

La persona jurídica como parte pasiva del proceso penal

Ana María Neira Pena

Tesis doctoral realizada bajo la dirección de los profesores
Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín y
Xulio Xosé Ferreiro Baamonde

Año 2015

Área de Derecho Procesal

**Programa Oficial de Doctorado en Derecho
regulado por el RD 1393/2007, de 29 de Octubre**

Programa de FPU financiado por el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Resumo/Resumen/Abstract/Riassunto

Resumo

Co definitivo derrubamento do principio *societas delinquere non potest* no ano 2010, as persoas xurídicas pasaron a ser susceptibles de auténticas penas. Dado que o proceso penal é a única forma apta para a imposición de tales sancións, faise preciso realizar unha labor hermenéutica, a fin de adaptar a xustiza penal a esta nova parte pasiva do proceso. Neste senso, hai que ter en conta que tanto o Dereito Penal como o Dereito Procesual, historicamente, foron concibidos para asignar e axuizar responsabilidades individuais polo que a irrupción das persoas xurídicas obriga a adaptar modelos, de natureza esencialmente antropomórfica, a entidades de natureza ficticia e incorpórea.

As esenciais diferenzas ontolóxicas entre persoas físicas e xurídicas pugnan coa necesidade de establecer un estatuto xurídico procesual único para a parte pasiva do proceso penal. A este respecto, é preciso respectar o dereito do inculpado a un xuízo con toda-las garantías, evitando situacións de indefensión, constitucionalmente prohibidas, pero sen caer nun mimetismo acrítico entre a persoa humana e non humana, que descoñeza a súa especial e dispar natureza.

Resumen

Con el definitivo derrumbamiento del principio *societas delinquere non potest* en el año 2010, las personas jurídicas han pasado a ser pasibles de auténticas penas. Dado que el proceso penal es la única vía apta para la imposición de tales sanciones, es preciso realizar una labor hermenéutica en orden a adaptar la justicia penal a esta nueva parte pasiva proceso. En este sentido, hay que tener en cuenta que, tanto el Derecho Penal como el Derecho Procesal han sido, historicamente, concebidos para asignar y enjuiciar responsabilidades individuales por lo que la irrupción de las personas jurídicas obliga a adaptar modelos de naturaleza esencialmente antropomórfica a entes de naturaleza ficticia e incorpórea.

Las esenciales diferencias ontológicas que existen entre las personas físicas y las jurídicas pugnan con la necesidad de establecer un estatuto jurídico procesal único para la parte pasiva del proceso penal. En este sentido, es preciso respetar el derecho del inculpado a un proceso con todas las garantías, evitando situaciones de indefensión, proscritas constitucionalmente, pero sin caer en un mimetismo acrítico entre la persona humana y no humana que desconozca su especial y dispar naturaleza.

Abstract

With the definitive collapse of the *societas delinquere non potest* principle (legal entities cannot be held criminally responsible) in 2010, individuals have become liable to veritable penalties. Given that the criminal process is the only suitable way for imposing penalties, hermeneutic work needs to be undertaken to adapt this process to its new liability element. In this regard, we must bear in mind that both Criminal Law and Procedural Law have, historically, been designed to attribute and prosecute individual liability, therefore the emergence of legal entities means the models, which are essentially anthropomorphic in nature, need to be adapted to fictitious and disembodied entities.

The essential ontological differences existing between legal entities and individuals struggle with the need to establish a single procedural legal status for any person liable to criminal proceedings. In this regard, the right of every charged person to a trial with full guarantees must be respected, avoiding situations in which parties are left without defence, constitutionally proscribed, but without falling into an uncritical mimicry between the legal entity and the individual, which does not acknowledge their special and disparate nature.

Riassunto

A seguito del definitivo superamento del principio *societas delinquere non potest* nel 2010, le persone giuridiche sono diventate anch'esse potenziali destinatari di vere e proprie sanzioni penali. Considerato che il processo penale è l'unica via percorribile ai fini dell'imposizione di tale tipologia di sanzione, diventa allora necessario procedere ad un'attività ermeneutica della procedura penale vigente, volta ad adattarla a questa nuova categoria di parti processuali. In quest'ottica, bisogna tenere conto del fatto che, tanto il diritto penale sostanziale quanto quello processuale, sono stati storicamente concepiti al fine di giudicare la responsabilità di individui in carne ed ossa, sicché l'ingresso delle persone giuridiche costringe ad adattare il modello processuale, pensato per destinatari dal carattere antropomorfo, ad enti di natura immateriale e incorporea.

Le fondamentali differenze ontologiche esistenti tra persone fisiche e giuridiche confliggono con la necessità di stabilire un statuto giuridico processuale unitario, valido per qualunque soggetto rivesta la posizione di indagato/imputato nel procedimento. In tale ottica, occorre da un lato rispettare le garanzie dell'equo processo, evitando violazioni del diritto di difesa, costituzionalmente illegittime; dall'altro lato, al contempo, occorre evitare di equiparare acriticamente persone fisiche e giuridiche, disconoscendo le innegabili peculiarità e specialità di queste ultime.

*A mis padres, a Jessy y a mi hermana Sandra
por su inestimable e incondicional apoyo.*

Agradecimientos

Me gustaría que estas líneas sirvieran para expresar mi más sincero y profundo agradecimiento a todas aquellas personas que, de una forma u otra, han hecho posible la realización de este trabajo.

En primer lugar, quisiera agradecer a mis directores, Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín y Xulio Ferreiro Baamonde, las horas invertidas en este estudio, así como sus correcciones, recomendaciones, consejos y críticas que, sin duda, han supuesto una mejora sustancial del resultado final del mismo.

Quisiera mostrar mi agradecimiento, así mismo, a la Profesora Patricia Faraldo Cabana por toda la ayuda prestada, así como por el ánimo infundido y por la confianza que siempre ha depositado en mí.

Así mismo, quisiera dar las gracias a aquellas personas que me han ayudado y apoyado durante las dos estancias realizadas en el extranjero, la primera en Italia, bajo la supervisión del Prof. Giulio Illuminati, de la Universidad de Bolonia, y la segunda en Estados Unidos, bajo la tutela del profesor Luis E. Chiesa, de la Universidad de Búfalo. Me gustaría hacer extensiva mi gratitud a ambos, por su acogida y su ayuda, así como a la Profa. Jessica Tillipman, de la George Washington University, a la Profa. Sara Sun Beale, de la Duke University, al Prof. Stephen P. Garvey, de la Universidad de Cornell y muy especialmente al Prof. Emilio Viano, de la American University y a la Profa. Barbara Wejnert, de la Universidad de Búfalo.

Quisiera agradecer su apoyo, igualmente, al personal de la biblioteca de la Facultad de Derecho, así como al personal de reprografía de la Universidade de A Coruña, por su amabilidad, su simpatía y por el excelente servicio y atención prestados a lo largo de estos años.

Por último, un agradecimiento muy particular, merecen, por su paciencia, su comprensión, su confianza incondicional en mí y su ánimo, mi familia y amigos, especialmente mis padres y Jessy Viqueira San José. Sin vosotros no lo habría conseguido. Gracias de corazón.

Índice

Índice.....	13
Abreviaturas.....	29
Introducción.....	33
Introduzione.....	39
Reflexiones preliminares.....	45
Capítulo 1. Los presupuestos procesales y el objeto del proceso penal seguido frente a una persona jurídica.....	53
I. La jurisdicción y la transnacionalidad propia de la criminalidad económica.....	55
1.- Planteamiento.....	55
2.- La transnacionalidad propia de la criminalidad de empresa.....	56
3.- La extensión y los límites de la jurisdicción española en los procesos penales seguidos frente a personas jurídicas.....	60
3.1.- El principio de territorialidad.....	60
3.1.1.- La teoría del resultado para determinar el lugar de comisión del delito.....	65
3.1.2.- La teoría de la actividad y el defecto de organización como elementos constitutivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	66
3.1.3.- La conexidad no sirve como criterio determinante de la jurisdicción.....	69
3.2.- Los criterios de persecución extraterritorial de los delitos.....	72
3.2.1.- El principio de la nacionalidad activa: las entidades “españolas” que delinquen en el extranjero.....	74
3.2.1.1.- Los grupos multinacionales y el principio de personalidad.....	81
3.2.1.2.- Problemas que plantea el principio de nacionalidad aplicado a las personas jurídicas y propuestas de <i>lege ferenda</i>	85
3.2.2.- El principio de defensa de los intereses nacionales.....	88
3.2.3.- El principio de justicia universal.....	89
4.- Los conflictos entre jurisdicciones.....	91
5.- Recapitulación.....	95
II. La competencia y la determinación del ámbito objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	98
1.- Planteamiento.....	98
2.- El ámbito objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	99
3.- La posible creación de órganos especializados.....	106
4.- Los criterios de distribución de competencias: la competencia objetiva, territorial y funcional.....	111
4.1.- La competencia objetiva.....	112

4.1.1.- Competencia objetiva ordinaria o común: por razón de la gravedad de las penas	113
4.1.1.1.- Antes de la reforma introducida por la LMAP.....	114
4.1.1.2.- La regla de competencia derivada del 14 bis LECrim	119
4.1.1.2.1. - Las ventajas del art. 14 bis LECrim.....	120
4.1.1.2.2.- Las críticas al 14 bis LECrim.....	122
4.1.2.- La competencia objetiva por razón de la materia.....	126
4.1.2.1.- El Tribunal del Jurado.....	126
4.1.2.2.- La AN y los Juzgados Centrales	132
4.1.3.- La competencia objetiva por razón de la persona	134
4.2.- La competencia territorial	136
4.3.- La competencia funcional	142
5.- Las causas de abstención y recusación como garantía del derecho a un Juez imparcial	142
5.1.- La hipótesis de incompatibilidad del Juez llamado a juzgar a la persona física y a la persona jurídica en procesos distintos.....	143
5.2.- La lista tasada de causas de abstención y recusación y su interpretación a la luz de la garantía de la imparcialidad	146
6.-Recapitulación	147
III. Capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación y ámbito subjetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	149
1.- Planteamiento	149
2.- La capacidad de las personas jurídicas para ser parte pasiva en el proceso penal	151
2.1.- El ámbito objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su limitada capacidad para ser parte.....	155
2.2.- El ámbito subjetivo de la responsabilidad penal y la personalidad jurídica como criterio determinante.....	156
2.2.1.- La definición de persona jurídica a efectos penales.....	158
2.2.2.- La exclusión de la Administración y de otras personas jurídicas de naturaleza pública.....	159
2.2.3.- La exclusión inicial de los partidos políticos y los sindicatos	171
2.3.- Los entes sin personalidad como sujetos pasibles de consecuencias accesorias.....	173
2.3.1.- La falta de idoneidad de la personalidad jurídica como criterio determinante de la responsabilidad penal. El caso de los entes sin personalidad y de las sociedades pantalla.....	174
2.3.2.- Supuestos problemáticos de entes sin personalidad excluidos de la regulación	177

2.3.3.- El estatuto jurídico procesal de los entes sin personalidad	180
2.4.- Las sociedades pantalla	187
3.- La capacidad procesal.....	193
3.1.- ¿Quién representa a la persona jurídica en el proceso?.....	195
3.1.1.- La situación previa a la LMAP	195
3.1.1.1.- El representante legal como representante defensivo	196
3.1.1.1.1.- El potencial conflicto de intereses entre la entidad y sus representantes legales coimputados.....	199
3.1.2.- La situación legal posterior a la LMAP	210
3.1.2.1.- La indeterminación del representante defensivo en la LECrim	210
3.1.2.2.- La fungibilidad del representante defensivo. Posibilidad de cambiar al representante a lo largo del proceso	212
3.1.2.3.- Sujetos que pueden ostentar la condición de representante defensivo de la entidad	215
3.1.2.3.1.- La falta de idoneidad de los postulantes para actuar como representantes defensivos	215
3.1.2.3.2.- La incompatibilidad para ser representante de quien es llamado como testigo	217
3.1.2.3.3.- La posible actuación como representante defensivo del sujeto personalmente investigado o encausado por los mismos hechos	222
3.1.2.3.4.- La idoneidad del <i>compliance officer</i>	225
4.- El control de los presupuestos procesales de las partes.....	230
5.- Legitimación.....	234
6.- Recapitulación	237
IV. Las responsabilidades de la persona física y la persona jurídica: entre la autonomía y la dependencia.....	240
1.- Planteamiento	240
2.- El sistema de responsabilidad vicarial y la relativa autonomía de las responsabilidades de la persona jurídica y sus agentes.....	241
3.- Las dificultades para conjugar el modelo de responsabilidad vicarial con el enjuiciamiento autónomo del ente	253
4.- La determinación del objeto del proceso: entre la unidad y la pluralidad.....	257
4.1.- La relación participativa de la persona física y la persona jurídica en el delito	259
4.2.- La unidad o pluralidad de delitos	261
4.3.- La unidad o pluralidad de hechos punibles	262
4.4.- La duplicidad de objetos procesales y la determinación del objeto del proceso instaurado frente la persona jurídica	265

5.- La conexidad entre ambos objetos procesales.....	268
6.- El enjuiciamiento conjunto o separado de ambos objetos procesales	272
6.1.- Ventajas y desventajas del enjuiciamiento conjunto.....	277
6.2.- La posibilidad de acumulación o separación de procedimientos	280
6.2.1.-La ampliación subjetiva del objeto del proceso o la reunión de procedimientos	281
6.2.2.- La posibilidad de formar piezas separadas.....	283
6.3.- Las consecuencias de la separación de ambos procesos en sendos procedimientos	285
7.- Recapitulación	287
Capítulo 2. La instrucción de las causas penales seguidas frente a las personas jurídicas	289
I. Formas de iniciación del procedimiento penal. El principio de legalidad y el principio de oportunidad en las causas criminales seguidas frente a las personas jurídicas	291
1.- Planteamiento	291
2.- El principio de legalidad y el principio de oportunidad en los procesos frente a las personas jurídicas	294
2.1- Introducción. El clásico debate entre los principios de legalidad y de oportunidad.....	294
2.2.- Las ventajas y desventajas del principio de oportunidad en los procesos frente a las personas jurídicas.....	300
2.2.1.- Ventajas del principio de oportunidad en las causas seguidas frente a las personas jurídicas	300
2.2.1.1.- Evitación de los daños colaterales y reputacionales	300
2.2.1.2.- Fomento de la autorregulación y de la implementación de programas de cumplimiento normativo	304
2.2.1.3.- Fomento de la cooperación con la justicia	306
2.2.1.4.- Satisfacción de los fines de la pena y del interés público en la fase pre-procesal.....	308
2.2.1.5.- Ahorro de recursos públicos.....	309
2.2.2.- Críticas a la introducción del principio de oportunidad en las causas frente a las personas jurídicas.....	310
2.2.2.1- Los daños colaterales derivados del juicio penal no son exclusivos de las personas jurídicas ni previsible.....	310
2.2.2.2.- Riesgos de discriminación e inmunidad para las grandes empresas ..	314
2.2.2.3.- La efectiva persecución penal de las personas jurídicas es incentivo suficiente para la implementación de programas de prevención delictiva	316
2.2.2.4.- Riesgo de convertir la justicia penal en un mecanismo de chantaje institucionalizado para forzar la cooperación.....	319

