frente a la exclusión planteando su supresión y la fijación para ellos, al menos, de la pena de multa y de otras que salvo en los casos más graves no supusiesen ni una suspensión muy alargada de sus actividades ni su disolución; éstas, hay que recordar, que sí podían ser impuestas por aplicación del art. 10 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. Con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica el Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, en general se reforzó la transparencia de la actividad de la administración, y en particular el régimen de responsabilidad de sindicatos y partidos políticos, que pasan a estar incluidos implícitamente dentro del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas al quedar eliminada su exclusión del texto del art. 31 bis.5 CP. Como se señala en su Exposición de Motivos, se pretende superar "la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación, y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos". Como gráficamente señala URBANO CASTRILLO, estamos ante una muy buena noticia porque cada vez van quedando menos *intocables* (URBANO CASTRILLO, E. DE, "Cuestiones procesales...", *cit.*, p. 7).

108 BARONA VILAR, S., "La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España", ONTIVEROS ALONSO, M. (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2014, pp. 80 y ss.

a) una capacidad *de actuación*, esto es, que no basta con la capacidad en abstracto para desarrollar una actividad económica sino que la persona jurídica debe de tener una potencialidad suficiente para afectar a bienes jurídicos que están protegidos por la norma penal, y

b) una capacidad *económica* para, cuando proceda, hacer frente a la consecuencia jurídico penal por excelencia que le puede ser impuesta: la multa.

En sentido negativo y excluyente el art. 31 *bis*.5 CP enumera algunas personas jurídicas, tanto de Derecho público como privado, a las que no son aplicables las disposiciones relativas a la responsabilidad penal, las cuales pueden ser agrupadas de la siguiente forma<sup>109</sup>:

a) Entidades de Derecho público y asimiladas: el Estado, las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, los Organismos Reguladores y las Organizaciones Internacionales de Derecho público, cuya justificación está tanto en la dimensión constitucional que tienen las funciones que ejercen como en que desde un punto de vista práctico el Estado no necesita auto sancionarse en sus propios órganos, puesto que además si lo hiciera las consecuencias económicas de la multa y de otras posibles penas —suspensión, disolución, clausura...— le privaría de los fondos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

b) Entidades estatales mercantiles y ejercientes privados de funciones públicas: las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, las organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas —como los Colegios Profesionales o las Cámaras de Comercio—, y las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general. Aunque con carácter general su fundamento sería similar al del grupo anterior, a los peligros y excesos que ello puede representar obligan a que la jurisprudencia realice una interpretación restrictiva de expresiones como *políticas públicas*, *interés económico general* o *entidades públicas empresaria-*

*les*, para que por medio de alguna de las excluidas no se esté propiciando un cauce para la *huida* del régimen administrativo.

Este régimen de exclusión se cierra con una excepción al mismo tratando de reaccionar frente a comportamientos fraudulentos o abusivos: los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada —*ex novo* y *ad hoc*<sup>110</sup>— por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, lo que obligará al Juez o Tribunal a retrotraerse mentalmente al momento de la creación del organismo para valorar si en sus promotores, fundadores, administradores o representantes concurría —oculto— este objetivo, que por otro lado es difícil pensar que esté presente cuando en su constitución y actuación en el tiempo está implicado directamente el Estado<sup>111</sup>. Estamos, pues, ante una cláusula que trata de proteger las relaciones económicas de estos sujetos que tienen claramente entre sus objetivos el delinquir y obstruir las actuaciones policiales y judiciales tendentes a exigirles responsabilidad penal por las mismas.

El régimen jurídico de la capacidad de las personas jurídicas no puede ser limitado al art. 31 *bis* CP puesto que el art. 129 CP lo completa<sup>112</sup> con relación a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que aunque no tengan personalidad jurídica, se entiende que por no cumplir alguna de las exigencias legales necesarias para su válida constitución, han visto como en su seno se han cometido delitos o faltas, con su colaboración, a través o por medio de ellas. Aquí se pueden incluir a las uniones sin personalidad, las herencias yacentes, las sociedades irregulares, o las fundaciones no inscritas debidamente.

A todos estos entes el Juzgado o Tribunal les puede imponer, no obligatoriamente<sup>113</sup>, pero cuando lo haga

109 AA.VV., Reforma Penal. Memento Experto Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 14-15

110 No se entiende fácilmente el por qué el legislador no ha utilizado un criterio más amplio dejando sin cobertura legal para su incriminación a aquellas personas jurídicas que si bien en su origen fueron creadas de forma legal en cuanto a los fines de actuación marcados pasado el tiempo se han desvirtuado convirtiéndose, de manera exclusiva o no, en una herramienta jurídica y económica para delinquir.

111 De este parecer es GARCÍA ARÁN, M., "Art. 31 *bis*", CÓRDOBA RODA, J., GARCÍA ARÁN, M. (doctores.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid, 2011, pp. 414-415.

112 A decir de RODRÍGUEZ RAMOS, lo que ha hecho el legislador es disimular la materialidad de estos entes con el eufemismo *consecuencias accesorias del delito* y sin estimarles sujeto activo de esos delitos generadores de tal responsabilidad. Cfr. RODRÍGUEZ RAMOS, L., *Código Penal concordado y comentado con jurisprudencia y leyes penales especiales y complementarias*, 4.ª ed., Madrid, 2011, p. 311.

113 Al ser estas medidas de imposición potestativa, a diferencia de las penas a imponer las personas jurídicas por el art. 31 *bis* CP que son obligatorias, se está dando margen para que aumente el arbitrio judicial. Ahora bien, que sea así no quiere decir que no sea coherente dentro de todo el sistema, puesto que no tiene que ser más difícil la persecución de entidades creadas para la comisión de infracciones

sí de manera motivada en la sentencia<sup>114</sup>, una o varias consecuencias accesorias<sup>115</sup> a la pena que corresponda al autor —persona física— del delito, las cuales pueden ser:

a) específicamente de estos entes: la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita; y

b) comunes a las personas jurídicas del art. 31 bis CP: la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales y establecimientos, la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, y la intervención judicial.

Estas consecuencias accesorias sólo se pueden aplicar a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones cuando el Código Penal lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los ilícitos penales por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Por último, destacar como el principio de personalidad de la pena, tal y como tradicionalmente se ha venido entendiendo para las personas físicas, también es objeto de un replanteamiento legal con base no sólo en el origen de estas personas jurídicas —son *creaciones artificiales* del legislador para cumplir fines jurídicos y económicos— sino también en el intento de enfrentar la situación de que se quieran evadir responsabilidades penales a partir de la transformación fraudulenta de una persona jurídica en otra u otras distintas. Por tanto, se parte de la idea de que si es una *ficción jurídica* —por muy necesaria que sea— la equiparación entre la per-

sona física y la persona jurídica o moral, mayor ficción aún sería entender que el concepto de muerte del reo puede extenderse sin problema a la persona jurídica<sup>116</sup>.

En sede de la regulación de la extinción de la responsabilidad criminal y sus efectos, el art. 130.2 CP considera que la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión, con lo que estamos ante un caso claro de sucesión procesal<sup>117</sup>. En cada caso, el órgano jurisdiccional sentenciador podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, considerándose que se dan estas dos situaciones cuando continúe su actividad económica y mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos. Con esta disposición, no es extraño pensar que el legislador haya querido trasladar sobre la persona jurídica *nueva* la carga de probar la falta de conexión entre las actividades comerciales precedentes y las actuales, por lo que la jurisprudencia tendrá que estar vigilante para que una interpretación estricta e injusta en este sentido no se produzca, y menos cuando eventuales nuevos titulares sean terceros de buena fe.