2.2.2.5.- Riesgo de erosión de la fuerza preventiva del Derecho Penal	320
2.2.2.6.- Inversión de recursos públicos acorde con el potencial lesivo de la criminalidad de empresa.....	321
2.3.- Las soluciones preprocesales como alternativa a una acusación formal. Especial mención a los DPAs y NPAs americanos.....	322
2.4.- A modo de conclusión: los riesgos de americanización del proceso penal español.....	328
3.- La iniciación del proceso penal frente a las personas jurídicas.....	333
3.1.- La denuncia de las personas jurídicas. Los canales de denuncia internos y la denuncia pública.....	333
3.1.1.- Whistleblowing interno y autodenuncia.....	336
3.1.2.- Whistleblowing externo o denuncia ante la autoridad pública	341
3.1.3.- La problemática de las denuncias anónimas	345
3.2.- La interposición de querrela y el ejercicio de la acción penal por particulares. Especialidades en el caso de las personas jurídicas.....	346
3.2.1.- La acción particular y la determinación de las víctimas de los delitos imputables a las personas jurídicas.....	347
3.2.2.- La acción popular y las críticas a su aplicación en los procesos seguidos frente a las personas jurídicas.....	349
4.- Posibilidad de la persona jurídica de simultanear las posiciones de acusador y acusado.....	355
4.1.- Posibilidad de que la persona jurídica imputada se constituya como acusación popular o particular frente a la persona física coimputada por los mismos hechos.....	356
4.2.- Posibilidad de que la persona jurídica imputada se constituya como actor civil en el proceso frente a la persona física coimputada por los mismos hechos	363
5.- Recapitulación	363
II. La adquisición de la condición de investigado y encausado por parte de la persona jurídica y el ejercicio del derecho de defensa durante la instrucción penal	367
1.- Planteamiento	367
2.- Momento idóneo para la imputación.....	368
2.1.- La imputación autónoma de la persona jurídica. Adquisición de la condición de investigado o encausado por parte de la persona jurídica.....	376
2.2.- La imputación ¿simultánea o sucesiva? de persona física y jurídica	379
2.3.- Imputación en el caso de operaciones estructurales de transformación, fusión, absorción o escisión o de disolución aparente.....	386
3.- Recapitulación	391

III. El Estatuto jurídico-procesal de la persona jurídica. La titularidad de los derechos procesales por parte de la persona jurídica imputada 393

1.-Planteamiento	393
2.- Presupuestos para determinar el estatuto jurídico procesal penal de la persona jurídica imputada	398
2.1.- La persona jurídica como titular de derechos fundamentales	399
2.2.- Criterios de atribución de los derechos procesales penales propios del sujeto pasivo del proceso penal a la persona jurídica.....	401
3.- Analogías y desemejanzas entre el estatuto jurídico procesal de las personas físicas y las personas jurídicas en su condición de sujetos pasivos del proceso penal.....	410
3.1.- Posturas doctrinales sobre la analogía entre el estatuto jurídico procesal del sujeto pasivo del proceso penal, persona física y persona jurídica.	410
3.2- Una conclusión de equilibrio a la cuestión del estatuto jurídico procesal de la persona jurídica imputada y su analogía con la persona física.....	418
4.- Determinación de los derechos procesales que le corresponderían a la persona jurídica en su condición de parte pasiva del proceso penal	420
4.1.- El derecho de defensa.....	421
4.1.1.- La autodefensa	424
4.1.2.- La defensa técnica o el derecho a la asistencia letrada	429
4.1.2.1.- Las posibilidades de defensa conjunta de la persona física y la persona jurídica y el potencial conflicto de intereses	433
4.1.2.2.- El secreto profesional del abogado de la persona jurídica o del abogado de empresa	438
4.1.2.2.1- Definición y naturaleza del secreto profesional del abogado.....	438
4.1.2.2.2.- Fundamento y ámbito objetivo de protección del secreto profesional del abogado.....	440
4.1.2.2.3- La Jurisprudencia del TJUE sobre la confidencialidad de las comunicaciones con el abogado interno.....	444
4.1.2.3- El derecho de asistencia jurídica gratuita.....	448
4.2.- El derecho a la presunción de inocencia	456
4.3.- El derecho a no autoincriminarse o a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.....	461
4.3.1.- La titularidad del derecho a no declarar por parte de las personas jurídicas en el Derecho extranjero.....	463
4.3.2.- La controvertida extensión del derecho a no declarar a las personas jurídicas	464
4.3.2.1.- Argumentos en contra del reconocimiento del derecho a las personas jurídicas	464

4.3.2.1.1.- El fundamento iusnaturalista del derecho y la concepción de la entidad como una creación artificial.....	464
4.3.2.1.2.- Argumentos históricos que atienden al origen del derecho	466
4.3.2.1.3.- Por la relación del derecho a no declarar con la dignidad humana, la libertad y la privacidad	467
4.3.2.1.4.- Por la disociación que se produce entre quien padece el riesgo de autoincriminación y quien declara.....	469
4.3.2.1.5.- Por la excesiva dificultad que podría suponer el reconocimiento del derecho a las personas jurídicas para la investigación de ciertos delitos	470
4.3.2.1.6.- Por la funcionalidad del derecho a no autoincriminarse para mantener el equilibrio entre la acusación y la defensa	472
4.3.2.1.7.- Para favorecer la tutela judicial efectiva de la víctima	474
4.3.2.2- Argumentos a favor del reconocimiento del derecho a las personas jurídicas	475
4.3.2.2.1.- Como elemento básico del sistema acusatorio frente al inquisitivo	475
4.3.2.2.2.- Por su relación con el derecho de defensa	475
4.3.2.2.3.- Por su relación con la presunción de inocencia	477
4.3.2.2.4.- Negar el derecho a las corporaciones podría afectar negativamente a los derechos de los individuos que por ella actúan.....	478
4.3.2.3- Conclusión sobre la titularidad del derecho a no declarar por parte de las personas jurídicas	480
4.3.3.- El derecho a no declarar de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. ¿Naturaleza legal o constitucional de tal derecho?.....	481
4.3.4.- Ámbito de protección del derecho a no declarar de las personas jurídicas	485
4.3.4.1.- Determinación de los sujetos que pueden negarse a declarar en nombre de la persona jurídica para evitar su incriminación	485
4.3.4.2.- Requerimientos de documentación	494
4.4.- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o a ser juzgado en un plazo razonable	505
4.5.- El derecho a un proceso público	509
4.6.- El derecho a ser informado de la acusación en un idioma comprensible.	512
5.- Recapitulación	514
IV.- Las investigaciones en entornos organizativos o empresariales	515
1.- Planteamiento	515
2.- Las dificultades específicas de las investigaciones en contextos organizativos	517
3.- La autorregulación, la colaboración público-privada en el descubrimiento de los delitos y otras tendencias privatizadoras en el control de la criminalidad.....	521

4.- Las investigaciones internas o intraempresariales.....	525
4.1.- Concepto y características básicas de las investigaciones internas empresariales	527
4.2.-Ventajas y riesgos de las investigaciones internas	531
4.2.1.- Ventajas de las investigaciones internas empresariales	532
4.2.2.- Riesgos de las investigaciones internas empresariales.....	533
4.2.2.1.- Los riesgos para el descubrimiento de la verdad	533
4.2.2.2.- Los riesgos para los derechos de los trabajadores.....	536
4.3.- Derechos fundamentales, prueba ilícita e investigaciones internas	537
4.3.1.- Los derechos procesales como límite a las investigaciones internas empresariales	541
4.3.2.- Los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones como límite a las investigaciones internas empresariales. La expectativa razonable de privacidad	547
5.- Particularidades de las diligencias de investigación judicial limitativas de los derechos fundamentales en los procesos contra las persona jurídicas.....	555
5.1.- La persona jurídica como titular de los derechos fundamentales a la intimidad, a la inviolabilidad domiciliaria y al secreto de las comunicaciones	555
5.2.- Diligencias de investigación limitativas del derecho a la intimidad, a la inviolabilidad domiciliar y a las comunicaciones	557
5.2.1.- La persona jurídica y el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliar.....	557
5.2.1.1.- Titularidad del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliar por parte de las personas jurídicas.....	557
5.2.1.2.- Delimitación del concepto de domicilio de la persona jurídica	560
5.2.1.3.- El consentimiento de la persona jurídica a través de sus representantes como presupuesto para la entrada y registro de su domicilio sin autorización judicial	565
5.2.2.- La persona jurídica y el derecho al secreto de las comunicaciones	572
5.2.2.1.- Titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones por parte de las personas jurídicas	572
5.2.2.2.- Ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones	574
5.2.2.3.- Sujetos afectados por la limitación procesal al secreto de las comunicaciones. Legitimidad procesal	576
6.- Recapitulación	589
V.- Las medidas cautelares frente a las personas jurídicas imputadas	591
1.-Planteamiento	591
2.-Regulación positiva de las medidas cautelares contra las personas jurídicas .	592

3.- Catálogo de medidas cautelares susceptibles de imposición a las personas jurídicas.....	596
3.1.- Las medidas cautelares <i>contra societatem</i>	596
3.1.1.- La suspensión de actividades	596
3.1.2.-La clausura de locales	597
3.1.3.- La intervención judicial.....	597
3.2.- Las medidas cautelares reales	600
3.3.- Otras medidas cautelares.....	602
4.- Análisis de las características, los presupuestos y el régimen jurídico de las medidas cautelares contra societatem	604
4.1.-Finalidad preventiva de las medidas cautelares <i>contra societatem</i>	604
4.2.-Carácter real o personal de las medidas cautelares <i>contra societatem</i>	610
4.3.-Los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares <i>contra societatem</i>	612
4.3.1.- <i>Fumus boni iuris</i> o <i>fumus commissi delicti</i>	613
4.3.2.- <i>Periculum in mora</i> o <i>periculum in damnum</i>	616
4.3.2.1.- Riesgo de fuga o de desaparición de la persona jurídica	617
4.3.2.2.- Riesgo de despatrimonialización.....	619
4.3.2.3.- Riesgo de ocultación, alteración, manipulación o destrucción de fuentes de prueba	620
4.3.2.4.- Riesgo de daños para los bienes jurídicos protegidos por la norma penal. La controvertida finalidad cautelar de evitación de la continuidad o reiteración delictiva	622
4.4.- Los destinatarios de las medidas cautelares <i>contra societatem</i> y los creadores del <i>periculum in mora</i>	627
4.5.-Caracteres de las medidas cautelares <i>contra societatem</i>	630
4.5.1.-Legalidad	630
4.5.2.-Instrumentalidad.....	630
4.5.3.-Temporalidad	631
4.5.4.-Jurisdiccionalidad.....	633
4.5.5.-La variabilidad de las medidas cautelares <i>contra societatem</i> y el principio <i>rebus sic stantibus</i>	634
4.5.6.-Homogeneidad de las medidas cautelares <i>contra societatem</i> y las penas	635
4.5.7.- El principio de proporcionalidad.....	637
4.6.-Competencia y procedimiento para la adopción y la revisión de las medidas cautelares <i>contra societatem</i>	638

4.6.1.- Competencia y momento procesal idóneo para decidir sobre la adopción de las medidas cautelares <i>contra societatem</i>	638
4.6.2.- Procedimiento de adopción de las medidas cautelares <i>contra societatem</i>	639
4.6.2.1.- Previa petición de parte	639
4.6.2.2.- Celebración de vista previa	640
4.6.3.-Resolución sobre la adopción de las medidas cautelares contra societatem y régimen impugnativo.....	643
5.- Recapitulación	644
Capítulo 3. El juicio oral, la sentencia, las posibilidades de impugnación y la fase de ejecución del proceso penal frente a la persona jurídica	647
I. Cómo interviene la persona jurídica acusada en el juicio oral del proceso penal	649
1.- Planteamiento	649
2.- Evolución legislativa de la intervención de la persona jurídica en el proceso penal. Del juicio en ausencia hacia la humanización.....	650
3.- El representante especialmente designado. Naturaleza de la relación representativa, estatuto jurídico y funciones del representante defensivo	655
3.1.- Naturaleza de la relación representativa y estatuto jurídico del representante.....	655
3.2.- Las funciones del representante defensivo. El aprovechamiento de las posibilidades de autodefensa y otros actos personalísimos.....	662
4.- Recapitulación	666
II. El enjuiciamiento en ausencia de la persona jurídica	668
1.- Planteamiento	668
2.- El fundamento de la obligación de la presencia del sujeto pasivo en el proceso penal.....	669
3.- La naturaleza de carga de la presencia del representante en el proceso frente a la entidad.....	673
4.- Supuestos de enjuiciamiento en ausencia de la persona jurídica. Ausencia voluntaria o involuntaria.....	679
5.- Los requisitos del proceso en ausencia.....	681
5.1.- Exigencias formales	681
5.1.1.- Límite penológico	682
5.1.2.- Citación efectiva.....	683
5.1.3.- Presencia del abogado de la defensa	685
5.1.4.- Petición de la parte acusadora para que se celebre el juicio en ausencia	686
5.2.- Exigencias materiales.....	687

5.2.1.- Elementos suficientes para el enjuiciamiento	687
5.2.2.- Inexistencia de una causa legítima que justifique la ausencia	688
6.- Las posibilidades de impugnación de la resolución dictada en ausencia	691
7.- Recapitulación	691
III. La posibilidad de enjuiciar en rebeldía a las personas jurídicas	693
1.- Planteamiento	693
2.- El presupuesto de la rebeldía o de la requisitoria frente a la persona jurídica: la falta de domicilio social conocido	693
3.- El contenido de la requisitoria dictada frente a la persona jurídica.....	696
4.- La publicidad de la requisitoria dictada frente a la persona jurídica.....	698
5.- Los efectos de la declaración de rebeldía frente a la persona jurídica: continuación de los trámites procesales hasta su conclusión.....	699
6.- Los requisitos del proceso penal contra la entidad rebelde	703
6.1.- La necesidad de agotar las posibilidades de notificación efectiva.....	703
6.2.- La ausencia voluntaria e informada	705
6.3.- La irrenunciabilidad de la defensa técnica.....	707
7.- La comparecencia posterior del ente juzgado en rebeldía y las posibilidades de impugnación.....	710
7.1.- El recurso de anulación	714
7.2.- El incidente de nulidad de actuaciones	718
8.- Recapitulación	719
IV. La conformidad de la persona jurídica como acto personalísimo	720
1.- Planteamiento	720
2.- El objeto de la conformidad regulada en la LECrim.....	722
3.- La conformidad como acto personalísimo y su prestación por el representante especialmente designado.....	723
4.- La necesidad de poder especial y el control judicial sobre la conformidad de la persona jurídica.....	726
5.- Los límites a la conformidad de la persona jurídica.....	729
6.- La autonomía de la conformidad de la persona jurídica frente al resto de coacusados	731
7.- La eficacia ad extra de la sentencia de conformidad en el juicio frente a los acusados disconformes	734
8.- Las suspensión o sustitución de las penas conformadas por la persona jurídica y las posibilidades de impugnar la sentencia de conformidad.....	738
9.- El momento procesal para anunciar la conformidad y su ratificación por el representante	739