### 3. Postulación procesal, representación e imputación

El derecho de defensa, como garantía procesal fundamental recogido en el art. 24.2 CE, lo tiene reconoci-

penales o que las promuevan que la de sociedades en cuyo seno se haya delinquido por déficit de control. Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal...", *cit.*, p. 3.

114 Y también, como en el caso de las personas jurídicas, el Juez de Instrucción puede acordar como medida cautelar durante la instrucción de la causa, a los efectos establecidos en el art. 129 CP y con los límites señalados en el artículo 33.7 CP, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

115 Sobre ellas sigue manteniéndose el debate acerca de su naturaleza jurídica y de ese carácter accesorio, que no se sabe muy bien frente a quien es esgrimible porque nada se dice si para poder imponer alguna consecuencia accesoria es imprescindible que en paralelo se sancione penalmente a alguna persona jurídica que esté detrás de ellas y que sea autor del delito. A raíz de ello GÓMEZ TOMILLO considera que se está produciendo un "fraude de etiquetas" el llamar medida accesoria a algo que tiene idéntico contenido que las penas en sentido estricto que pueden recibir las *verdaderas* personas jurídicas, a las que incluso se produce una doble alusión expresa en el art. 129 CP. Cfr. GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español*, Valladolid, 2010, pp. 3839.

116 QUINTERO OLIVARES, G., "La extinción de la responsabilidad de las personas jurídicas (art. 130 CP)", QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Pamplona, 2010, p. 117.

117 De la misma nada se dice en la reforma de preceptos procesales por la Ley de Agilización Procesal, pese a la evidencia de que su tratamiento jurídico en la Ley de Enjuiciamiento Civil es difícilmente aplicable, con lo que se pone en riesgo la defensa efectiva de sus derechos e intereses legítimos y la producción de indefensión.

do toda persona —física hasta 2010— a partir de que se le impute un acto punible, e incluso antes, desde que el Ministerio Fiscal realice diligencias preliminares.

De nuevo, el contenido y alcance de este derecho para las personas jurídicas se ha convertido en un tema de la máxima relevancia desde el momento en que las mismas pueden resultar imputadas en unas diligencias penales y a partir de ahí se espera su participación activa en las mismas, protegiendo sus derechos e intereses legítimos.

En un Título relacionado con el derecho de defensa y la asistencia jurídica gratuita en los juicios criminales el legislador concentra en dos preceptos, que en ese momento no tenían contenido, gran cantidad de cuestiones procesales que exceden con mucho del contenido relacionado con la postulación procesal<sup>118</sup>.

En primer término, se da nuevo contenido al art. 119 LECR, recogiendo determinadas exigencias complementarias —y de nada fácil intelección muchas de ellas— a las previstas en el art. 775 LECR regulador del procedimiento abreviado para cuando la primera comparecencia del imputado tenga lugar con una persona jurídica. Y es lógico que sea así porque la toma de conocimiento de que hay un procedimiento que se dirige contra ella nunca va a ser posible a partir de su *detención*.

El órgano judicial instructor va a citar a la persona jurídica en su domicilio social, único lugar posible sin que se consideren para este importante trámite otros lugares relacionados con los representantes legales, los administradores o los órganos sociales de la persona jurídica<sup>119</sup>. A consecuencia de ello, si el domicilio no es conocido —y está radicado en España— la persona jurídica va a ser llamada por medio de una requisitoria, en la que habrá que hacer constar los datos identificativos de la entidad, el delito que se le imputa y su obligación de comparecer en el plazo que se haya fijado, con

Abogado y Procurador —y es de suponer que con un representante—, ante el Juez que conoce de la causa. La requisitoria se publicará en el “Boletín Oficial del Estado” y, en su caso, en el “Boletín Oficial del Registro Mercantil” o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

El prever la publicidad de las resoluciones es una decisión muy correcta y útil para el tráfico económico —y jurídico—, que ya se podría haber hecho extensible en la reforma del Código Penal a los casos en los cuales sobre la persona jurídica se acuerdan medidas cautelares. Y también en materia de publicidad e inscripciones en registros, porque como señaló en su Informe el Consejo General del Poder Judicial la inscripción de la condena en el Registro Central de Penados y Rebeldes puede ser beneficioso para conocer si la persona jurídica ha sido disuelta por sentencia firme o ha sido condenada a la pérdida de algún derecho<sup>120</sup>. Para ello, se hace necesario adaptar el Registro para que se puedan contener los datos específicos para la identificación de personas jurídicas, así como aquellos otros que sean precisos para evitar, en la medida de lo posible, actuaciones fraudulentas bajo la apariencia legal de otras personas jurídicas. Incluso, podría pensarse en un *registro independiente* para las personas jurídicas, conectado con otros registros públicos, donde de manera ordenada y completa se recogieran todas las cuestiones apuntadas.

Una vez que transcurra el plazo fijado y estando *fugada*<sup>121</sup> y sin comparecer la persona jurídica por su representante, su Abogado y su Procurador, se la declarará rebelde, continuando los trámites de la causa hasta su conclusión<sup>122</sup>. Pero no se dice con quién. Como realmente quienes no comparecen son el Abogado y el Procurador —que están obligados—, y eventualmente también el representante específicamente designado, se

118 De forma complementaria se echa en falta el tratamiento jurídico de otras, como sucede con la materia del reconocimiento a la asistencia jurídica gratuita, al menos para las personas jurídicas cuya actualidad jurídica justifica la reforma de su contenido, lo cual tiene su importancia puesto que es sabido lo restrictiva que en esta materia son las previsiones contenidas en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita: sólo pueden llegar a ser titulares del derecho las asociaciones de utilidad pública y las fundaciones inscritas registralmente. Sobre ello *vid.* RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Justicia gratuita: Un imperativo constitucional*, Granada, 2000, pp. 70 y ss.; NIETO GUZMÁN DE LÁZARO, L. F., *Turno de oficio y justicia gratuita*, Madrid, 2008, pp. 72 y ss.

119 No sucede así en el proceso civil, puesto que el art. 155.3.III LEC permite que cuando una demanda se dirige frente a una persona jurídica es válido el domicilio de cualquiera que aparezca como administrador, gerente o apoderado de la empresa mercantil, o presidente, miembro o gestor de la Junta de cualquier asociación que apareciese en un Registro oficial.

120 CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe al Anteproyecto...*, *cit.*, p. 30.

121 GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales...”, *cit.*, p. 64.

122 A pesar de que la LECR es totalmente clara en este asunto, PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, *Diario La Ley*, n.º 7769, 2012, p. 7, es partidario que en la citación de la imputación del ente se le recuerden las consecuencias que conlleva la inasistencia de su representante y que su inactividad frente al proceso no implica la práctica de la diligencia de declaración del imputado, la diligencia de inspección ocular, la prueba anticipada así como la celebración del acto del juicio oral.

puede entender que el órgano judicial se habrá dirigido a los Colegios profesionales para que designen para la persona jurídica acusada un Abogado y un Procurador del turno de oficio<sup>123</sup>. De ser correcta esta interpretación, el legislador se estaría *ahorrando* el tener que determinar cómo proceder cuando la persona jurídica no tenga designado un representante, o cuando teniéndolo no acude, y también cuando lo remueve —de forma voluntaria u obligatoria, como cuando el mismo resulta imputado en el mismo asunto— y no lo cambia, cerrando un poco más el paso a situaciones no muy irreales en las cuales la persona jurídica puede querer abusar de su falta de corporeidad y de su inactividad para designar representante para eludir —o al menos dilatar— la exigencia de responsabilidad penal.