10.- La justicia negociada y los medios alternativos de resolución de conflictos. Los DPAs y NPAs y la mediación.....	740
11.- Recapitulación	744
V. La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas	745
1.- Planteamiento	745
2.- El objeto de la prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas	746
2.1- Los hechos constitutivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	748
2.1.1.- El hecho de referencia o delito presupuesto.....	748
2.1.2.- Criterios de imputación de responsabilidad a la persona jurídica.....	751
2.1.2.1.- La actuación en beneficio de la persona jurídica	752
2.1.2.2.- Los criterios de imputación según el puesto que ocupe en la organización el presunto autor material del delito base	754
2.1.2.2.1.- Los criterios de imputación cuando delinque un sujeto en posición apical. El hecho de conexión o la actuación en nombre y por cuenta de la entidad	755
2.1.2.2.2. – Los criterios de imputación cuando delinque un sujeto subordinado o sometido a la autoridad del ápice. Especial referencia a la ausencia del control debido o el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control.....	759
2.2.- Los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes y otros determinantes de la penalidad de la persona jurídica	760
2.2.1.- Las circunstancias que eximen a la persona jurídica de responsabilidad	762
2.2.2.- Las atenuantes y los criterios para la individualización de las penas de las personas jurídicas	764
2.2.2.1.- Las circunstancias atenuantes	766
2.2.2.1.1.- Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades (31 quáter a) CP).	766
2.2.2.1.2.- Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos (31 quáter b) CP).....	772
2.2.2.1.3.- Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito (31 quáter c) CP).....	776
2.2.2.1.4.- Haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (31 quáter d) CP).....	776
2.2.2.2.- Los criterios para decidir sobre la imposición de penas interdictivas	778

2.2.3.- La posible actividad probatoria sobre la capacidad para ser parte de la persona jurídica	781
3.- Los medios de prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas.....	782
3.1.- La prueba documental	783
3.2.- La prueba pericial.....	784
3.3.- La figura del testigo-perito.....	786
3.4.- La prueba testifical	787
3.5.- La declaración de la persona física presunta autora del hecho de referencia	788
3.6.- La declaración de parte del acusado persona jurídica través de su representante especialmente designado	790
4.- Carga, valoración y suficiencia de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia	797
5.- Los compliance programs como objeto de prueba	803
5.1.- El contenido de un Programa de Cumplimiento eficaz.....	803
5.2.- La verificación de la eficacia de los programas de cumplimiento por un auditor independiente. La figura del <i>compliance</i> auditor	814
5.3.- La relevancia de los programas en la responsabilidad del ente o la utilidad de su implementación	818
5.3.1.- Los programas de cumplimiento normativo antes de la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.	819
5.3.2.- Los programas de cumplimiento normativo y su eficacia eximente de acuerdo con la regulación vigente	821
5.4.-La relevancia de los programas de cumplimiento como objeto de prueba	826
5.5.-Los medios probatorios idóneos para introducir los <i>compliance</i> en el proceso.....	829
5.6.- La carga de la prueba y las reglas de valoración judicial en relación con la existencia de un programa de cumplimiento eficaz	832
5.6.1.- Si el delito fue cometido por sujetos apicales	832
5.6.2.- Si el delito fue cometido por los subalternos	836
6.- Recapitulación	839
VI. La sentencia en el proceso penal frente a las personas jurídicas	840
1.- Planteamiento	840
2.- El contenido de la sentencia	841
2.1.- La sentencia absolutoria	841
2.2.- La sentencia de condena.....	842
3.- Autonomía en relación con la persona física acusada	843

4.- Individualización de la pena. Las sanciones imponibles a las personas jurídicas	846
4.1.- La multa	846
4.2.- Las penas interdictivas	849
4.2.1.- Los criterios del art. 66 bis CP, junto con otras atenuantes y agravantes, como forma de determinar la imposición y duración de las penas interdictivas	850
4.2.2.- Necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en la individualización de la condena	855
4.2.3.- Compensación con las medidas cautelares o sanciones anteriores	860
5.- La inscripción registral de la sentencia dictada frente a una persona jurídica	861
6.- La notificación de la sentencia	865
7.- Recapitulación	866
VII. La cosa juzgada y el <i>ne bis in idem</i> en los causas seguidas frente a las personas jurídicas	867
1.- Planteamiento	867
2.- El efecto prejudicial positivo de las sentencias penales	867
2.1.- La fuerza probatoria de una sentencia en otro procedimiento con objeto penal conexo	870
2.2.- La fuerza prejudicial positiva de los pronunciamientos a favor del reo. Especial referencia al pronunciamiento sobre la inexistencia de un hecho	872
3.- El efecto negativo de la cosa juzgada y el principio <i>ne bis in idem</i>	874
4.- Recapitulación	877
VIII. La impugnación de la sentencia dictada frente a la persona jurídica	879
1.- Planteamiento	879
2.- Algunas generalidades sobre las vías de recurso	879
3.- Las especialidades en el recurso de casación en los procesos frente a las personas jurídicas	881
4.- El consortium en la impugnación entre persona física y persona jurídica y la extensión de efectos beneficiosos por la vía del recurso de revisión	882
5.- Recapitulación	885
IX. La ejecución de las penas dictadas frente a las personas jurídicas	886
1.- Planteamiento	886
2.- La sucesión de la persona jurídica condenada a través de las operaciones societarias de modificación estructural	887
3.- La disolución aparente de la persona jurídica condenada como supuesto de sucesión procesal	892
4.- Los incidentes en ejecución como consecuencia del carácter dinámico de los presupuestos de aplicación de las sanciones interdictivas	894

5.- La ejecución de la sentencia de condena	896
5.1.- La pena de multa	897
5.2.- La ejecución de las penas interdictivas o restrictivas de derechos.....	899
5.2.1.- La pena de disolución.....	899
5.2.2.- Las penas de suspensión de actividades y de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito	900
5.2.3.- La pena de clausura de locales y establecimientos	903
5.2.4.- Las penas de inhabilitación	904
5.2.5.- La pena de intervención judicial	906
6.- La ejecución de penas fuera del territorio español. Los instrumentos comunitarios para ejecutar la multa y el decomiso.....	909
7.- Recapitulación	913
Conclusiones	915
Conclusioni	935
Bibliografía	955
Anexo. Legislación, jurisprudencia e informes	1007
1.- Legislación	1007
1.1.- Tratados internacionales.....	1007
1.2.- Normas comunitarias	1007
1.3.- Leyes nacionales	1009
1.4.- Leyes extranjeras.....	1013
2.- Resoluciones judiciales	1015
2.1.- Jurisprudencia del TEDH.....	1015
2.2.- Jurisprudencia comunitaria	1016
2.2.- Jurisprudencia Constitucional	1016
2.3.- Jurisprudencia ordinaria	1021
2.4.- Acuerdos no jurisdiccionales del TS.....	1025
2.5.- Resoluciones judiciales extranjeras.....	1025
3.- Informes, Dictámenes, Acuerdos y otros materiales	1026

Abreviaturas

A.P./AA.PP	Audiencia Provincial/Audiencias Provinciales
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AN	Audiencia Nacional
Apdo.	Apartado
Art.	Artículo
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOCA	Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CCAA	Comunidades Autónomas
C-A	Contencioso Administrativo
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
D.	Decreto
D.A.	Disposición Adicional
DD.PP.	Diligencias Previas
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
DM	Decisión Marco
DOUE	Diario Oficial de la Unión Europea
EGA	Estatuto General de la Abogacía
ET	Estatuto de los Trabajadores
Exp. Mot.	Exposición de Motivos
expte.	Expediente
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practice Act</i>

FCSE	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
FGE	Fiscalía General del Estado
F. J.	Fundamento jurídico
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LGS	Ley General de Subvenciones
LGT	Ley General Tributaria
LC	Ley Concursal
LECiv	Ley de enjuiciamiento civil
LECrim	Ley de enjuiciamiento criminal
LMESM	Ley de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles
L.O.	Ley Orgánica
LOFAGE	Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPP	Ley Orgánica de Partidos Políticos
LORDA	Ley Orgánica reguladora del Derecho de Asociación
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
MF	Ministerio Fiscal
NN.UU.	Naciones Unidas
núm.	Número
ob. cit.	Obra citada
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Legislativo
RM	Registro Mercantil
RP	Registro de la Propiedad
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
SOX	Sarbanes-Oxley Act
SVS	Superintendencia de Valores y Seguros de Chile
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
PLMAP	Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tribunal de Funcionamiento de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TPI	Tribunal Penal Internacional
TRLGSS	Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social
TRLSC	Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital
TS	Tribunal Supremo
TSJ/TTSSJ	Tribunal Superior de Justicia/Tribunales Superiores de Justicia
UE	Unión Europea
UTE	Unión Temporal de Empresas
U.S.S.G.	United States Sentencing Guidelines Manual

Introducción

La L.O. 5/2010, de 23 de junio, de reforma del CP introdujo, en el ordenamiento jurídico español, un novedoso régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que supone la derogación definitiva del principio *societas delinquere non potest*. Desde la entrada en vigor de la referida reforma, las personas jurídicas responden penalmente por la comisión de ciertos delitos, convirtiéndose en acreedoras de auténticas penas y, por ende, en sujetos pasivos del proceso penal, en tanto que único sistema apto para la imposición de sanciones penales.

En cuanto a las implicaciones procesales de tal reforma penal, es preciso partir del art. 1 LECrim, según el cual no se impondrá pena alguna, como consecuencia de actos punibles, sino de conformidad con las leyes procesales penales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente. Esto implica que la modificación de la ley penal supone una revolución, no sólo en el ámbito del Derecho Penal, sino también para el Derecho Procesal penal, concebido, tradicionalmente, para enjuiciar la responsabilidad de una persona física viva y con un marcado carácter individualista, encarnándose, en el sistema acusatorio, el respeto a la personalidad del hombre y a la libertad de conciencia, tal y como dispone la Exp. Mot. LECrim, auténtica pieza maestra de nuestro sistema jurídico procesal penal.

En definitiva, la novedad que supone el abierto abandono del principio *societas delinquere non potest* no afecta sólo al Derecho Penal, sino también, y muy significativamente, al Derecho Procesal penal, como sistema de garantías ineludible para el ejercicio del *ius puniendi*, orientado a garantizar que la natural asimetría entre el individuo y la autoridad no termine por reducir al primero a un mero instrumento de política criminal del Estado. Se observa, en este sentido, que la aparición de las personas jurídicas, como nuevos sujetos pasivos del proceso penal, amenaza con perturbar equilibrios dogmáticos consolidados a lo largo de los siglos.

Investigar, imputar, procesar, acusar, enjuiciar, condenar, absolver o ejecutar penas frente a una persona física no es exactamente lo mismo que hacerlo frente a una entidad colectiva. Por eso la imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas justifica un profundo estudio de este nuevo sujeto, esencialmente distinto a la persona humana, en su nueva posición de parte pasiva del proceso penal. Para ello, el trabajo se centrará en el análisis de aquellas cuestiones que se ven afectadas, de forma más relevante, con la introducción de este nuevo sujeto, como parte pasivamente legitimada en el proceso penal, sin poder, evidentemente, por exceder de su cometido, tratar en profundidad todos y cada uno de los aspectos del proceso penal a que se hará referencia. El problema resulta tan evidente como de difícil solución: se trata de adaptar, a las peculiares características de un nuevo sujeto (la persona jurídica), la estructura de un procedimiento (el penal) nacido, pensado y construido para enjuiciar la responsabilidad de una persona física. En definitiva, la entrada de esta nueva clase de persona en un proceso penal, articulado

exclusivamente para el enjuiciamiento de seres humanos vivos, evoca una serie de cuestiones, tanto teóricas como aplicativas, que son objeto de análisis en el presente trabajo.

Así pues, en este estudio se abordarán las peculiaridades que sufre el proceso penal, en cada una de sus etapas, así como en los distintos actos que lo integran, cuando su parte pasiva es ocupada por una persona jurídica. Precisamente, por la tradición del principio *societas delinquere non potest*, el Derecho Procesal penal parte, al igual que la dogmática penal, de una visión esencialmente antropomórfica, en tanto que, desde hace siglos, viene proyectando sus enfoques normativos, casi en exclusiva, en torno al ser humano, con lo que se hace necesario realizar un enorme esfuerzo hermenéutico para resolver la aplicación de muchos principios y derechos procesales, que han sido concebidos para su aplicación en relación con personas naturales y sobre cuya aplicación a los entes morales, en tanto que nuevos sujetos pasivos del proceso penal, es preciso reflexionar detenidamente para evitar una traslación automática e irreflexiva de los mismos.

El trabajo tratará de analizar la problemática que surge a lo largo de las distintas fases del proceso penal, desde que se inicia la investigación del delito hasta que, dictada la sentencia firme de condena, ésta se ejecuta. Para ello, el estudio se estructura en tres capítulos. El primero referido a los presupuestos procesales y al objeto del proceso, el segundo a la instrucción y el tercero el juicio oral, a la sentencia y a la ejecución de las penas. Cada capítulo está integrado por diversos epígrafes, los cuales van precedidos por un planteamiento y culminados por una recapitulación en la que se resumen las principales ideas alcanzadas en el mismo.

Más concretamente, en el primer capítulo, se analizará la jurisdicción y la competencia, así como la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, tanto de las personas jurídicas pasibles de auténticas penas, como de los entes sin personalidad, destinatarios de las denominadas consecuencias accesorias. Resulta muy relevante, en este punto, la selección de delitos que ha realizado el legislador, como imputables a las personas jurídicas, en tanto que, por una parte, condiciona la capacidad para ser parte de la entidad, en función de cuál sea el delito que se esté investigando y, por otra, obliga a tomar en consideración las especialidades procesales del Derecho Penal económico y del Derecho Penal de empresa, concretamente, la necesidad de especialización de los órganos judiciales y la especial complejidad de estas causas.

Seguidamente, se tratará de determinar el objeto del proceso penal seguido frente a una persona jurídica, así como su relación de conexidad y/o continencia con el objeto del proceso penal seguido frente a la persona física a la que se le atribuye la autoría material del hecho de referencia que, al mismo tiempo, se erige en presupuesto de la responsabilidad penal de la entidad.

En el segundo capítulo, relativo a la instrucción de los delitos cometidos por personas jurídicas, se estudian, en primer lugar, las formas de iniciación del proceso

y se contiene una reflexión sobre la conveniencia de introducir el principio de oportunidad en las causas seguidas frente a las personas jurídicas, para evitar, en su caso, su imputación y acusación formales, debido al estigma y los daños colaterales que tales decisiones judiciales podrían acarrear a un ente que, como todo investigado, ha de presumirse inocente. Además, se analizan las posibilidades de que la persona jurídica pueda constituirse como acusación, ya popular, ya particular, en el proceso en el que ocupa la posición de acusada, simultaneando ambas posturas procesales.

A continuación, se estudia la imputación de la persona jurídica, tanto en lo que se refiere a los requisitos formales, como temporales, que han de informar tal decisión, así como sus efectos, lo que conduce a analizar, en el epígrafe siguiente, el estatuto jurídico procesal de la persona jurídica, atendiendo a la novedad que supone el hecho de que, sea un ente ficticio, por lo tanto, sin dignidad humana ni realidad corpórea, el que ocupe la posición de sujeto pasivo del proceso penal. En este sentido, a fin de determinar qué derechos procesales son extensibles a las personas jurídicas, será preciso analizar individualizadamente, cada uno de ellos, en orden a comprobar si su reconocimiento se realiza en atención a la condición de parte pasiva procesal del sujeto en cuestión o, por el contrario, se fundamenta en su naturaleza humana y corpórea.

Seguidamente, centrando el estudio en las actividades de investigación, se analizará el fenómeno, muy extendido en la práctica norteamericana, de las investigaciones internas empresariales, que suponen una suerte de privatización de la investigación de los delitos que choca con las finalidades básicas del proceso penal, cuales son, el descubrimiento de la verdad y la protección de los derechos fundamentales de los individuos investigados. Así mismo, serán objeto de estudio algunas de las principales diligencias de investigación, en particular, la entrada y registro en el domicilio y la interceptación de comunicaciones, intentando centrar el análisis en las especificidades que estas medidas de indagación presentan cuando el sujeto pasivo de las mismas no es, o al menos no exclusivamente, una persona física. Por último, para cerrar este segundo capítulo se estudiarán las medidas cautelares imponibles a las personas jurídicas, tanto las civiles como las denominadas *contra societatem*.

El tercer y último capítulo de este trabajo de tesis, se centra en el juicio oral, con especial atención al tema de la prueba, analizando además las especificidades de la sentencia, las posibilidades de impugnación y la ejecución de las penas impuestas en la resolución firme de condena que, eventualmente, se dicte frente a la entidad. Aquí, el objetivo principal pasará por determinar cómo intervienen en el proceso las personas jurídicas, carentes de existencia física o corpórea, cómo se determina su responsabilidad en el proceso, es decir, cuáles son los elementos constitutivos de su responsabilidad, que han de ser probados para que llegue a ser condenada, cuál es el contenido y los efectos de la sentencia que se dicte y cómo se ejecutan, en su caso, las penas impuestas.

Tras analizar la relación representativa que une a la entidad con su “representante defensivo” y el estatuto jurídico-procesal de este último, que actúa en representación del acusado, persona jurídica, se estudiarán las posibilidades de enjuiciamiento en

ausencia y en rebeldía, la conformidad de la persona jurídica, que deberá ser prestada por ese representante defensivo, especialmente apoderado a tal fin, y la prueba, tanto en lo relativo a su objeto, como a los medios de prueba y a la distribución de la carga de probar los distintos elementos que integran el debate oral y contradictorio en que se basa el juicio penal. Al hilo del estudio de la prueba, se hará una mención especial a los programas de cumplimiento normativo, por tratarse de un elemento integrante del objeto del proceso seguido frente a las personas jurídicas, llamado a jugar un papel esencial en su enjuiciamiento penal, dada la vinculación de tales programas con la culpabilidad propia de los entes colectivos, los cuales vienen obligados a adecuar su organización interna a los deberes de cumplimiento normativo impuestos por la ley penal, de tal forma que los riesgos delictivos inherentes a su actividad se mantengan en niveles jurídico-penalmente aceptables.

A continuación, se analizará el contenido de la sentencia, aprovechando la ocasión para estudiar, con cierto detenimiento, el sistema de sanciones penales específicamente previsto para las personas jurídicas y la ejecución de las mismas, no sin antes examinar el tema de la cosa juzgada penal y los efectos que una sentencia, dictada frente a la persona jurídica, puede tener en el enjuiciamiento de la persona física a la que se atribuyen los mismos hechos, o viceversa. En este punto, será preciso tomar en consideración las conclusiones alcanzadas en el primer capítulo en cuanto a la relación existente entre ambos objetos procesales, el del proceso seguido frente a la persona jurídica y el del proceso seguido frente a la persona física.

Además de los tres capítulos en que se estructura el trabajo, el mismo va precedido, por esta introducción y por un sucinto apdo. de reflexiones preliminares en el que se pretende indagar sobre los motivos impulsores de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus antecedentes legislativos, sobre la imperiosa necesidad de una correlativa reforma procesal y sobre el sistema de imputación diseñado por el legislador en el CP. Al final del trabajo, como culminación del mismo, se contiene un apdo. de conclusiones. Éstas se han redactado tanto en lengua española como en italiana, a fin de cumplir con los requisitos para obtener la mención internacional en el título de Doctora. Por último, se contiene un listado de referencias bibliográficas y un anexo en el que se indican todos los materiales legales y jurisprudenciales empleados, así como el conjunto de informes y dictámenes consultados.

Resulta necesario justificar la ausencia, en el trabajo, de un capítulo histórico, tal y como recogen, normalmente, las tesis clásicas, así como la falta de un capítulo específico sobre el Derecho extranjero. La omisión de una parte histórica, en la que se relaten los antecedentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se ha considerado conveniente dada la novedad de la reforma legal en que se ha originado la idea de esta tesis y la irrelevancia de tales antecedentes para afrontar y resolver la específica problemática procesal objeto de este estudio. En cuanto al Derecho extranjero, la justificación de la ausencia de un capítulo específico es otra muy distinta, en tanto que, en este caso, es innegable el valor que presenta como material de estudio y de reflexión, así como para, en su caso, realizar propuestas de *lege ferenda* que mejoren la legislación nacional. Por eso, el análisis del Derecho extranjero no ha sido, en absoluto, omitido, sino que se encuentra integrado en cada

uno de los apdos. y epígrafes correspondientes. La razón radica en que, se ha considerado que, de esta forma integrativa, se analizan mejor las diferencias y contrastes entre los diversos regímenes legales.

Para abordar el estudio del Derecho extranjero, no sólo se han analizado las correspondientes regulaciones legales y los estudios doctrinales sobre la materia, sino que se han realizado dos estancias en el extranjero, una primera en Italia, en la Universidad de Bolonia, bajo la dirección del Prof. Giulio Illuminati, y otra, en Estados Unidos, bajo de la dirección del Prof. Luis Chiesa, director del *Criminal Law Center* en la Universidad de Búfalo, integrada en el Sistema Universitario Estatal de Nueva York. Ambos períodos han resultado muy fructíferos para comprender e indagar *in situ* las distintas concepciones y formas de entender y aplicar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tanto en la tradición jurídica del *common law*, como en la continental.

En materia de responsabilidad penal de los entes colectivos, el sistema estadounidense resulta de obligada referencia, no sólo por la larga tradición de aquel país en la criminalización de las corporaciones¹, sino también por la innegable influencia que ha tenido en las regulaciones que, a este respecto, han ido adoptado, en los últimos tiempos, la mayor parte de los países de tradición continental. Este influjo se observa, sobre todo, en los programas de cumplimiento normativo, o *compliance programs*, cuya implementación efectiva sirve para atenuar o, incluso, para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas que han cumplido con sus deberes de prevención y control de delitos. Sin embargo, el aspecto procesal, apenas ha recibido atención por el legislador americano, centrándose sus aportaciones, esencialmente, en el desarrollo jurisprudencial en torno al reconocimiento o a la negación de ciertos derechos constitucionales procesales.

Por la proximidad de los sistemas jurídicos y, particularmente, de los sistemas procesales, resultan de gran interés, a los efectos de este estudio, las regulaciones de tradición continental de aquellos países que cuentan con sistemas de responsabilidad penal o cuasi-penal para las personas jurídicas. Por eso, se prestará especial atención a las soluciones legales de ordenamientos con una cultura jurídica más similar a la nuestra, tales como Francia, Países Bajos, Suiza, Italia o Chile. En todos ellos existen regímenes de responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos, de tal suerte que sus regulaciones legales pueden servir para inspirar propuestas de *lege ferenda* útiles para mejorar o complementar la regulación española. Igualmente, los exhaustivos estudios doctrinales desarrollados en tales países plantean problemáticas, todavía inmaduras o desconocidas en España, donde la virtualidad práctica de este nuevo régimen de responsabilidad penal es todavía incipiente.

¹ No obstante, afirma MARINUCCI, G., "La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 445-469, que, aunque los sistemas del *common law* son constantemente presentados como precursores de la imposición de la responsabilidad penal a las corporaciones, en realidad, cabe recordar, que la criminalidad de las *universitates*, y su relativa represión, llega a América hacia la mitad del 800, mientras que en los países del *civil law* había aparecido ya un par de siglos antes.

Por último, en cuanto a la metodología empleada en este estudio se ha optado por una óptica pluralista que combina la labor dogmática, tendente a elaborar y sistematizar conceptos, sin desatender, al mismo tiempo, la realidad social del Derecho, esto es, indagando de qué forma y porqué surge en la práctica, así como los fines que persigue, aplicándose esta triple dirección, no sólo a los problemas generales, sino también al análisis de cada institución jurídica concreta².

² LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 182.

Introduzione

La legge organica 5/2010, del 23 giugno, recante modifiche al codice penale, ha introdotto nell'ordinamento giuridico spagnolo un nuovo regime di responsabilità penale per le persone giuridiche, che presuppone il superamento definitivo del principio *societas delinquere non potest*. A partire dall'entrata in vigore di tale riforma, le persone giuridiche rispondono penalmente per la commissione di certi reati, diventando così potenziali destinatari di autentiche pene e, di conseguenza, anche parti (nella qualità di indagati o di imputati) del processo penale, unico sistema attraverso il quale la sanzione penale può essere applicata.

Sul versante delle implicazioni processuali della riforma, occorre prendere le mosse dall'art. 1 LECrim (acronimo di *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, ossia codice di procedura penale, *ndt*), secondo cui nessuna pena può essere inflitta quale conseguenza della commissione di un reato, se non all'esito di un processo penale disciplinato dalla legge e sulla base di una sentenza pronunciata da un giudice. Ne deriva che la riforma presuppone necessariamente una rivoluzione non soltanto nell'ambito del diritto penale sostanziale, ma anche di quello processuale, concepito tradizionalmente per giudicare la responsabilità di persone fisiche e dotato di un marcato carattere individualista, posto che nel sistema accusatorio si incarnano il rispetto della personalità umana e la libertà di coscienza, come dispone la Exp. Mot. della LECrim, autentica pietra angolare del nostro sistema processuale penale.

In definitiva, le novità introdotte dall'abbandono del principio *societas delinquere non potest* non riguardano soltanto il diritto penale sostanziale, bensì anche, e più significativamente, il diritto penale processuale, quale sistema di garanzie ineludibili ai fini dell'esercizio del *ius puniendi*, finalizzato a garantire che la naturale asimmetria tra l'individuo e l'autorità non finisca col ridurre il primo ad un mero strumento di politica criminale dello Stato. Si afferma, in quest'ottica, che la comparsa delle persone giuridiche quali nuovi soggetti del processo penale finisce con il perturbare equilibri dogmatici da secoli consolidati.

Indagare, imputare, processare, accusare, giudicare, condannare, assolvere o eseguire le pene nei confronti di una persona fisica non è esattamente la stessa cosa che farlo nei confronti di un'entità collettiva. Per questa ragione l'imputazione della responsabilità penale alle persone giuridiche giustifica un approfondito studio di questi nuovi soggetti del processo penale, sostanzialmente distinti dalle persone fisiche. Il lavoro si soffermerà sull'analisi di quelle questioni che risentono, in forma maggiormente rilevante, della comparsa di questo nuovo soggetto, quale parte titolare di legittimazione passiva nel processo penale, senza tuttavia potere evidentemente, giacché si andrebbe al di là del compito prefissato, trattare in termini approfonditi ciascuno degli aspetti del processo penale cui si farà riferimento. Il problema risulta tanto evidente quanto di difficile soluzione: si tratta infatti di adattare alle peculiari caratteristiche del nuovo soggetto processuale (la persona giuridica), la struttura di un procedimento (quello penale) nato, pensato e costruito

per giudicare la responsabilità di una persona fisica. In definitiva, l'entrata in gioco di questa nuova classe di soggetti in un processo penale articolato esclusivamente per il giudizio di esseri umani in carne ed ossa, evoca una serie di questioni, tanto teoriche quanto pratiche, che costituiscono oggetto di analisi nel presente lavoro.

Questo studio affronterà le peculiarità che caratterizzano il processo penale, in ciascuna delle sue fasi e degli atti che lo compongono, allorché la parte di indagato/imputato siano rivestite da una persona giuridica. In virtù del tradizionale principio *societas delinquere non potest*, il diritto processuale penale è imperniato, così come la dogmatica sostanzialistica, su una visione essenzialmente antropomorfa, sicché le relative norme sono costruite attorno all'essere umano, con la conseguenza che occorre compiere un significativo sforzo ermeneutico per applicare numerosi principi e diritti di carattere processuale, concepiti con riferimento alle persone naturali, la cui traslazione in capo alle persone giuridiche richiede un'attenta riflessione, volta ad evitare acritici automatismi applicativi degli stessi.

Il lavoro procederà all'analisi della tematica con riferimento alle diverse fasi nelle quali si dipana il processo penale, a partire dal momento in cui hanno inizio le indagini preliminari, fino a che, emessa la sentenza definitiva di condanna, si passa alla fase di esecuzione della stessa. A tal fine, lo studio è strutturato in tre capitoli. Nel primo si analizzano la giurisdizione e la competenza, così come la capacità di essere parte e la capacità processuale, tanto con riferimento alle persone giuridiche passibili di vere e proprie pene, quanto con riferimento agli enti privi di personalità, destinatari delle cosiddette "conseguenze accessorie". Risulta particolarmente rilevante, sul punto, la selezione legislativa dei delitti che possono essere commessi dalla persona giuridica, in quanto, da un lato, condiziona la capacità di essere parte dell'ente, in funzione del tipo di delitto oggetto di indagine, e dall'altro lato obbliga a prendere in considerazione le peculiarità processuali del diritto penale economico e del diritto penale dell'impresa, in particolare la necessità di specializzazione degli organi giudiziari e la peculiare specialità di queste cause, manifestata, talvolta, sotto forma di problemi di pregiudizialità sospensiva e devolutiva.

Dopo una prima analisi dei presupposti processuali dell'azione, si tratterà di determinare l'oggetto del processo penale celebrato nei confronti della persona giuridica, così come la sua relazione di connessione e/o continenza con l'oggetto del processo penale nei confronti della persona fisica alla quale si attribuisce la commissione materiale dal reato-presupposto della responsabilità dell'ente.

Nel secondo capitolo, relativo all'istruzione dei delitti commessi dalle persone giuridiche, si studierà, in primo luogo, l'inizio del processo penale, svolgendo una riflessione in ordine all'opportunità di introdurre il principio di discrezionalità dell'azione penale nei casi in cui si proceda contro le persone giuridiche, onde evitare, in tali ipotesi, la sua imputazione formale, in ragione dello stigma sociale e degli effetti collaterali negativi che tali decisioni potrebbero arrecare ad un ente che, come tutti gli indagati, deve essere presunto innocente. Inoltre, si analizzano le possibilità che una persona giuridica possa agire come parte d'accusa, vuoi popolare,

vuoi privata, nello stesso processo in cui occupa la posizione di soggetto accusato, rivestendo contemporaneamente entrambe le posizioni.