Nada se dice sobre quién es el destinatario de la citación, por lo que habrá que entender que lo será su representante *legal*, esto es, quien o quienes actúan en nombre suyo en el tráfico económico y jurídico general y que en su momento habrá sido designado por los órganos estatutarios, de conformidad con la legislación aplicable a cada una de las personas jurídicas públicas, privadas y mercantiles. Y cuando no se conozca, uno de sus directivos.

La primera actuación a seguir en esa comparecencia será que la persona jurídica libremente designe *ex novo* a un representante, que será quien encarne su capacidad de comunicación<sup>124</sup>; y en buena lógica también será factible que si con anterioridad la persona jurídica ya había designado uno, siendo quien ha venido actuando con esa condición, se permita la reconfirmación en el cargo lo que se verificará además con el correspondiente apoderamiento especial. Estamos, como vamos a comprobar a continuación, ante una institución de la

máxima relevancia hasta el punto de que en la tramitación parlamentaria de la legislación en materia de agilización procesal que ha dado entrada en la LECR a todas estas nuevas disposiciones se suprimió la declaración genérica de inaplicación a las personas jurídicas imputadas de todas aquellas disposiciones que sean incompatibles que con su especial naturaleza, es decir, que el representante va a ocupar físicamente y de manera figurada la posición procesal de imputada de la persona jurídica<sup>125</sup>.

No hay duda que quien hace la designación del representante es la persona jurídica, no tomándose como ejemplo lo que acontece en otros países como Francia donde es el órgano judicial instructor quien lo hace en favor de una persona que cumple el rol similar al de un defensor judicial.

Quién puede ser, y quién no, este representante es una cuestión abierta —para ahuyentar eventuales conflictos de intereses— y flexible —permitiendo cambios a lo largo del desarrollo del procedimiento— y que por ello ha dado lugar a profundos debates, para cuya intelección debemos partir del hecho que esta persona es quien tiene que suplir la falta de apariencia física de la persona jurídica, quien humaniza su presencia en las actuaciones judiciales<sup>126</sup>; es decir, que frente al anterior representante que recibe la citación de la comparecencia y que hemos calificado de *legal* estamos ahora ante un representante *necesario*<sup>127</sup>. Lo único que sí se sabe es que este representante necesario nunca podrá ser quien directamente estuvo involucrado en los hechos enjuiciados y que por lo tanto puede resultar imputado individualmente, generándose un claro conflicto de intereses donde es humano pensar que en su intervención en las diligencias buscará con más ahínco defender sus

123 Solución que se contenía en el Proyecto de Ley y que de manera inexplicable ha desaparecido del texto final aprobado.

124 JUANES PECES, A., "Necesidades...", *cit.*, p. 26.

125 En concreto, se decía que no le eran aplicables:

a) las disposiciones relativas a la declaración de imputado, que no procederá en ningún caso sin perjuicio de las alegaciones por escrito que se puedan presentar por el Abogado, o de cuantas declaraciones de testigos o de personas físicas imputadas sean propuestas por el mismo;

b) las previsiones sobre la declaración del acusado y el ejercicio del derecho a la última palabra en el acto del juicio oral, sin perjuicio de cuanto pueda manifestar el letrado de la entidad en defensa de la misma en su informe final;

c) las referidas a las medidas cautelares de carácter personal —limitadas, entendíamos, a las medidas que se pudieran acordar contra él con base en su responsabilidad directa, y nunca por su estatus en la organización de la persona jurídica—.

126 A consecuencia de la relevancia que ha ganado en la regulación vigente este representante necesario de la persona jurídica, en la tramitación parlamentaria de la legislación en materia de agilización procesal que ha dado entrada en la LECR a todas estas nuevas disposiciones se suprimió la declaración genérica de inaplicación a las personas jurídicas imputadas de todas aquellas disposiciones que sean incompatibles que con especial naturaleza.

127 Como podemos comprobar, cuando la persona jurídica es imputada en un proceso penal va a existir una trilogía de representantes con relación a la misma, el legal, el necesario y el procesal, situación que es calificada por GÓMEZ COLOMER, J. L., "El enjuiciamiento...", *cit.*, p. 222, como *kafkiana*.

propios intereses, incluso a costa de sacrificar los de la persona jurídica a la que representa<sup>128</sup>, generándose por ende una contraposición de posturas defensivas<sup>129</sup> que, como ya hemos hecho indicación, debería pasar por impedir que la persona jurídica y el representante necesario pudieran compartir letrado<sup>130</sup>.

Más allá de ello, las opciones hipotéticas y no negadas legalmente de las que dispone la persona jurídica por medio de los órganos que sean competentes para nombrar al representante necesario según las atribuciones conferidas estatutariamente son:

a) su Abogado, lo que parece que no es muy conveniente<sup>131</sup> no sólo en atención a las funciones diversas que uno y otro van a cumplir en el proceso penal, sino porque además es difícil pensar que el Abogado esté informado al detalle de las circunstancias fácticas y organizativas en las que han tenido lugar los hechos presuntamente delictivos;

b) el representante legal de la empresa, en quien no se da la última limitación expresada con relación al Abogado;

c) otro miembro de la persona jurídica, básicamente quien actúe como administrador de hecho o de derecho, o incluso un empleado, a condición de que el mismo no esté imputado personalmente o que cuando lo vaya a estar, si ello sucede, sea sustituido de inmediato por otra persona;

d) un tercero ajeno a la propia persona jurídica, si bien en este caso su utilidad para la mejor defensa de los intereses de ésta es limitada al ser externa a su orga-

nización y ejercicio de actividad<sup>132</sup>, y además, haberse producido su relación jurídica para actuar en el proceso con posterioridad a la perpetración de los hechos presuntamente delictivos.

Para el procedimiento penal que se vaya a sustanciar la persona jurídica también se pide que nombre un Abogado que le defienda y un Procurador que le represente procesalmente, el cual, además, a partir de ese momento se va a convertir en el receptor de los actos de comunicación posteriores, en sustitución a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose también con él aquellos actos a los que la Ley de Enjuiciamiento Criminal asigna carácter personal.

Si la persona jurídica no nombra Abogado y Procurador *de confianza* en este trámite, derecho del que será informado por el órgano judicial, éste le hará la advertencia que se procederá a su designación de oficio, siendo en este caso informada la persona jurídica de los profesionales que en concreto le van a defender y representar. Y aunque nada se dice, cuando ello suceda estaremos ante una situación perfectamente reversible, es decir, que nombrado Abogado y Procurador de oficio la persona jurídica los podrá hacer sustituir por otros a su criterio, una vez liquidados sus honorarios y superados los trámites establecidos legalmente.

Esta eventual designación de oficio a instancia del Juzgado o Tribunal se convierte en un importante reto para los Colegios profesionales, que deberán disponer de Abogados y Procuradores especializados y capacitados, para que puedan hacer *efectivo* el derecho de

128 Con relación a la posibilidad de que la persona jurídica —o socios minoritarios, o incluso terceros— se persone en las actuaciones, incluso como parte acusadora, *vid.* BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción”, BANACLOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J., GÓMEZJARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal...*, *cit.*, pp. 184 y ss.; GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso...*, *cit.*, pp. 135 y ss.

129 De manera sorprendente la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011...*, *cit.*, p. 19, aboga por que en los casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos —piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societárias—, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, se impute tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*.

130 Este mismo criterio es defendido por la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011...*, *cit.*, p. 82, justificándolo para evitar que se produzca con la defensa de un solo abogado una *esquizofrenia procesal*.

131 Aunque en la tramitación legislativa fue una opción que se valoró, como analiza DOPICO GÓMEZALLER, para quien al *cargarle el mochuelo al abogado defensor* lo que se pretendía claramente era crear una visión formalista de la presencia procesal de la persona jurídica con la cual se simplificaba la personación, se eliminaba la necesidad de abordar problemas como la declaración de la persona jurídica (quien en el Proyecto inicial no tenía que prestar declaración) o el derecho a la última palabra; incluso, eliminaba de raíz posibles tácticas dilatorias de la empresa tales como no designar representante, designar cada vez uno y que el nuevo apelase a su ignorancia respecto a lo actuado hasta ese momento, etc. (DOPICO GÓMEZALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, *Diario La Ley*, n.º 7796, 2012, p. 7). Por su parte GÓMEZ COLOMER, J. L., “El enjuiciamiento...”, *cit.*, p. 214, lo niega para que el Abogado no se convierta en un *socio* o en un *empleado* más de la empresa. Sin embargo, MORAL GARCÍA, A. DEL, “Aspectos procesales...”, *cit.*, pp. 271 y ss. lo contempla como una opción factible.

132 Por este motivo APARICIO DÍAZ, L., “El tratamiento procesalpenal...”, *cit.*, p. 12, la califica como *decorativa* la eventual presencia de ese tercero como representante.

defensa de las personas jurídicas en procesos penales, que por lo general serán muy complejos y técnicos. Cuestión distinta a este nombramiento de oficio es quien debe remunerar a estos dos profesionales, porque más allá del pronunciamiento que en la resolución final se pueda producir en materia de costas al no tener reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita las personas jurídicas en el proceso penal —salvo limitadísimas excepciones ya comentadas—, negación de un derecho constitucional que genera una clara indefensión y que vulnera el principio de igualdad<sup>133</sup>, serán ellas mismas las que tengan que pagar los honorarios devengados por sus actuaciones procesales.

Hay que destacar como a pesar de que en todo el régimen jurídico de la presencia de la persona jurídica en el proceso penal pivota sobre la figura de este representante necesario, al igual que sucede en otros ordenamientos jurídicos, al final no se considera esencial su presencia jurídica y fáctica: la falta de su designación no impedirá la sustanciación del procedimiento penal frente a la persona jurídica con el Abogado —y el Procurador—, sin importar la forma en la cual hayan sido designados —por el cliente o de oficio a instancia del órgano judicial— estos dos operadores legales. Con esta decisión, claramente el legislador ha buscado hacer frente a las actitudes obstruccionistas de la persona jurídica en caso de que no designara —o reconfirmara— a ese representante, o que lo hiciera sin el preceptivo poder especial que le habilite para actuar.

Esta comparecencia se va a practicar con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada, acompañado del Abogado de la entidad. Hay que entender que este representante sólo actuará válidamente si la persona jurídica lo ha apoderado de una manera específica ante las eventualidades que se puedan presentar en la comparecencia por la imputación de la persona jurídica y en los trámites subsiguientes; además que ese representante previamente habrá con-

sensuado con el Abogado defensor la estrategia defensiva que van a plantear en favor de su cliente. Una vez más, únicamente es considerada esencial la presencia del letrado, puesto que la inexistencia al acto del representante no impide su celebración con el Abogado.

Además de servir para designar al representante, al Abogado y al Procurador, esta primera comparecencia judicial tiene una finalidad esencialmente ilustrativa: el representante de la persona jurídica imputada —o cuando proceda al Abogado— va a ser informada por el órgano judicial de los hechos que se imputan al ente, lo cual puede hacerse efectivo facilitándole un escrito o entregándole una copia de la denuncia o querrela presentada frente a la persona jurídica. Teniendo este contenido concreto y limitado la comparecencia no cabe pensar que en la misma se va a poder tomar declaración a la persona jurídica imputada a través de su representante, diligencia que es objeto de regulación en un trámite posterior regulado en el nuevo art. 409 *bis* LECR.

A partir del nuevo contenido del art. 120 LECR el representante necesario va a ver ampliado su papel en el proceso penal puesto que será él quien por mandato legal o por autorización del órgano judicial tenga que estar presente, en lugar de la persona jurídica imputada, en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada. A estas actuaciones puede asistir solo o acompañado del letrado designado, una opción nada realista en la práctica porque inmediatamente después se reitera que mientras es potestativa la presencia del representante, es obligatoria la del Abogado defensor: ante la incomparecencia del primero se celebrará sólo con él el acto de investigación o de prueba anticipada.

Desde el momento en que la persona jurídica actúa por medio de su representante en el proceso ha perdido razón de ser que para tomar conocimiento de su actividad ésta pueda presentar alegaciones escritas. Por ello, estando ya imputada la persona jurídica el órgano jurisdiccional va a tomar declaración al repre-

133 La propia FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Circular 1/2011...*, *cit.*, pp. 8990, se limita a constatar la falta de cobertura legal de justicia gratuita para las personas jurídicas apoyándose en la STC 117/1998, de 2 de junio, que les niega el derecho con base en dos argumentos: primero, el carácter prestacional y de configuración legal del derecho, lo que le da un amplio margen de actuación discrecional al legislador; y segundo que las personas jurídicas constituyen una creación del legislador, de forma tal que su existencia y su capacidad jurídicas vienen supeditadas a lo previsto en las leyes, lo cual no supone una diferencia de trato con las personas físicas, al tratarse de realidades diferentes que permiten y justifican un trato desigual. A todas luces el mantenimiento de este criterio supone colocar a las personas jurídicas que pudieran cumplir con los presupuestos legales previstos a las que sí se les reconoce —básicamente, de conformidad con el art. 3.5 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que carezca del patrimonio suficiente lo que acontece cuando el resultado contable de la entidad en cómputo anual fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples— en una clara situación de desigualdad y de indefensión, máxime en el proceso penal donde la defensa y la asistencia de letrado es un derecho constitucional y además fundamental, que de manera urgente debería hacer meditar al legislador ordinario, por mandato constitucional del art. 119, a repensar su criterio restrictivo para las personas jurídicas, que mantiene en el Proyecto de Ley de Asistencia Jurídica Gratuita ingresado en el Parlamento el pasado 4 de marzo de 2014.

sentante especialmente designado por ella, asistido del Abogado. Es una declaración que va a estar dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A esta declaración le será de aplicación todo lo dispuesto en los arts. 385 a 409 LECR, salvo en lo que sea incompatible con su especial naturaleza. Además, de manera expresa, se reconoce a la persona jurídica, como imputada que es, los derechos constitucionalizados a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable<sup>134</sup>, de los que puede hacer uso de manera explícita, pero también implícita no compareciendo ante el órgano judicial: la incomparencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar. Y en este caso, al ser un acto personalísimo del imputado, lo que no se hará es tomar declaración al Abogado, que ve limitado su actuar a la dirección material de la defensa de la persona jurídica imputada.