Nel prosieguo verrà studiata la formulazione dell'imputazione nei confronti della persona giuridica, con riferimento ai suoi requisiti di ordine temporale e formale, nonché ai suoi effetti. Da qui si procede all'analisi, nel paragrafo seguente, dello statuto giuridico processuale dell'ente, focalizzando l'attenzione sulle novità legate al fatto che un'entità immateriale, priva di natura umana e consistenza corporea, possa occupare la posizione di parte *sub specie* di indagato o imputato. In quest'ottica, al fine di determinare quali diritti processuali possono essere estesi alla persona giuridica, sarà necessario analizzare ciascuno di essi individualmente, al fine di verificare se il loro riconoscimento si fonda soltanto sulla qualità di parte, oppure richiede al contrario l'essenza umana del suo titolare.

Successivamente, concentrando lo studio sulle attività di indagine, verrà analizzato il fenomeno, particolarmente sviluppato nella prassi nordamericana, delle indagini interne all'impresa, che presuppongono una sorta di privatizzazione della fase investigativa, in contrasto con le finalità di fondo del processo penale, ossia l'accertamento della verità e la protezione dei diritti fondamentali dei soggetti indagati. Parimenti, saranno oggetto di studio alcuni dei principali atti dell'indagine, in particolare la perquisizione e il sequestro nel domicilio e l'intercettazione di comunicazioni, concentrando l'analisi sulle specificità che queste misure di indagine presentano quando il soggetto passivo delle stesse non è, o quanto meno non è esclusivamente, una persona fisica. Da ultimo, in chiusura di questo secondo capitolo, verranno analizzate le misure cautelare applicabili alle persone giuridiche, quanto quelle civili quanto quelle denominate *contra societatem*.

Il terzo ed ultimo capitolo di questo lavoro si concentrerà sul dibattito, con particolare attenzione al tema della prova, analizzando inoltre le specificità della sentenza e del regime delle impugnazioni, così come dell'esecuzione delle eventuali pene irrogate con sentenza definitiva nei confronti dell'ente. Obiettivo principale di questa disamina sarà stabilire come intervengono le persone giuridiche nel processo penale, come si determina la loro responsabilità, ossia quali sono gli elementi costitutivi della loro responsabilità, quali sono il contenuto e gli effetti della sentenza pronunciata e come devono essere eseguite, se irrogate, le sanzioni penali.

Dopo avere analizzato la relazione di rappresentanza che lega l'ente con il suo "rappresentante difensore", nonché lo statuto giuridico-processuale di quest'ultimo, che agisce in rappresentanza dell'accusato, cioè della persona giuridica, verranno studiate le possibilità di processo in contumacia, il "patteggiamento" della persona giuridica, che richiede la presenza di un rappresentante speciale, nonché il tema della prova, tanto con riferimento al suo oggetto, quando rispetto ai mezzi di prova e al relativo onere distribuito tra le parti nel corso del dibattito. Nell'ambito dello studio sulla prova, si presterà un'attenzione particolare ai programmi di conformità, trattandosi di elementi integranti dell'oggetto del processo celebrato nei confronti delle persone giuridiche, chiamati a giocare un ruolo essenziale nel giudizio penale, considerato il legame di tali programmi con la colpevolezza degli enti collettivi, i

quali sono obbligati ad adeguare la loro organizzazione interna ai doveri di conformità imposti dalla legge penale, al fine di mantenere entro livelli accettabili dal punto di vista giuridico-penale il rischio che al loro interno vengano commessi dei reati.

Nel prosieguo del lavoro verranno analizzati i contenuti della sentenza, approfittando dell'occasione per studiare accuratamente il sistema di sanzioni penali specificamente previste per le persone giuridiche, nonché l'esecuzione delle stesse, non senza prima avere esaminato il tema del giudicato penale e quello degli effetti che una sentenza, emessa nei confronti di una persona giuridica, può dispiegare nel giudizio nei confronti della persona fisica alla quale si attribuiscono i medesimi fatti, e viceversa. Sul punto, sarà utile tenere in considerazione le conclusioni rese nel primo capitolo relativamente alla relazione esistente tra i due oggetti processuali, quello del processo nei confronti della persona giuridica e quello del processo nei confronti della persona fisica.

I tre capitoli in cui il lavoro è strutturato sono preceduti dalla presente introduzione, nonché da una breve riflessione preliminare in cui si intende riflettere sulle ragioni di fondo della responsabilità penale delle persone giuridiche, sull'evoluzione storica della legislazione in materia, sull'urgente necessità di una corrispondente riforma procedurale, e sul sistema di imputazione concepito dal legislatore spagnolo nel codice penale. La parte finale del lavoro è dedicata alle principali conclusioni, scritte sia in spagnolo che in italiano al fine di soddisfare i requisiti per ottenere il titolo di dottoressa di ricerca con menzione internazionale. Infine, sono presenti una bibliografia ed un allegato che elenca i materiali legislativi e giurisprudenziali utilizzati, come pure i rapporti e le opinioni consultate.

Occorre spiegare le ragioni dell'assenza, nel lavoro, di un capitolo di carattere storico, che invece è normalmente previsto nella struttura classica delle tesi, e di uno avente ad oggetto il diritto straniero. L'inserimento di una parte storica, nella quale si desse conto dei precedenti in materia di responsabilità penale delle persone giuridiche, non è stato considerato opportuno in considerazione del carattere innovativo della riforma che ha ispirato la presente tesi e dell'irrilevanza di tali precedenti storici per affrontare e risolvere la specifica problematica processuale oggetto del presente studio. Quanto al diritto straniero, diversa è la ragione alla base dell'assenza di un capitolo interamente dedicato, giacché in questo caso è innegabile che la prospettiva comparatistica sia particolarmente feconda per l'analisi delle problematiche oggetto della tesi, nonché per elaborare proposte *de lege ferenda* finalizzate a migliorare il sistema vigente. Per questa ragione, l'analisi del diritto straniero non è stata omessa, bensì collocata ed integrata all'interno dei paragrafi di volta in volta rilevanti, a seconda del tema via via trattato. Si è infatti ritenuto che, così procedendo, si potessero meglio analizzare le differenze e gli eventuali contrasti tra i diversi regimi legali.

Lo studio del diritto straniero è stato condotto non solo attraverso l'analisi delle rilevanti disposizioni di legge ed gli studi dottrinali in materia, ma anche nel corso di due soggiorni di ricerca all'estero, il primo in Italia, presso l'Università di Bologna,

sotto la direzione del prof. Giulio Illuminati, ed il secondo negli Stati Uniti, sotto la direzione del prof. Luis Chiesa, direttore del *Criminal Law Center* nell'Università di Buffalo, facente parte del Sistema Universitario Statale di New York. Entrambi i periodi sono risultati particolarmente fecondi per comprendere ed indagare *in loco* le diverse forme e concezioni di intendere ed applicare la responsabilità penale delle persone giuridiche, tanto nella tradizione giuridica di *common law*, quanto in quella continentale.

In materia di responsabilità penale degli enti collettivi, il sistema statunitense costituisce un riferimento imprescindibile, non solo in ragione della lunga tradizione di quel paese nell'ambito della criminalizzazione delle società³, ma anche per l'innegabile influenza che tale sistema ha avuto sulle legislazioni introdotte negli ultimi anni dagli ordinamenti di stampo continentale. Tale influenza si osserva, soprattutto, nei programmi di conformità normativa, o *compliance programs*, la cui effettiva implementazione serve ad attenuare, o anche ad escludere, la responsabilità penale delle persone giuridiche che hanno adempiuto i loro obblighi di prevenzione e controllo dei delitti. Tuttavia, la disciplina procedurale ha ricevuto scarsa attenzione da parte del legislatore americano, e pertanto si è sviluppata attraverso contributi offerti dalla giurisprudenza in ordine al riconoscimento o alla negazione di determinati diritti processuali di rilievo costituzionale.

In ragione della vicinanza dei sistemi giuridici, e in particolare modo dei sistemi processuali, risultano di grande interesse, agli effetti del presente studio, le legislazioni di tradizione continentale di quei paesi che prevedono sistemi di responsabilità penale, o quasi penale, per le persone giuridiche. Per tale ragione, si presterà particolare attenzione alle soluzioni adottate da ordinamenti caratterizzati da una cultura giuridica più vicina alla nostra, quali la Francia, i Paesi Bassi, la Svizzera, l'Italia e il Cile. In tutti questi paesi esistono regimi di responsabilità delle persone giuridiche dipendenti dalla commissione di reati, sicché le loro esperienze in questo settore possono ispirare proposte *de lege ferenda* volte a migliorare o completare la disciplina spagnola. Parimenti, gli esaustivi studi dottrinali condotti in tali paesi sollevano problematiche, ancora sconosciute o non pienamente maturate in Spagna, che per il futuro si candidano a rivestire un significativo rilievo pratico nell'ambito di questo nuovo regime di responsabilità penale.

Infine, per quanto riguarda il metodo impiegato in questo studio, si è optato per un approccio pluralistico, che combina l'analisi dogmatica, tendente ad elaborare e sistematizzare i concetti, con la dimensione reale del diritto, ossia con l'indagine di come e perché si sviluppano determinate prassi applicative, nonché le finalità che

³ Rileva peraltro MARINUCCI, G., "La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2007, pp. 445-469, che, benché i sistemi di *common law* siano costantemente presentati come i precursori della previsione della responsabilità penale degli enti, in realtà occorre ricordare che la criminalità delle *universitates*, e la relativa repressione, giunge in America dalla metà dell'800, mentre nei paesi di *civil law* era comparsa già alcuni secoli prima.

esse perseguono, tanto con riferimento ai problemi di ordine generale, quanto con riferimento a ciascun singolo istituto giuridico⁴.

⁴LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 182.

Reflexiones preliminares

La reforma que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento español se justifica, en el Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 23 de junio, en su apdo. VII, por los “*instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)*”. Sin embargo, esta vaga e imprecisa justificación resulta criticable en tanto que ni de los tratados internacionales ni de los instrumentos normativos comunitarios, cabe derivar la obligación de establecer un auténtico régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas, limitándose las decisiones marco y los convenios internacionales en la materia⁵, a exigir, por una parte, el establecimiento de sanciones o medidas *efectivas, proporcionadas y disuasorias* frente a las personas jurídicas, por la comisión de ciertos delitos, pero sin exigir que sean de naturaleza penal, y por otra, a que las peticiones de cooperación y asistencia judicial penal no se vean obstaculizadas por el país requerido, esgrimiendo como causa de oposición que la misma afecta a una persona jurídica⁶.

En cualquier caso, no se puede desconocer que la realidad criminal demanda instrumentos eficaces de prevención delictiva y de punición, entre los que la criminalización de las personas jurídicas puede ocupar un lugar clave. A este respecto, se hace preciso considerar que las personas jurídicas, y más concretamente las sociedades mercantiles, se han convertido en un factor altamente criminógeno, capaces, incluso, de desestabilizar economías estatales⁷. Se afirma, en este sentido, que, en relación con las cuatro lacras que están afectando a las sociedades europeas y al mundo globalizado -la criminalidad económica, la criminalidad organizada, la corrupción y el terrorismo- la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye un tema clave para no dejar lagunas de punibilidad⁸.

⁵ Cabe destacar los siguientes instrumentos normativos: Convención de las NN.UU. contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003; Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999; DM 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo; DM 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; DM 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas; DM 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques a los sistemas de información, entre otros.

⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Revista Penal*, núm. 35, enero 2015, pp. 139-172, p. 141

⁷ DÍAZ PITA, M. M., “El principio *societas delinquere non potest* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., J. L. Collantes González (coord.) *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Normas Legales, Trujillo, Perú, 2004, pp. 47-67, p. 49.

⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, 3ª ed., Aranzadi, Navarra, 2009, p. 196.

Algunos de los objetivos que subyacen a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas consistirían en sortear las graves dificultades probatorias para determinar la responsabilidad individual en contextos organizacionales o empresariales, permitiendo que el proceso pueda dirigirse contra la organización, aun sin individualizar a la concreta persona física presuntamente responsable⁹, en cubrir las lagunas de punibilidad cuando se ha fracasado en la concreción de la persona física, supuesta responsable individual del delito¹⁰, así como en evitar imputaciones y condenas de personas físicas, como cabezas de turco, chivos expiatorios o “perchas” penales en las que colgar la responsabilidad civil derivada del delito, en los casos en que, a pesar de haberse producido daños, no hay dolo ni culpa por parte de los presuntos implicados en el delito¹¹.

Igualmente, se aduce, como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el fomento de la autorregulación, como forma de estimular el cumplimiento de la legalidad en las empresas, ante la incapacidad del Estado de controlar eficazmente los riesgos empresariales¹². La referida autorregulación consiste en el

⁹ Cfr. 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” en AA.VV., F. J. Álvarez García; J. L. González Cussac (dirs.) A. Manjón-Cabeza Olmeda; A. Ventura Püschel (coords.) *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del código penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 19-30, p. 25; 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*, nº 27, 2012, pp. 199-226, p. 205; Por su parte, TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, Grijley, Perú, 2009, p. 88, afirma que no es raro que las dificultades procesales probatorias en el ámbito penal sean indicativas del nacimiento de nuevos intereses de protección y, por ende, de nuevos bienes jurídicos dignos de protección.

¹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., p. 67; GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Cuadernos Digitales de Formación*, nº 24, 2012, pp. 1-36, p. 5; En la misma línea, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del Principio “Societas delinquere potest” en HURTADO POZO, J., DEL ROSAL BLASCO, B., SIMONS VALLEJO, R., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 165-176, p. 174, observa que, se hace necesario responsabilizar penalmente a las personas jurídicas por la dificultad de individualizar la autoría y participación de personas físicas en los casos de los delitos de omisión impropia y, sobre todo, en supuestos de ausencia de dolo.

¹¹ En este sentido, afirma RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Nuevos aspectos dogmáticos...” ob. cit., p. 168, que, en algunos casos, al ser inviable la imputación penal directa de la persona jurídica, se elige, de manera bastante aleatoria, a uno o varios seres humanos como meros instrumentos de inculpación penal y civil de las empresas en las que trabajan, de tal forma que, en aras de una indiscutible, y en parte loable, justicia material (indemnizar a la víctimas y a sus herederos) se sacrifica, formal y simbólicamente, a alguna persona física.

¹² Se refieren a esta estrategia de autorregulación, entre otros, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p. 215; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 15-126, p. 28; FEIJO SÁNCHEZ, B. J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal” en BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEIJO SÁNCHEZ, B. J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 49-64, p. 52.

establecimiento, por parte de la persona jurídica, de mecanismos de gestión, organización y control, orientados a prevenir la comisión de hechos delictivos en su seno, así como a detectar y sancionar los delitos que puedan cometerse, colaborando, en su caso, con la Administración de Justicia para su descubrimiento.

Desde luego, resulta evidente, que la irrupción de las personas jurídicas, como nuevos sujetos de responsabilidad penal, supone una revolución en la dogmática penal, concebida y desarrollada desde una perspectiva antropomórfica. De hecho, el sostenimiento del principio según el cual las personas jurídicas no pueden delinquir se ha basado, tradicionalmente, en su supuesta incapacidad de acción, así como en el choque de su especial naturaleza con los principios de culpabilidad y de responsabilidad individual¹³. Sin embargo, si se admite que pueden imponerse sanciones, tales como multas, interdicciones o inhabilitaciones, a un ente colectivo, en sede administrativa, no cabe alzar objeciones fundamentales de constitucionalidad cuando esas mismas sanciones se imponen por un Juez o Tribunal imparcial, tras un proceso con todas las garantías¹⁴.