#### 4. Medidas cautelares

A partir del momento en el que se haya procedido a imputar a una persona jurídica le podrán ser impuestas, a decir del art. 544 *quáter* LECR, las medidas cautelares previstas en el Código Penal. En este punto, para ser más respetuosos con el derecho de defensa de la persona jurídica, de los dos momentos procedimentales que en teoría podrían concretar este mandato legal, esto es, cuando se le cita para informarle que ha sido imputada y cuando se le toma declaración sobre los hechos relacionados con dicha imputación, parece aconsejable que con carácter general la adopción de las medidas cautelares debiera producirse en el segundo momento<sup>135</sup>.

Ya hemos señalado que según el art. 33.7.III CP dentro del catálogo de las penas aplicables a las personas jurídicas se abre la opción para que el instructor de la causa pueda acordar en el periodo de investigación, por el tiempo necesario y de manera proporcional a las circunstancias del caso, como me-

didias cautelares de naturaleza personal la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

Siendo clara la finalidad perseguida, y la necesidad de su previsión para garantizar la efectividad de la tutela judicial sin que para ello se pueda limitar la libertad ambulatoria a una persona que no detenta la misma por su configuración legal, podemos recelar de varias cuestiones:

a) la regulación de instituciones procesales en la normatividad sustantiva, por mucho que la técnica legislativa utilizada sea la de la remisión a las consecuencias jurídicas imponibles a las personas condenadas, cuando además, una vez se acrediten los dos clásicos presupuestos del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, tendrá que ser la propia LECR la aplicable para determinar el procedimiento a seguir en su imposición y revisión: se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas, y resolverá por medio de un auto el cual es recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente debido a la trascendencia que tiene para el futuro de la empresa;

b) la falta de indicación expresa de si esas son todas las medidas posibles a acordar frente a una persona jurídica; es decir, que son medidas *específicas* de carácter personal que dejan a salvo la adopción de otras *generales* de naturaleza real recogidas en la LECR y desarrolladas en su contenido, procedimiento y alcance en la LEC, tales como la fianza, el embargo, las anotaciones preventivas, etc., sobre las que nadie duda de su utilidad y conveniencia en hechos punibles relacionados con personas jurídicas, en particular por ser menos invasivas para el imputado pudiendo igualmente lograr el efecto de aseguramiento del riesgo<sup>136</sup>, y

c) la no inclusión de la afirmación expresa —que sí se preveía en el Proyecto— de que nunca le podrán ser impuestas en su calidad de representante de la persona jurídica medidas cautelares de carácter personal, objetivo que ahora parece querer alcanzar el legislador limitando las medidas personales a aque-

134 Vid. OUBIÑA BARBOLLA, S., LÓPEZ JIMÉNEZ, R., "La regulación de la persona jurídica imputada en el proceso penal: modelos a debate", *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 34, 2014, pp. 47 y ss., que contrapone a la opción legislativa tomada el modelo en el que la persona jurídica imputada no declara.

135 Cfr. PALACIOS CRIADO, T., "Breve introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Supuestos delictivos", AA.VV., *Persona jurídica delincuente...*, cit., p. 29.

136 DOPICO GÓMEZALLER, J., "Proceso penal...", cit., p. 9.

llas que sólo se pueden acordar frente a las personas jurídicas.

Queda claro entonces que todas las medidas cautelares personales o reales recaen sobre la misma persona jurídica, sus elementos patrimoniales y la actividad que desarrolla en las relaciones económicas<sup>137</sup>.

### 5. Domicilio de la persona jurídica, y entrada y registro en sus sedes

Como el art. 545 LECR prevé la inviolabilidad del domicilio de españoles o extranjeros residentes en España<sup>138</sup>, protegiéndolo de cualquier entrada sin consentimiento<sup>139</sup> de su titular salvo en los casos y en la forma prevista expresamente en las leyes, las cuales se ocupan de regular las entradas y registros por resolución judicial<sup>140</sup>, ha habido que adicionar un nuevo número al art. 554.4.º LECR para fijar qué se entiende por domicilio de las personas jurídicas *imputadas*<sup>141</sup> a estos efectos: el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, en cuya concreción se pueden dar tres situaciones:

- a) que se trate de su domicilio social,
- b) que sea un establecimiento dependiente, o
- c) que sea un lugar en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria, siempre y cuando esos elementos estén reservados al conocimiento de terceros.

### 6. Intervención en el juicio oral y posibilidad de realizar juicios en ausencia

La presencia de la persona jurídica en el juicio oral ha tenido que ser también prevista por la LECR, tratando de matizar las previsiones generales pensadas para procesos penales con personas físicas y siendo coherente con el resto de disposiciones que ya hemos comentado. Por ello, la reforma se ha centrado básicamente en volver a hacer precisiones en torno a cuestiones de representación y postulación en el art. 786 *bis* LECR.

En primer término se dice que si quien ha resultado acusada es una persona jurídica, *puede* hacerse representar por una persona que especialmente designe, justificando esta decisión en que ese representante necesario contribuirá al mejor ejercicio de su derecho de defensa. Pese a la parquedad de lo afirmado, se nos suscitan varias cuestiones que están por resolverse.

Aunque está redactada en términos potestativos esa designación —*podrá*—, entendemos que la misma es una obligación para que actúe *físicamente* por la persona jurídica en el juicio; o cuanto menos *ab initio*, tal y como hemos comentado con ocasión de la realización de la primera convocatoria, y ya será decisión de la persona jurídica si lo nombra —y a quién— o no, sabiendo, de lo cual es apercibida legalmente y por el propio órgano judicial, que la no designación o su incompa-

137 De manera detallada *vid.* SEGURA RODRIGO, M., “Medidas cautelares respecto de las personas jurídicas: posibilidades y límites en el proceso penal”, AA.VV., *Persona jurídica delincente...*, *cit.*, pp. 11 y ss.

138 El marco jurídico de la inviolabilidad del domicilio tiene rango constitucional, por cuanto el art. 18.2 CE reconoce el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, de forma tal que ninguna entrada y registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito. En coherencia con ello, el art. 203 CP tipifica como delito a quien entrare contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público fuera de las horas de apertura, y también al que con violencia o intimidación entrare o se mantuviere contra la voluntad de su titular en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

139 En principio *expreso*, pero incluso también *presunto*, por cuanto el art. 551 LECR dispone que se entenderá que presta su consentimiento aquél que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que lo permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto, sin invocar la inviolabilidad reconocida constitucionalmente.

140 La flexibilización del derecho a la inviolabilidad del domicilio viene recogida en los arts. 546 y 550 LECR, conforme a los cuales el Juez o Tribunal que conozca de la causa podrá decretar la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en el domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, siempre y cuando hubiere indicios de encontrarse allí efectos o instrumentos del delito, o libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación. En estos casos, en primer término se requerirá al titular que para que preste su consentimiento, y a falta de él el instructor tendrá que dictar un auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado. Incluso, de manera excepcional se habilita en el art. 553 LECR para que los agentes de Policía puedan proceder de propia autoridad a entradas y registros sin previa autorización judicial, a condición de dar cuenta inmediata de este proceder al Juez competente, con indicación de las causas que lo han motivado y de los resultados obtenidos en el mismo.