Por otra parte, carece de sentido aceptar la idea de que en los ámbitos mercantil, civil, fiscal o, incluso, laboral, la persona jurídica actúa por sí misma, con capacidad autónoma de representación de sus propios intereses, soportando las consecuencias de sus decisiones, para afirmar, a renglón seguido, que no puede responder penalmente porque para actuar necesita del ser humano, desconociendo con ello la vocación de actuación contraria al ordenamiento penal que una persona jurídica puede desarrollar en el tráfico¹⁵.

Antes de la promulgación de la L.O. 5/2010, de 23 de junio, existía el sistema de las consecuencias accesorias, que eran sanciones *sui generis*, imponibles a las personas jurídicas, siempre que, al mismo tiempo, se impusiese una pena principal a una persona física. En relación con aquel sistema, en el que muchos autores veían un fraude de etiquetas¹⁶, al denominarse consecuencias accesorias a lo que, en realidad, debía considerarse como auténticas penas, la dimensión procesal fue obviada¹⁷,

¹³ En este sentido, ROBLES PLANAS, R., "Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP", *Diario La Ley*, núm. 7705, 29 de septiembre de 2011, sostiene que, desde la perspectiva del Derecho Penal, la persona jurídica no es libre, independientemente de las personas físicas que la componen, con lo que carece de autoconciencia y por ello de posibilidad de autodeterminación.

¹⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad de personas jurídicas", *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 11-38, p. 12.

¹⁵ MORALES GARCÍA, O., "La persona jurídica ante el Derecho y el Proceso penal", *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, 2011, (Homenaje al profesor D. Juan Iglesias Prada/ extraordinario 1), pp. 142-154, p. 145

¹⁶ Según GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex nova, Valladolid, 2010, pp. 38-39, no deja de ser un fraude de etiquetas el uso de la denominación de medidas accesorias a algo que tiene idéntico contenido que las penas en sentido estricto; En la misma línea, véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., pp. 247-281, en particular p. 280.

¹⁷ En este sentido, afirmaba SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., "La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas", *Indret. Revista para el análisis del derecho*, nº 2, 2006, pp. 11-12, que una ley que obvia la dimensión procesal de la imposición de consecuencias sancionatorias a las personas jurídicas en el orden jurisdiccional penal no puede producir un cambio cultural como el supuestamente pretendido.

limitándose, el CP, a disponer la necesidad de celebrar una audiencia previa con los titulares y representantes legales de la entidad. Ante tal laguna legal, no faltaron opiniones doctrinales que demandasen la necesidad de regular la intervención de la persona jurídica en el proceso penal para que, en su condición de parte pasiva, tuviese la oportunidad de ejercer sus derechos procesales y, en particular, el fundamental derecho de defensa¹⁸. En este sentido, se argumentaba que, a pesar de la vigencia del principio *societas delinquere non potest*, por la gravedad de las medidas dispuestas en el art. 129 CP, debería reconocerse a las personas jurídicas el estatus de parte en el proceso penal, con los derechos inherentes al mismo, especialmente el derecho de defensa y la consiguiente posibilidad de intervenir, tanto en los actos de la instrucción como en el juicio oral, a través de sus representantes¹⁹.

A pesar de que este trabajo se centrará en los aspectos procesales del enjuiciamiento penal de las personas jurídicas, dado el carácter rupturista y novedoso de la reforma penal para nuestra cultura jurídica, es preciso detenerse, primeramente, en el sistema de imputación dispuesto en el CP. Pues bien, para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas, el legislador ha optado por una doble vía. Así pues, junto a la imputación de aquellos delitos cometidos *en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio directo o indirecto*, por las personas que tienen poder de representación, *de decisión o que ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*, los entes colectivos responden, así mismo, por aquellas infracciones propiciadas por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control que los superiores en la jerarquía empresarial han de ejercer sobre la actividad de sus subordinados, con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto, a efectos, según lo dispuesto en el Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 23 de junio, de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

En cuanto a la regulación penal, resulta, igualmente, destacable que las personas jurídicas responden sólo por determinados delitos y que pueden ser halladas responsables con independencia de que se pueda o no individualizar a la persona

¹⁸ Cfr. BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 289; De la misma autora, “*Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995*” en AA.VV., E. Bacigalupo Zapater (dir.) *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 65-86, p. 72; GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, 2000, p. 317; ZUGALDÍA ESPINAR, M., “*Vigencia del principio societas delinquere non potest*” en J. Hurtado Pozo; B. Del Rosal Blasco; R. Simons Vallejo, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 243-267, pp. 256-257; ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 240; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 159; Del mismo autor, “*Las consecuencias accesorias como medidas cautelares en el proceso penal*”, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, nº 13, 2005, pp. 30-42; ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., pp. 273-274.

¹⁹ GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, 2000, p. 317; En la misma línea, ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas...* ob. cit., p. 240, afirmaba que resultaría extraño por completo, al sistema de garantías constitucionales que rigen en el proceso penal, la posibilidad de imponer medidas tan gravosas como las del art. 129 CP sin respetar las exigencias del principio acusatorio y sin que las sociedades pudiesen ejercer, de una manera plena y eficaz, su derecho de defensa.

física autora material del delito base o del hecho de referencia, presupuesto de la responsabilidad de la entidad. Esta autonomía relativa entre la responsabilidad de uno y otro sujeto es fuente de innumerables problemáticas, que tienen su reflejo directo en el plano procesal. En este sentido, la situación de corresponsabilidad de ambos sujetos se manifiesta en las relaciones de conexidad entre objetos procesales, en la determinación del momento idóneo para formalizar la investigación frente a uno y otro, en las posibilidades de enjuiciamiento separado y los problemas que plantea la ruptura de la continencia de la causa, en el conflicto de intereses que puede darse entre ambos sujetos, cuando la persona física coimputada tiene atribuidos poderes de representación respecto de la persona jurídica, en los eventuales efectos prejudiciales que puede tener la sentencia penal dictada frente a uno de ambos sujetos en el posterior enjuiciamiento del otro, en la contaminación del Juez que ha conocido del juicio frente a uno de tales sujetos cuando le corresponde, de forma separada, enjuiciar al otro etc.

El CP contempla, así mismo, un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose, a las tradicionalmente denominadas consecuencias accesorias, que ahora quedan reservadas para los entes sin personalidad, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Según dice el Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 23 de junio, se opta, en este punto, por el sistema claramente predominante en el Derecho extranjero y en los textos comunitarios objeto de transposición, en los que la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo art. 66 bis CP. Además, aparece una lista cerrada de atenuantes que buscan incentivar la colaboración de la entidad en el descubrimiento de los responsables individuales y en el esclarecimiento de los hechos, así como comprometerla en la adopción de instrumentos de prevención y descubrimiento de delitos.

Resulta llamativo que la regulación penal, en su corta existencia, ya haya sufrido una importante modificación. Y es que, inicialmente, no se preveían expresamente causas de exención de la responsabilidad penal para las personas jurídicas pero, con la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, la entidad que, *antes de la comisión del delito, contaba con un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido, o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, no responderá por los delitos cometidos por sus empleados. Si, además de contar con ese modelo de organización y gestión, adaptado a los requisitos establecidos en el art. 31 bis 5 CP, la entidad consigue acreditar que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento de tal modelo ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control, que tal órgano no ha incurrido en una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control y que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente el modelo y las medidas de prevención, entonces quedará exenta, igualmente, cuando hayan delinquido sus representantes o administradores.*

Como se indicaba en la introducción, este régimen de responsabilidad de los entes colectivos choca con equilibrios dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica penal. Así pues, es difícil aplicar conceptos como el dolo o la culpabilidad, de raigambre individualista, y naturaleza cuasi-psicológica, a entidades ficticias, sin cuerpo ni conciencia real. Pero, desde luego, la revolución no es sólo material sino también procesal. Es preciso considerar, en este sentido, que “*el Derecho penal, por sí solo, carece de realización práctica, ya que contiene y regula valoraciones hipotéticas, abstractas y generales que necesitan ser aplicadas para que adquieran relevancia*”, y esta actividad complementaria, que sirve para determinar la existencia o no existencia de los hechos que constituyen el fundamento de la norma penal, se llama proceso penal²⁰.

A mayor abundamiento, esta revolucionaria novedad para el Derecho Procesal penal viene a integrarse, a nivel legislativo, en una norma que data de finales del S. XIX. La LECrim ha sufrido innumerables parches y modificaciones parciales, a los que se han añadido, en el año 2011, a través de LMAP²¹, las imprescindibles para adaptar un modelo de enjuiciamiento configurado para personas físicas a las personas jurídicas. A pesar de la evidente necesidad de sustituirla por un nuevo texto, más acorde con la realidad delictual del S. XXI y con las demandas sociales actuales, tras numerosos intentos de derogarla, continúa vigente, aunque afectada por numerosas modificaciones y actualizaciones parciales que dificultan enormemente la coherencia y sistematicidad del texto²². De hecho, sus últimas reformas han sido aprobadas recientemente, en este mismo año 2015²³.

Tal y como recuerda la FGE, con carácter general, los países de nuestro entorno que han incorporado en sus ordenamientos un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, ya se trate de un sistema de naturaleza penal en sentido estricto o no, han

²⁰ MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso penal*, Publicaciones del estudio general de Navarra XVI, Pamplona, 1958, p. 7.

²¹ Esta Ley 37/2011, de 10 de octubre, en lo relativo a las implicaciones procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no fue informada por el CGPJ ni por el Consejo Fiscal, ya que no tales disposiciones no figuraban en el Anteproyecto de Ley, fechado en diciembre de 2010, sino que fueron posteriormente incorporadas en el PLMAP, publicado en el BOCG. Congreso de los Diputados. 18 de marzo de 2011.

²² Cabe transcribir, en este punto, las palabras de PÉREZ GIL, J., "Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal", *Revista jurídica de Castilla y León*, nº 4, 2014, (Ejemplar dedicado a: La reforma de la justicia penal), pp. 223-248, p. 225, por su claridad y total vigencia. Señala el citado autor que "Abordar en la actualidad cualquier tema procesal penal nos confronta a una decisión que predetermina el contenido de lo que se vaya a estudiar. Podemos establecer como punto de referencia la legalidad vigente, afrontando con ello no sólo el riesgo de la obsolescencia inmediata sino también uno más grave: el de analizar un ordenamiento absolutamente sobrepasado por los tiempos. O bien podremos elucubrar sobre un prometedor futuro, arrogándonos así la facultad de escribir sobre derecho-ficción o elevarnos a la idealización extrema. Cualquiera de esas opciones tomada en puridad sería insuficiente, por lo que lo lógico será asumir que los tiempos han cambiado y lo que dicen nuestras normas ya no se ajusta a ellos, pero sin que tengamos más remedio que hacer el cesto con los mimbres legales y jurisprudenciales con los que contamos".

²³ L.O. 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica y la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

abordado coetáneas reformas de naturaleza procedimental²⁴. En algún caso, esas reformas han sido tremendamente parcas; sirva de ejemplo el caso francés, en el que el legislador se ha limitado a señalar que las personas jurídicas debían ser tratadas, procesalmente, y en la medida de lo posible, como las personas físicas, previendo además una figura específica (*mandataire de justice*) para resolver los conflictos de intereses defensivos que puede producirse entre el legal representante y la corporación. En el polo opuesto, se encontrarían las, mucho más detalladas, regulaciones contenidas en las Leyes especiales, austriaca²⁵ e italiana²⁶. Por el contrario, en el Estado español, entre diciembre de 2010, con la entrada en vigor de la L.O. 5/2010, de 23 de junio, y octubre de 2011, con la entrada en vigor de la LMAP, hubo un período de tiempo de absoluta indefinición legislativa en materia procesal, situación criticada y reprochada por la doctrina de forma unánime, dada la frontal vulneración que suponía para el principio de legalidad procesal (art. 1 LECrim), así como para la seguridad jurídica, como valor superior de nuestro ordenamiento constitucional (art. 9.3 CE).

Desde luego, es una ingenuidad creer que, para regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, basta con la inserción de un grupo de preceptos en un CP que data del año 1995, configurado pensando tan sólo en personas físicas y que, además, ha de aplicarse a través de un sistema procesal que sólo se estructura conforme a sujetos pasivos de condición humana²⁷. Parece indiscutible, en este sentido, que dotar a las personas jurídicas del estatuto de sujeto pasivo del proceso penal reclama previsiones específicas. Por eso, la doctrina mayoritaria, en su momento, denunció la situación de carencia de regulación procesal²⁸ en la que vivió, durante casi un año, el

²⁴ FGE, Circular 1/2011, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por L.O. 5/2010 (en adelante Circular 1/2011), pp. 74-75.

²⁵ VbVG.

²⁶ D. Lgs. 231/2001.

²⁷ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, *Diario La Ley*, nº 7625, 9 de mayo de 2011; Del mismo autor “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales” en AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.); M^a. J., Sande Mayo (coord.) *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 349-372, p. 352; DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas” en AA.VV., I. Serrano Butragueño; A. Del Moral García (coords.), *El juicio oral en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Comares, 2^o ed., Granada, 2010, pp. 721-762, p. 725.

²⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal” en GASCÓN INCHAUSTI, F. (coord.), *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 19-102, pp. 22-23; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, *Diario La Ley*, núm. 7427, 18 de junio de 2010, quien llama la atención sobre el indeseable efecto de suplencia judicial ligado a esa laguna legal; PEDRAZ PENALVA, E; PÉREZ GIL, J; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N; “Aspectos procesales de la reforma del código penal...ob. cit., p. 20; PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA. VV., F. J. Álvarez García y J. L. González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 583-590, p. 586, quien califica de “estado de necesidad” la carencia provocada por la ausencia de regulación procesal y se lamenta por la inevitable vulneración que implica del principio de legalidad procesal (art. 1 LECrim); CARBONELL MATEU, J. C.; MORALES PRATS, F., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA. VV., F. J. Álvarez García; J. L. González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 56-85, p. 84, quienes advierten que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no podrá ser declarada sin la correspondiente regulación procedimental por lo que

sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, lamentando la desidia, pereza y/o temeridad del legislador, que provocaba un indeseable efecto de suplencia judicial. Pues bien, a tales demandas vino a responder la referida LMAP, que introdujo en la LECrim una docena de nuevas normas, con la pretensión de adaptar la decimonónica Ley a esta nueva parte pasiva del proceso penal. De esta forma, vino a colmarse, al menos parcialmente, la laguna creada, en materia procesal, por la L.O. 5/2010, de 23 de junio, de modificación del CP.

Inicialmente, el proyecto de regulación procesal, tendente a adaptar nuestro antropomórfico sistema procesal penal a las personas jurídicas, partía de que éstas sólo tendrían presencia en el proceso penal a través de sus postulantes, sin posibilidad de comparecer o de intervenir en los actos procesales, por medio de un representante *ad hoc*, que actuase en su nombre y por su cuenta. En aquel texto pre-legislativo, actuaciones tales como las declaraciones de parte del acusado o el ejercicio del derecho a la última palabra se consideraban incompatibles con la especial naturaleza de las personas jurídicas. Este primer modelo resultaba difícilmente compatible con los estándares constitucionales de derechos y garantías procesales²⁹. Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria, aquel posicionamiento inicial se modificó y, en la LMAP finalmente aprobada, prácticamente ninguno de los preceptos mantuvo su redacción original, regulándose, finalmente, la posibilidad de la entidad de hacerse asistir por un representante, especialmente designado a tal fin, que actuase en el proceso con un estatuto jurídico procesal semejante al del sujeto pasivo, permitiendo así, a través de la personificación de la entidad, la adaptación de un sistema procesal antropomórfico a las especificidades de la persona jurídica, como entidad ficticia o incorpórea.

proponen la inclusión de una disposición transitoria que, al tiempo que encargase imperativamente la elaboración de las previsiones procesales correspondientes, suspendiera la entrada en vigor de los preceptos relativos a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas hasta su aprobación; MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Jurídica de Canarias*, nº 24, 2012, pp. 61-74, p. 62; CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M^o., “Representación y defensa de la persona jurídica imputada en el Proceso Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 5, septiembre 2011, pp. 171-188; MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el Derecho...ob. cit., p. 150; 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”, *Cuadernos digitales de Formación*, nº 25, CGPJ, Madrid, 2011, pp. 1-27, p. 4; GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., pp. 1 y 4; GÓMEZ COLOMER, J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., p. 202; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, *Diario La Ley*, nº 7796, 13 de febrero 2012.

²⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.; PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra personas jurídicas: entre lo vigente, lo proyectado y lo imaginado”, en J. Pérez Gil; R. de Román Pérez, (coords.), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Universidad de Burgos, Burgos, 2011, pp. 383-405, p. 393; En la misma línea, MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 21, advertía que la confusión, que se contenía en aquel texto, entre la persona jurídica imputada y la defensa técnica, además de no ser técnicamente correcta, podría causar indefensión y limitaría las posibilidades del juez y del resto de las partes a realizar las preguntas oportunas a la persona jurídica en atención a los hechos investigados y enjuiciados.

Capítulo 1. Los presupuestos procesales y el objeto del proceso penal seguido frente a una persona jurídica

I. La jurisdicción y la transnacionalidad propia de la criminalidad económica

1.- Planteamiento.

Para realizar un estudio completo sobre el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas, la primera cuestión objeto de estudio es la jurisdicción, entendida como presupuesto del proceso³⁰. La finalidad de este epígrafe será, por lo tanto, señalar los supuestos en los que los Juzgados y Tribunales españoles están facultados para investigar y enjuiciar la responsabilidad penal de una persona jurídica.

En esta materia, como en tantas otras, la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha supuesto ninguna modificación legal, permaneciendo como regulación básica la contenida en los arts. 21 y 23 LOPJ. No se han incluido nexos de conexión específicos, ni se han adaptado los criterios preexistentes a esta nueva realidad criminal. Esta ausencia de intervención legislativa hace necesario realizar un esfuerzo exegético para aplicar las normas del art. 23 LOPJ, pensadas originariamente para personas naturales³¹, a las personas jurídicas, en tanto que nuevos sujetos pasivo del proceso penal.

Si bien es cierto que tratándose de entes colectivos la normativa vigente podría resultar insuficiente³², esto no impide que, a través de una interpretación flexible de los nexos o vínculos de conexión señalados en el art. 23 LOPJ, se llegue a una razonable extensión de la jurisdicción española para conocer de los procesos penales que hayan de seguirse frente a las personas jurídicas. Lo cual no obsta a la conveniencia de que se establezca, en la correspondiente L.O., un criterio firme, de anclaje territorial, que proporcione pautas para determinar, con certeza, los límites de la potestad jurisdiccional sobre la materia³³. De hecho, el nivel de complejidad, que

³⁰ Sobre la jurisdicción como presupuesto del proceso, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; FERREIRO BAAMONDE, X.-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Penal*, 3ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2014, p. 78; GONZÁLEZ GRANDA, P., *Extensión y límites de la jurisdicción española: análisis sistemático del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 281-288, entre otros.

³¹ Según, PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia en los procesos penales contra las personas jurídicas”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, pp. 64-84, p. 66, resulta lógico pensar que el mencionado art. 23 LOPJ estaba, originalmente, destinado a las personas físicas en tanto que, en el año 1985, cuando se aprobó la LOPJ regía el principio *societas delinquere non potest*. Además, así se deduce del tenor literal de su apdo. 2º, en el que, tras referirse a los delitos previstos en la ley penal española, precisa que serán competentes los tribunales españoles “siempre que los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho”, y de su apdo. 4º que exige que los “presuntos responsables se encuentren en España” sin que pueda hablarse propiamente de que las personas jurídicas se encuentren en un determinado lugar, dada su naturaleza incorpórea.

³² Así PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 66.

³³ Esta laguna ha sido puesta de manifiesto, entre otros, por PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...ob. cit., p. 395; ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos por personas jurídicas”, en J. M., Zugaldía Espinar; E.

como se verá a continuación, implica la adaptación, en ocasiones forzada, de los criterios preexistentes a la nueva realidad criminológica que implica la persecución penal de ciertas entidades colectivas, se antoja difícilmente compatible con las exigencias derivadas del carácter *ius cogens* de las reglas determinantes de los límites del orden jurisdiccional penal y del principio de legalidad penal, todo lo cual aconseja, encarecidamente, una intervención legislativa en este ámbito, en orden a establecer criterios específicos de competencia judicial internacional para los delitos cometidos por las personas jurídicas³⁴.

El objeto de este epígrafe será, por lo tanto, analizar la extensión y los límites de la jurisdicción española en el orden penal, contemplados en el art. 23 LOPJ, a la luz de la tipificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Como se detallará a continuación, con la regulación actual, pensada originalmente para personas físicas, surgen dudas en la doctrina e interpretaciones contrapuestas sobre cómo aplicar el principio de territorialidad en relación con las personas jurídicas, así como sobre la posibilidad de extender a las mismas los criterios que permiten la persecución extraterritorial de ciertas conductas punible, como el de la nacionalidad activa o el principio de justicia universal. Por otra parte, la específica dinámica comisiva de las personas jurídicas o los criterios de imputación en los que se fundamenta su responsabilidad podrían afectar a la aplicación de los criterios previstos en la LOPJ.

Asimismo, se desarrollarán algunas propuestas de *lege ferenda* que podrían contribuir a aclarar la cuestión estableciendo criterios atributivos de jurisdicción que contemplen el hecho diferencial de que el sujeto pasivo del proceso penal sea una persona jurídica. En este sentido, hay que tomar en consideración que tal sujeto podría ser una entidad transnacional o, simplemente, una entidad nacional con actividades territorialmente diversificadas, para cuyo enjuiciamiento, los actuales nexos, atributivos de competencia judicial internacional, podrían resultar insuficientes.

2.- La transnacionalidad propia de la criminalidad de empresa

La referida omisión en la regulación de específicos criterios de atribución de jurisdicción a los tribunales españoles para el enjuiciamiento de las personas jurídicas, y la falta de adaptación de los existentes, resultan más incomprensibles aún, si se tiene en cuenta la transnacionalidad característica de las actuaciones delictivas imputables a las personas jurídicas. En este sentido, cabe reparar en que, aquellos delitos que el legislador ha señalado como atribuibles a los entes morales,

B. Marín de Espinosa Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 377-402, pp. 379-380.

³⁴ Señala ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., pp. 379-380, que las normas del art. 23 LOPJ no resultan suficientes y que es precisa su adaptación por el legislador, tratando, en las páginas siguientes algunos de los problemas que se plantean con la regulación actual y señalando algunas soluciones *de lege ferenda* muy interesantes.

por tratarse, supuestamente, de delitos en los que la participación de tales entes se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)³⁵, presentan, habitualmente, como rasgo característico, además de su comisión a través de empresas u otras formas de personificación jurídica, el de la transnacionalidad.

Por otra parte, resulta fácilmente constatable que la criminalidad económica o de los negocios opera en una economía de mercado fuertemente globalizada, lo cual le otorga una cierta especificidad al tratar la cuestión de los límites de la jurisdicción y la persecución extraterritorial de los delitos³⁶. En este sentido, la facilidad con la que una persona jurídica puede desarrollar sus actividades de forma simultánea en distintos Estados no encuentra parangón en las personas físicas, cuyas posibilidades de actuación resultan, obviamente, más limitadas, en lo que a diversificación territorial se refiere. A mayor abundamiento, los procesos de integración económica, tales como la UE, la NAFTA o el MERCOSUR, suponen la creación de espacios económicos en los cuales los bienes y los servicios circulan de forma rápida y fácil, pero cuyo ámbito territorial no se corresponde con el del Estado soberano, lo cual puede provocar tensiones y conflictos entre las distintas jurisdicciones nacionales.

Las redes de criminalidad organizada³⁷, así como ciertos delitos económicos³⁸ o de “cuello blanco”³⁹, se sirven de la agilidad del sistema financiero internacional para mover sus ganancias, de forma ágil y rápida, por distintos países, poniendo en evidencia que las fronteras nacionales no constituyen un límite para sus propósitos criminales. Sin embargo, si suponen una evidente restricción para la actuación de las autoridades de persecución penal a quienes compete su investigación y enjuiciamiento⁴⁰. La criminalidad económica transnacional y las redes internacionales de crimen organizado constituyen problemas globales que no admiten

³⁵ Apdo. VII Preámbulo L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica el CP.

³⁶ En este sentido, señala PODGOR, E. S., “Defensive Territoriality: A New Paradigm for the Prosecution of Extraterritorial Business Crimes”, *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, núm. 31, 2002, pp. 1-30, p. 17, “business crimes, especially those related to international business, can include an international dimension to the conduct. One does not find this international feature when looking at many domestic crimes”.

³⁷ En relación con esta tipo de criminalidad sostiene ZARZALEJOS NIETO, J., “La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas”, en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C., C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 139-152, p. 142, que pretendiendo esta última reforma dotar al Estado de mayor capacidad contra la delincuencia organizada, y teniendo ésta una *creciente faceta internacional*, resulta incomprensible que no se trate de forma expresa la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a los criterios de extraterritorialidad de los tribunales españoles (la cursiva es mía).

³⁸ Afirma, en este sentido PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...ob. cit., p. 395, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas está estrechamente vinculada con la criminalidad económica y que los delitos de esta naturaleza tienen en gran medida una dimensión transnacional.

³⁹ La expresión “delitos de cuello blanco” fue acuñada por primera vez por SUTHERLAND en una Conferencia ofrecida en la sede de la *American Sociological Society* el 28 de noviembre de 1939. Esta conferencia fue objeto de la siguiente publicación: “White-collar Criminality”, *American Sociological Review*, núm. 5, febrero de 1940.

⁴⁰ Afirmación sostenida por GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, 2000, p. 23, en relación con los delitos de cuello blanco.

soluciones domésticas. Por eso, fuera de los límites de un Estado, la eficacia de la persecución penal depende de la celebración de Tratados y Convenios internacionales tendentes a facilitar el auxilio y ayuda judicial mutua⁴¹, esto es, la cooperación judicial internacional⁴².

Pero la nota de la transnacionalidad no se encuentra sólo acentuada por el tipo de criminalidad de que se trata, sino también por la misma naturaleza del sujeto investigado, que es, precisamente, el elemento que individualiza este estudio. En este sentido, el hecho de que un determinado delito se cometa con los medios o bajo la cobertura de una persona jurídica puede, así mismo, contribuir a su carácter transnacional, en tanto que las estructuras jurídicas tienen más facilidad para operar simultáneamente en una multiplicidad de países, a través de la implementación de estrategias de descentralización territorial y de procesos de deslocalización de sus actividades. Pueden constituirse y disolverse con enorme rapidez y facilidad, así como transformarse o trasladar su sede social de un Estado a otro de forma relativamente sencilla. Una persona física se encuentra, evidentemente, más limitada que una persona jurídica para realizar acciones simultánea o sucesivamente en una pluralidad de Estados nacionales, en vista de las limitaciones que su naturaleza corpórea le impone.

Las desiguales regulaciones penales en la materia entre los distintos Estados, incluso entre los integrantes de la UE, y la falta de previsión legal de nexos de competencia judicial internacional específicos para las personas jurídicas, son factores que dificultan la persecución extraterritorial de las personas jurídicas. Por consiguiente, en la medida en que el principio de territorialidad se muestra insuficiente en la persecución de este tipo de criminalidad, tales dificultades favorecen su impunidad.

Por otra parte, el desarrollo de la economía mundial ha llevado a una internalización de la actividad económica que va de la mano de la aparición y el desarrollo de empresas transnacionales o multinacionales⁴³, esto es, de unidades económicas “apátridas” que, por su propia organización diversificada, operan indistinta y simultáneamente en varios Estados quedando, por lo tanto, sometidas a regulaciones distintas en cada uno de ellos. El enorme tamaño y la ingente cantidad de recursos que manejan algunas de tales organizaciones, les otorgan una posición de

⁴¹ GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...* ob. cit., p. 41.

⁴² En un línea similar, sostiene ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., p. 102, que “la criminalidad organizada y empresarial, principalmente aprovecha los mecanismos del libre comercio para buscar las ventajas comparativas que le otorgan las diversas legislaciones penales en materia de impunidad, lagunas penales y demás facilidades para delinquir. (...) La cooperación internacional en materia penal es una necesidad de la Política Criminal moderna”; En una línea similar, señala ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...” ob. cit., p. 380, que a la delincuencia internacional también se le debe dar una respuesta desde la cooperación internacional en el ámbito penal y que los desarrollos en este ámbito posibilitan que las decisiones de los jueces españoles disfruten de cierta eficacia extraterritorial. (La cursiva es mía). Y es que, en mi opinión, la cooperación internacional ha de entenderse como un complemento imprescindible de la actuación estatal, pero, al fin y al cabo, como un instrumento accesorio de las persecuciones nacionales.

⁴³ TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico y nuevas formas de criminalidad*, M.A. Amanto Vásquez (trad.), Idemsa, Lima-Perú, 2000, p. 165.

preeminencia y poder que, en ocasiones, conduce a abusos que atentan contra la legalidad y, en tales casos, el Derecho Penal se presenta como instrumento idóneo para prevenir y combatir tales abusos⁴⁴, especialmente, atendiendo al enorme potencial lesivo de tales entidades.

El fenómeno de las empresas multinacionales, unido a la inexistencia de criterios claros de anclaje jurisdiccional, puede favorecer el *forum shopping*, de tal forma que tales estructuras asociativas concentren sus actividades más arriesgadas, en términos jurídico-penales, en aquellos Estados en los que tienen menos probabilidades de resultar efectivamente condenadas y, por lo tanto, más posibilidades de consolidar sus ganancias ilícitas. Estas prácticas de deslocalización, basadas en la búsqueda de macro-entornos legales favorables a la impunidad, se ven favorecidas por la liberalización del comercio, a nivel mundial y regional⁴⁵, sin una estandarización adecuada a nivel legal⁴⁶. En este sentido, resulta especialmente significativa la creación de filiales en paraísos fiscales por parte de las grandes empresas que se benefician así, no sólo de la baja tributación a la que quedan sujetas en aquellos Estados, sino también de la opacidad y de la falta de transparencia característica de tales regímenes. Así, el último informe del Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa pone de manifiesto como las empresas del IBEX 35 han incrementado casi un 7% su presencia en paraísos fiscales a través de la creación de filiales en 2013⁴⁷.