141 Nos parece de todo punto acertada la matización que efectúa URBANO CASTRILLO, E. DE, “Cuestiones procesales...”, *cit.*, p. 14: al utilizarse para la situación procesal de la persona jurídica el término de imputación se está excluyendo que esta diligencia se pueda practicar con relación a personas meramente investigadas o sospechosas, y por lo tanto tiene que ser una causa abierta en la que esté imputada —judicialmente— la persona jurídica.

recencia al acto de la vista no impedirá su celebración con el Abogado y el Procurador de la persona jurídica, cuya presencia sí es obligatoria y cuya ausencia podría motivar la suspensión del juicio oral<sup>142</sup>. A nuestro juicio ambas ausencias tienen que ser injustificadas: la del representante, porque si no estaríamos minusvalorando el protagonismo que a lo largo de toda la ley se concede a este representante, y la del Abogado y el Procurador porque aunque no se diga nada si el órgano judicial aprecia una actitud obstruccionista de cara a impedir el correcto desarrollo de las actuaciones siempre podrá dirigirse a los Colegios profesionales de Abogados y Procuradores instándoles a que designen de oficio dos profesionales para la defensa y representación de la persona jurídica.

El motivar esta designación *en el mejor ejercicio del derecho de defensa* no se alcanza a comprender, salvo que se esté refiriendo con ello el legislador a los actos personalísimos que sólo en persona el acusado puede llevar a cabo. Incluso, abre dudas de qué relación se establece entre el representante y el Abogado y el Procurador que lo son de la persona jurídica y no de él, ya que actúa no en defensa de sus derechos e intereses propios —no es el acusado— sino con relación a los de la persona jurídica acusada. Esta situación planteada hace que si están presentes en la vista pública los tres habrá que aquilatar perfectamente qué rol tiene que desempeñar cada uno de ellos. Únicamente podemos pensar que esta vinculación expresa de la defensa de los intereses de la persona jurídica por el representante puede obedecer a la eventualidad de que la persona jurídica no haya nombrado Abogado y Procurador y ambos juristas hayan sido designados de oficio, en los términos previstos en el nuevo art. 119 LECR.

Se pide que el representante sea *especialmente* designado para las actuaciones a desarrollar en el juicio oral, a pesar de lo cual nada debe impedir, sino todo lo contrario, que este representante siga siendo el mismo que el que eventualmente se designó en fase de instruc-

ción para la comparecencia del art. 775 LECR. Abogamos porque salvo renovación expresa o designación *ex novo*, ni tan siquiera sea necesario efectuar una ratificación del nombramiento previo. El único obstáculo que se no se puede sortear es que el representante no puede ser una persona que haya sido citada judicialmente para declarar en la vista como testigo<sup>143</sup>, situación que no se da en la fase de investigación.

El representante va a ocupar en la sala de vistas el lugar reservado a los acusados. Y va a ser él quien va a poder declarar en nombre de la persona jurídica siempre que se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio. Justamente ante la posibilidad de que el representante necesario disfrute como parte pasiva del proceso penal de estas garantías procesales, quien incluso puede mentir, ha hecho que el legislador haya tratado de frenar el abuso de la persona jurídica quien para limitar los efectos de la investigación puede designar como representante a quien tiene conocimiento de los hechos cuya declaración le podría perjudicar a ella y, en ocasiones al propio representante que después de testificar puede ver cómo se le cambia su condición procesal por la de imputado a título individual. Estamos, pues, ante una decisión legislativa en la que se da prioridad a la represión y en la que no se otorga la suficiente dimensión al derecho fundamental que la persona jurídica tiene a acceder al juicio debidamente representada para contribuir a la mejor defensa de sus intereses, situación que podría solventarse caso a caso con aplicación de la teoría de la prohibición del fraude procesal recogido en el art. 11.2 LOPJ: si en la designación del representante no se aprecia fraude se ha de permitir que el designado comparezca como tal aun cuando se le hubiera llamado al proceso como testigo, para así no restringir indebidamente el derecho de defensa de la persona jurídica<sup>144</sup>.

142 Esta clarificación de la no producción de efectos suspensivos del desarrollo de la vista oral es objeto de reiteración con el añadido que se hace como párrafo final al art. 746 LECR. Por tanto, aunque sea de manera indirecta, se vuelve a enfatizar una vez más que la designación y presencia del representante de la persona jurídica es una opción en la estrategia defensiva que ésta se marque. Este comentario sirva para desvirtuar, en parte, la trascendencia del cambio en la dicción del precepto que se ha producido en la tramitación parlamentaria, puesto que en el Proyecto primero eximía a la persona jurídica acusada de tener que acudir a juicio con una persona física que le represente, si bien expresamente le daba la opción de poder hacer esa designación, en el entendido que en el acto del juicio oral lo único verdaderamente necesario es la presencia del Procurador y del Abogado de la persona jurídica acusada.

143 No habría estado de más que se hubiera mantenido en este punto la limitación complementaria que se fijaba en el trámite parlamentario: tampoco podrá designarse a quien deba tener cualquier otra intervención en la práctica de la prueba, como por ejemplo como perito.

144 Vid. LLORENTE SÁNCHEZARJONA, M., "La persona jurídica en el proceso penal. Un análisis desde la perspectiva procesal", *Revista General de Derecho Procesal*, n.º 29, 2013, p. 19; MORAL GARCÍA, A. DEL, "Aspectos procesales...", *cit.*, pp. 298 y ss.; PÉREZ

Por último, hacer indicación de que cuando el procedimiento adecuado sea el abreviado el art. 786.1 LECR en primer término señala como obligatoria la presencia del acusado y de su abogado defensor para que válidamente se pueda desarrollar el juicio oral, si bien a continuación señala varios presupuestos que en caso de darse cumulativamente permiten la celebración del *juicio en ausencia*: ausencia injustificada del acusado que hubiera sido debidamente citado, solicitud del Fiscal o de una parte acusadora para que el juicio se celebre, audiencia a la defensa del acusado, existencia de elementos suficientes para el enjuiciamiento, y que la pena solicitada no exceda de dos años de privación de libertad o en caso de que fuera de distinta naturaleza que su duración no sea superior a los seis años. Por lo tanto, ante la secuencia de soluciones dadas por el legislador legalmente está permitido que cuando una persona jurídica sea imputada el juicio oral se puede celebrar sin su representante y sin el Abogado y Procurador que haya libremente designado, es decir, que si pueden haber juicios en ausencia siempre y cuando se den los presupuestos exigidos para el procedimiento abreviado; cuestión distinta es la *oportunidad* de hacerlo cuando sin estar el representante y por no comparecer el Abogado y el Procurador al juicio oral quienes vayan a actuar por la persona jurídica sean un Abogado y un Procurador de oficio, que poco sabrán de la causa de y de la misma persona jurídica, por lo que su defensa distará mucho de ser efectiva.

## 7. Conformidad de la persona jurídica

Aunque la exigencia de responsabilidad penal a las personas físicas —y ahora jurídicas— en el proceso penal español se rige por el principio de legalidad procesal, en los últimos veinticinco años ha existido en

nuestro país, como en todos los de nuestro entorno jurídico<sup>145</sup>, por dar cabida a diversas manifestaciones del principio de oportunidad<sup>146</sup> en pro de alcanzar mayores cotas de eficacia en la persecución penal de los ilícitos y reducir la litigiosidad en el orden penal<sup>147</sup>. Con base en este planteamiento, asentado sin problemas en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador<sup>148</sup>, si tomamos en consideración las consecuencias jurídicas de las conductas de las que puede ser responsable una persona jurídica, en especial la multa y la duración de algunas de las otras penas, es muy posible que el representante necesario de ésta contacte con el Fiscal o se dirija al Juez o Tribunal para que dicte sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, en la expectativa, o la certeza en el caso de los juicios rápidos donde legalmente hay una rebaja automática de un tercio de la pena, de recibir un trato material y procesal más favorable a sus intereses, aunque sea a costa de renunciar a importantes principios y garantías constitucionales<sup>149</sup>. Estamos, pues, no ante una confesión o una admisión de hechos propios, sino ante la asunción de una culpabilidad por parte del ente a través de su representante<sup>150</sup>.

En efecto, el art. 787 LECR señala como tope para que la conformidad manifestada por el acusado produzca efectos jurídicos que la pena pedida no exceda de seis años de privación de libertad, por lo que *en teoría* cualquiera de las penas establecidas en el nuevo art. 33.7 CP, por ser de naturaleza diversa, serían susceptibles de ser objeto de la conformidad; sin embargo, dudamos que la jurisprudencia rechazará las declaraciones de conformidad de la persona jurídica acusada cuando la pena más grave de las pedidas por las acusaciones sea la disolución. En este punto, concordamos con aquellos que piensan que aunque sea difícil de ima-

ESTRADA, M. J., "La imputación de las personas jurídicas: cuestiones procesales", CUESTA ARZAMENDI, J. L. DE LA (dtor.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2013, p. 375.

145 Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Salamanca, 1997; ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y en América*, Madrid, 2012.

146 Incluso por potenciar  *fácticamente*  y en los Anteproyectos de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y de Código de Proceso Penal de 2013 legislativamente la mediación penal, a nuestro juicio no aplicable a las personas jurídicas, posición que no es unánime en la doctrina. Vid. GARCÍA ARÁN, M., "Reparación a la víctima y mediación en la delincuencia económica", MUÑOZ CONDE, F., LORENZO SALGADO, J. M., FERRÉ OLIVÉ, J. C., CORTÉS BECHIARELLI, E., NÚÑEZ PAZ, M. A. (dtors.), *Un Derecho Penal comprometido. Libro Homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia, 2011, pp. 449 y ss.; BARONA VILAR, S., "La persona jurídica...", *cit.*, pp. 104 y ss.

147 Vid. FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Libro Blanco del Ministerio Fiscal 2013*, Madrid, 2014, pp. 27 y ss.

148 Vid. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal...*, *cit.*, p. 161, quien destaca como en España —y en la normativa de la Unión Europea—, para la sanción de los cárteles se ha adoptado un modelo de clemencia con los chivatos basado en la teoría de juegos y en el dilema del prisionero, de gran utilidad para el Estado en la detección de los ilícitos y en la desestabilización de las organizaciones, grupos o conciertos de voluntades criminales o ilegales, cuya cohesión se resiente al quedar minada la confianza entre sus miembros.

149 Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal*, Barcelona, 1997.

150 MORAL GARCÍA, A. DEL, "Aspectos procesales...", *cit.*, p. 301.

ginar en la práctica esta situación para la persona jurídica, el espíritu de la norma en todas las versiones de la conformidad —en el procedimiento ordinario, en el abreviado, en los juicios rápidos, en los procesos ante el Tribunal del Jurado, o incluso en el proceso de menores— es que no pueda ser admitida cuando la pena con la cual tiene que conformarse el acusado es de especial gravedad, lo que aquí sucede por cuanto para la persona jurídica hablar de su disolución equivale a provocar su muerte jurídica y económica<sup>151</sup>.

Como en el ordenamiento procesal penal español no hay una conformidad, sino *varias* en atención al procedimiento y al momento en el que cual se vaya a manifestar, en el análisis de esta manifestación del principio de oportunidad siempre vamos a tener que considerar la regulación de los arts. 655, 688 y ss., 779.1.5.<sup>a</sup>, 784.3, 787 y 801 LECR, y 50 de la Ley del Jurado. Más allá de ello, el legislador ha querido particularizar en el art. 787.8 LECR algunos aspectos de esta institución para el caso de que quien acuda a la misma sea una persona jurídica, y como lo ha hecho sólo en este precepto algunos<sup>152</sup> consideran que en el procedimiento abreviado quedan automáticamente excluidas otras vías de conformidad, como la prevista en el art. 779.1.5.<sup>a</sup> LECR<sup>153</sup>.

En primer lugar, siendo por definición la conformidad un acto personalísimo del acusado, en el caso de la persona jurídica no podía ser otro sujeto que el representante necesario quien tenga la encomienda de expresar al órgano jurisdiccional su conformidad. Es el único al que le está permitido legalmente hacerlo: el representante *especialmente designado*, que en concreto será quien en el trámite procedimental en el que tenga que prestarse la conformidad esté presente en las actuaciones, que puede ser el mismo que vino actuando desde que se imputó a la persona jurídica o cualquier otro que lo haya sustituido por circunstancias diversas: pérdida de confianza, su imputación a título individual, desavenencias con el Abogado defensor en el diseño y ejecución de la estrategia defensiva, su citación como testigo, inasistencia a la comparecencia o al juicio oral

sin consentimiento de los representantes legales de la empresa, etc.

Debido a la trascendencia de esta declaración para el desarrollo del procedimiento —que termina de manera truncada y acelerada— y para las consecuencias jurídicas que se recojan en la sentencia de condena —que serán en poco o en mucho rebajadas en su cuantía, duración o forma de ejecución—, así como la renuncia a derechos y garantías constitucionales sacrificadas en pro de la celeridad y los mutuos beneficios que la conformidad comporta, el representante tiene que tener:

a) desde un plano material, la autorización expresa de los órganos de gobierno de la persona jurídica para que en función de cómo se estén desarrollando las actuaciones judiciales lo más conveniente para su futuro procesal sea la declaración de conformidad, y ello porque el representante lo que va a hacer al usar esta institución es reconocer hechos ajenos a él, en los que han tenido participación personas físicas que en caso de que sean identificadas e imputadas puede que ellas mismas nieguen su responsabilidad y no quieran declararse conformes, renunciar a una presunción de inocencia de otra persona y aceptar penas que no le afectan a ella sino a la persona jurídica; y

b) desde un plano formal, en el poder de representación tiene que tener contenido el mandato para efectuar declaraciones de conformidad en esa causa en concreto, puesto que nada impide que ese mismo representante actúe como tal en otros litigios penales presentes y futuros que pueda tener la persona jurídica sin para para todos ellos baste un único poder, y menos con concesión de facultades genéricas. Y aunque nada se dice, hay que pensar que el mismo órgano judicial tendrá que estar vigilante y comprobar de oficio la suficiencia y validez del poder para esa causa penal<sup>154</sup>.

Estamos, pues, ante un representante que actúa de *volcero* de la voluntad en concreto de la persona jurídica, ya que por mucho que se le exija estar apoderado especialmente es poco realista entender que sin acuerdo de los órganos estatutarios pueda aceptar penas como las

151 GASCÓN INCHAUSTI, F., "Consecuencias procesales...", *cit.*, p. 95.

152 APARICIO DÍAZ, L., "El tratamiento procesal penal...", *cit.*, p. 14.

153 Se permite que el acusado, asistido de su Abogado, antes de que se dicte el auto de procedimiento abreviado pueda *reconocer los hechos* a presencia judicial siempre que fueran constitutivos de delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de diez años —por tanto, nunca cuando sea la disolución—, lo que dará lugar a que el juez instructor convoque inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personales para que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado, que en caso de ser así provocará la incoación de diligencias urgentes y se seguirán las actuaciones por los trámites previstos para los juicios rápidos en los arts. 800 y 801 LECR.

154 Esto era lo que sí estaba previsto que hiciera el Juez o Tribunal en el proyecto legislativo, cuando quien prestaba la conformidad era el Procurador, debiendo comprobar previamente la suficiencia y validez del poder, hecho del que pendía la eficacia jurídica de la declaración de conformidad en el sentido de que con posterioridad no se requería ningún acto complementario de ratificación.

previstas en el art. 33.7 CP, entre ellas no lo olvidemos, la disolución de la propia persona jurídica. En definitiva, que su actuación en el trámite de conformidad debe realizarse en interés de la sociedad, respetando su deber de lealtad y fidelidad hacia la misma, sin que ello reporte un beneficio propio o de terceros<sup>155</sup>. Incluso, como salvaguarda, se puede hacer una interpretación amplia del art. 787.7 LECR para que cuando se abra la vía de impugnación porque, o bien no se han respetado los requisitos y términos de la conformidad, o bien porque el acusado no ha prestado libremente la conformidad, se pueda hacer uso de ella si el Procurador ha llevado a cabo comportamientos desviados y desleales con la voluntad de la persona jurídica, contradiciendo incluso las facultades que le ha conferido en el poder especial.

Como, por una parte, hemos indicado que este representante es la única persona actuante en juicio que según el art. 787.8 LECR puede prestar la conformidad, quedan sin resolver los casos en los cuales ese representante no ha sido designado, o si lo fue no ha comparecido ante el órgano judicial, y además que las actuaciones judiciales se pueden desarrollar sin él, solamente con el Abogado y el Procurador —de confianza, o en su defecto de oficio—, no tendría sentido que por hacer una interpretación literal del precepto la persona jurídica perdiera la oportunidad de en función de cómo se vayan desarrollando las actuaciones beneficiarse de una declaración de conformidad. Hay que entender que para resolver estas situaciones es perfectamente rescatable la opción que tomó el legislador en el proyecto legislativo, bien es verdad que porque en aquél momento la presencia y/o declaración del representante no estaba ni tan siquiera prevista: la conformidad podrá ser prestada por el Procurador, en nombre de la persona jurídica, si en el poder especial de representación que a su favor se tiene que extender por el órgano de gobierno de la persona jurídica consta de manera expresa la facultad de conformarse en defecto de presencia en juicio del representante necesario<sup>156</sup>.

De lo dicho hasta ahora pareciera que el Abogado de la persona jurídica nada tiene que decir de la eventual conformidad manifestada por el representante necesario o, cuando este no actúe, por el Procurador. No debiera de ser así porque con su presencia puede controlar

los *excesos* en los que pudiera incurrir el Procurador —o el representante—, que *traslada* la voluntad de la persona jurídica pero también la *compromete* con su manifestación. Por tanto, el Abogado tendrá que cerciorarse de que esa es la real voluntad de la persona jurídica, y debería ser él quien incluso previamente le informara de los efectos que se derivan de la misma. Actuando de esta manera la conformidad formaría parte de la estrategia defensiva de la persona jurídica consensuada —o al menos informada— entre los órganos directivos, el representante necesario, el Procurador y el Abogado.

Ante la posibilidad de que se hayan producido excesos o desvíos, existen dos mecanismos de corrección:

a) el Abogado, al ser aplicable a esta conformidad de las personas jurídicas los demás requisitos establecidos en el art. 787 LECR para las personas físicas, y entre ellos el ser una declaración de voluntad que para producir efectos jurídicos tiene que ser manifestada conjuntamente por el acusado y por su defensor (art. 787.4.II LECR), tiene en su mano el *arma* de mostrar su desacuerdo con la conformidad afirmada por el acusado al considerar necesaria la continuación del juicio, lo que sucederá si el órgano judicial competente estima fundada esta petición;

b) si hacemos una interpretación amplia del art. 787.7 LECR para que cuando se abra la vía de impugnación porque, o bien no se han respetado los requisitos y términos de la conformidad, o bien porque el acusado no ha prestado libremente la conformidad, se pueda hacer uso de ella si el representante o el Procurador han llevado a cabo comportamientos desviados y desleales con el querer de la persona jurídica, contradiciendo incluso las facultades que les había conferido en el poder especial.

Cuando el lado pasivo procesal lo ocupa únicamente una persona jurídica todo lo afirmado hasta aquí refleja el suceder de los hechos y los efectos jurídicos derivados de los mismos: declaración de conformidad, control de su legalidad y dictado de sentencia de condena. Sin embargo, el legislador ha tenido que prever qué hacer en caso de que existan pluralidad de acusados, cuestión que tiene su trascendencia por cuanto los arts. 655.IV y 697.II LECR ordenan la continuidad del juicio cuando los procesados —personas físicas— sean

155 PORTAL MANRUBIA, J., "La persona jurídica...", *cit.*, p. 180.

156 Pero sólo en este caso, porque lo que no tiene sentido es pedir que expresen su voluntad el representante y el Procurador —cosa que en ninguna de las otras conformidades sucede en ningún supuesto— acerca de la conformidad si el primero está en las actuaciones; en caso de que así se hiciera, si verdaderamente ambos son vehiculizadores de la voluntad de la propia persona jurídica no tendría que haber discrepancias entre ellas, ni entre ellas y el Abogado defensor.

varios y no todos manifestaren igual conformidad. La solución a adoptar estará condicionada por quiénes sean esas acusadas:

a) si todas son personas jurídicas, la conformidad de cada una de ellas es autónoma e independiente y la eficacia no estará supeditada a que todas ellas adopten una estrategia común;

b) por el contrario, si concurren personas jurídicas con personas físicas haciendo una interpretación literal de los preceptos indicados todos ellos deben manifestarse conformes, porque en caso contrario el juicio oral deberá seguir con sus trámites, solución que no nos parece adecuada si nos aferramos a la filosofía de la reforma en la que desde un inicio se ha querido desvincular el tratamiento jurídico de ambos tipos de personas, por

lo que abogamos porque se aplique el art. 787.8 *in fine* LECR: la conformidad de la persona jurídica podrá realizarse con independencia de la posición jurídica que adopten el resto de acusados

Por último, si bien es cierto que en la conformidad lo único que hace el acusado es concordar con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que la defensa haya podido redactar de común acuerdo con el Ministerio Fiscal, *implícitamente* late la idea de que con esta declaración de voluntad está reconociendo los hechos o se está confesando culpable<sup>157</sup>, expresamente se introduce la matización de que la conformidad de la persona jurídica no tendrá efectos vinculantes en el juicio que se celebre con aquellos que no se han declarado conformes.

---

157 De hecho así sucede con una de las manifestaciones de la conformidad previstas en el art. 688 LECR para emitirse en el proceso penal ordinario, cuando el Presidente del Tribunal pregunta a cada uno de los acusados si se confiesa reo del delito que se le haya imputado en el escrito de calificación.