⁴⁴ Cfr. Idem., p. 166.

⁴⁵ En este sentido, sostiene ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...ob. cit.*, p. 102, “*la caída de fronteras entre los países de bloques económicos es aprovechada por esta criminalidad para transportar mercancías y ganancias ilícitas. Por el contrario, los bloques de países Selene carecer de homogeneidad en las legislaciones penales, por lo que se dificulta la persecución penal*”.

⁴⁶ Por otra parte, tal y como pone de manifiesto TARUFFO, M., “Globalizing procedural justice. Some general remarks” en AA.VV., A. J. Pérez Cruz Martín; X. Ferreiro Baamonde (co-dirs.) A. Neira Pena (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, pp. 17-29, p. 19, hay que tener en cuenta que, la actual globalización legal, en aquellos ámbitos en los que se produce, por ejemplo, en los mercados financieros o en el mercado laboral, no es neutral ni equitativa, en el sentido de orientada a alcanzar un más alto nivel de justicia para todos, sino que favorece a unos, normalmente a los más fuertes, en detrimento de otros grupos o países más débiles.

⁴⁷ El citado informe, fue publicado el 29/05/2014, con el título “La responsabilidad Social Corporativa en las memorias anuales de las empresas del IBEX35” y está disponible en <http://observatoriorsc.org/las-empresas-del-ibex35-omiten-riesgos-en-las-memorias-de-rsc/>, última consulta 12/01/2015.

3.- La extensión y los límites de la jurisdicción española en los procesos penales seguidos frente a personas jurídicas

La necesidad de adaptar el contenido del art. 23 LOPJ a las personas jurídicas hace necesario diferenciar, por una parte, el principio general de territorialidad, que constituye la regla básica de competencia internacional y, por otra parte, las extensiones de la jurisdicción que se proyectan sobre delitos cometidos en el extranjero en virtud del principio de personalidad (art. 23.2 LOPJ), del principio real o de protección (art. 23.3 LOPJ) y del principio de justicia universal (art. 23.4 LOPJ).

3.1.- El principio de territorialidad

La LOPJ establece, como principio fundamental en orden a la atribución de jurisdicción a los órganos judiciales españoles, el principio de territorialidad⁴⁸. Así viene establecido, en términos generales, en el art. 21.1 LOPJ⁴⁹ y, concretado, en relación con el orden jurisdiccional penal, en el art. 23.1 del mismo texto legal⁵⁰.

En primer lugar, partiendo de la literalidad del art. 23.1 LOPJ, cabe reparar en que la delimitación del territorio español no plantea especialidades en relación con los delitos cometidos por las personas jurídicas, toda vez que el concepto de territorio se mantiene invariable. Sin embargo, la determinación del *locus commissi delicti*, atendiendo a las clásicas teorías de la acción, el resultado y la ubicuidad, si podría sufrir alguna modificación y/o ampliación, al tomar en consideración el sistema de imputación previsto en el CP para las personas jurídicas, como nuevos sujetos pasibles de penas.

En términos generales, la determinación del lugar de comisión del delito, plantea problemas de interés, sobre todo en relación con ciertas figuras delictivas. Ocurre,

⁴⁸ En este sentido, manifiesta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2014, p. 740, que “*el principio de territorialidad es la afirmación de la soberanía de un país. Sin duda el ejercicio de la potestad jurisdiccional implica una actividad que refleja la soberanía del Estado, por lo que la jurisdicción debe quedar circunscrita por los propios límites de la soberanía*”. Así pues, según el citado autor, la supremacía del principio de territorialidad se debe, por una parte, a que el mismo responde a la esencia de la jurisdicción entendida como potestad dimanante de la soberanía estatal, superponiéndose los límites de ambas. A mayor abundamiento, se defiende ese principio frente a otros afirmando que allí donde se quebró la paz mediante el delito, allí es donde debe ser restaurada mediante la declaración de la sentencia; asimismo se esgrime la mayor facilidad para la recogida de las pruebas del hecho delictivo y, por el contrario, las mayores dificultades para encontrarlas cuando el hecho sea perseguido lejos de su lugar de comisión.

⁴⁹ Art. 21.1 LOPJ “*Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales en los que España sea parte*”.

⁵⁰ Art. 23.1 LOPJ “*En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte*”.

particularmente, con los delitos cuya comisión a distancia es posible, lo que provoca un distanciamiento espacial entre la acción delictiva y su resultado, así como con aquellos otros que permiten que la acción se desarrolle simultánea o sucesivamente en distintos países, como sucede con los delitos cometidos a través de Internet⁵¹. Pues bien, precisamente, la descentralización territorial de una persona jurídica favorece la comisión a distancia de los delitos, así como su realización simultánea o sucesiva en territorios diversos, en tanto que una acción criminal, planeada y diseñada en un determinado territorio, puede ser ejecutada en los establecimientos y sedes con los que la entidad cuenta en los distintos Estados nacionales en los que opera. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas podría generar una casuística que vendría a complicar sensiblemente la determinación del *locus commissi delicti*. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de un conglomerado de sociedades, con sedes o establecimientos repartidos por los territorios de distintas jurisdicciones nacionales, en una empresa con sede en un determinado territorio nacional que opere a distancia, esto es, sin contar con una sede física, simultáneamente en varios Estados o, incluso, en entidades que, operando en un único mercado, afecten con sus actuaciones a un ámbito supranacional, como podría ocurrir, por ejemplo, con una agencia de calificación de valores bursátiles que, a través del uso de información privilegiada, provocase perjuicios en diversos países. Tales situaciones podrían provocar conflictos entre distintas jurisdicciones estatales y problemas de *ne bis in idem* internacional.

Para determinar el lugar de comisión del delito se han usado tradicionalmente tres criterios: el de la actividad, el del resultado y el de la ubicuidad⁵². La necesidad de evitar la impunidad de ciertos delitos⁵³, junto con la ausencia en la LOPJ de reglas para concretar el *locus commissi delicti*, favorece la aplicación del criterio de la ubicuidad, que atribuye potestad para el enjuiciamiento, tanto a los órganos judiciales del lugar en que tuvo lugar la acción u omisión penalmente relevante, como a los del lugar en que se produjo el resultado del hecho punible. Además, éste es la teoría generalmente seguida por la jurisprudencia del TS⁵⁴. En aplicación del mismo, independientemente de que se trate de personas jurídicas españolas o extranjeras, si las mismas delinquen en España, esto es, si cualquiera de los elementos del tipo

⁵¹ Sobre las características de este tipo de delitos y la problemática procesal que plantean, véase VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet: cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010, esp. pp. 48-53, donde se refiere a su comisión a distancia y a su habitual componente internacional, abordando los problemas competenciales que plantea su enjuiciamiento.

⁵² El primero atiende al lugar en el que se desarrolla la acción delictiva, el segundo al lugar en el que se producen sus efectos, mientras que el criterio de la ubicuidad conjuga ambos criterios, y permite optar por atribuir el conocimiento de una causa a los órganos jurisdiccionales del lugar donde se ejecutó la acción típica o a los del territorio en el que se hayan producido los efectos del delito. Ver, sobre esta cuestión, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; FERREIRO BAAMONDE, X. X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 109-112.

⁵³ En esta misma línea, sostiene, GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...* ob. cit., p. 36, que el problema que plantea el principio de territorialidad es que una aplicación restrictiva del mismo favorecería la impunidad de muchas conductas delictivas.

⁵⁴ En este sentido, el TS (Sala 2ª). Acuerdo no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, sobre los criterios de atribución de la competencia: por razón del territorio y el principio de ubicuidad, JUR 2005\73172, considera que el lugar de comisión del delito debe ser establecido mediante el criterio de la teoría de la ubicuidad y, por lo tanto, el delito se considerará cometido “*en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero hayan iniciado las actuaciones procesales será en principio competente para la instrucción de la causa*”.

penal o del hecho punible se ha realizado en España o si sus conductas producen resultados penalmente relevantes en el territorio español, quedarán sometidas a la jurisdicción española.

No cabe duda, por otra parte, de que, independientemente de que se trate de una persona jurídica de nacionalidad extranjera, todo el que opera en territorio español queda obligado por las leyes penales españolas⁵⁵. Por lo que, independientemente, de que en el país de origen de la entidad no se contemple la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el sistema penal español resultará aplicable a todas las personas jurídicas que operen en el territorio nacional, ya sea a través de centros de producción, sucursales o filiales radicadas en España desde las que se realicen conductas o se produzcan resultados relevantes para el Derecho Penal español⁵⁶, ya sea a través de actuaciones a distancia, que produzcan resultados en el territorio español, como, por ejemplo, a través de su cotización en la bolsa de valores española, aun cuando tengan su sede y realicen físicamente sus operaciones en el extranjero⁵⁷.

Por lo tanto, dada la primacía del principio de territorialidad frente al otros nexos jurisdiccionales⁵⁸, como podría ser el de la nacionalidad, y las reglas de aplicación de la ley penal en el espacio (art. 8 CC), las sociedades extranjeras que cometen un delito en territorio español deberán quedar sujetas a la jurisdicción española y ser, por lo tanto, juzgadas en España. No obstante, aun cuando se admita su sujeción al ordenamiento y a los jueces nacionales, su nacionalidad extranjera o el hecho de que su sede principal se ubique fuera del territorio del Estado, podrían plantear ciertos problemas u obstáculos para su imputación, para la investigación de los delitos presuntamente cometidos, para su enjuiciamiento o, en el caso de que resultasen condenadas, para la ejecución de las penas que se les hubiesen impuesto.

⁵⁵ El art. 8 CC señala, aunque seguramente pensando sólo en personas físicas, que “*las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español*”.

⁵⁶ Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español” en AA.VV., J-M, Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.) *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15-42, p. 16.

⁵⁷ Cabe traer a colación en este punto los efectos de la Ley SOX que sujeta a la jurisdicción estadounidense a todas aquellas entidades que deciden cotizar en los mercados de valores norteamericanos. Así, a modo de ejemplo, las empresas españolas BBVA, BSCH, Telefónica, Repsol, Endesa, PRISA o ANTIVENIO podrían ser sancionadas penalmente en Estados Unidos si incumpliesen los requerimientos de la citada Ley. Como consecuencia, esta regulación, ha provocado la adaptación a sus requerimientos de control interno, no sólo de las multinacionales domiciliadas en EE. UU. y de sus filiales en el extranjero, sino también de aquellas otras entidades extranjeras que pretenden operar en el mercado bursátil norteamericano. En este sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 29, sostiene que la ultra actividad extraterritorial de la Ley SOX sería uno de los elementos que, junto con los convenios internacionales y las recomendaciones de organizaciones supranacionales, explicaría la expansión internacional del fenómeno del *whistleblowing*, como forma de adaptación, por parte de las corporaciones, a la legalidad estadounidense.

⁵⁸ Sobre la primacía del principio de territorialidad, véase ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., p. 383; BLANCO LOZANO, C., “Principios espaciales y personales de aplicación del derecho penal español”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 73, enero 2001, pp. 35-80.

En primer lugar, antes de proceder a imputar la comisión de hecho punible a una entidad, será preciso determinar si ésta ostenta la condición de persona jurídica o si, por el contrario, se trata de un ente sin personalidad, para lo cual, el primer paso será fijar el Derecho aplicable. En este sentido, el art. 9.11 CC señala que la ley personal de una persona jurídica es la determinada por su nacionalidad y regirá en todo lo relativo a su capacidad y a su constitución. Por su parte, algunos instrumentos normativos comunitarios definen a la “persona jurídica” como *cualquier entidad que goce de tal régimen jurídico con arreglo al Derecho nacional aplicable*⁵⁹. Pues bien, de tales disposiciones se deduce que la condición de persona jurídica de una entidad viene determinada por el Derecho del Estado del que la misma es nacional que, normalmente, vendrá fijado, a su vez, por el lugar de su domicilio o el lugar en el que se haya constituido. Si de acuerdo con su Derecho nacional, tal entidad no ostenta personalidad jurídica, en principio, aun cuando haya protagonizado un hecho punible en España, no será pasible de penas pudiendo imponérsele, únicamente, las consecuencias accesorias del art. 129 CP, previstas para los entes sin personalidad. La cuestión no es baladí, en tanto que, tales consecuencias accesorias lo son respecto de una pena principal por lo que, mientras una persona jurídica puede ser juzgada, aun sin procederse frente a la persona física autora del hecho de referencia, un ente sin personalidad ha de ser siempre enjuiciado junto con la persona natural autora del delito y pasible de la pena principal.

En segundo lugar, en relación con los delitos cometidos por entidades extranjeras, el problema, en caso de que deban ser enjuiciadas en España, radica en que, muchas veces, su investigación y efectiva persecución, depende de la voluntad de los Estados de origen de la entidad, que pueden ser más o menos proclives a cooperar⁶⁰. Por ejemplo, puede darse el caso de que una entidad extranjera, con sede en un paraíso fiscal, que, por las actividades que desarrolla en este país, debiera tributar en España, pero que, sin embargo, no lo hace. La investigación de tales delitos presentaría enormes dificultades, como consecuencia de la falta de transparencia característica de las legislaciones bancaria, comercial, administrativa y registral de esos países⁶¹, de tal forma que el recurso a la cooperación judicial internacional, tan necesaria en investigaciones de ámbito supranacional, podría no estar disponible.

Por otra parte, en el caso de que se enjuiciase a una entidad extranjera en España, podría haber obstáculos para la ejecución de las penas que eventualmente pudieran

⁵⁹ Esta definición, se recoge, por ejemplo, en la D.M. 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro; D.M. 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo; D.M. 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; D.M. 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; la D.M. 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, entre otros.

⁶⁰ Sobre esta cuestión señala GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...*ob. cit., p. 23, que fuera de los límites de un Estado la eficacia de la persecución penal depende de la celebración de Tratados y Convenios internacionales tendentes a facilitar el auxilio y ayuda judicial mutua, así como del abstracto, y siempre modulable principio de reciprocidad.

⁶¹ A estas dificultades se refieren, entre otros, GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...*ob. cit., p. 52; TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico* (2000)...ob. cit., pp. 188-192.

llegar a imponérsele. Sobre todo para aquellas penas restrictivas de derechos, distintas de la multa, tales como la disolución, la suspensión de actividades, la inhabilitación para obtener ciertas ayudas o subvenciones públicas o el cierre de locales. Cuando éstas tuvieran que hacerse efectivas fuera del territorio nacional, la colaboración de la jurisdicción extranjera resultaría imprescindible, en tanto que su cumplimiento coactivo no podría ser garantizado por los Tribunales españoles si ello implicase adentrarse en los límites de la soberanía de otro país. Por ejemplo, la pena de disolución, para ser realmente efectiva precisaría de la colaboración del Estado en el que la entidad se hubiese constituido, para practicar en el mismo las correspondientes anotaciones registrales, en orden a expulsarla del tráfico jurídico. Del mismo modo, la prohibición de realizar ciertas actividades, sólo podría ser ejecutada coactivamente por los Tribunales españoles en el territorio nacional, quedando excluidas, por lo tanto, las actividades realizadas en el extranjero⁶².

En todo caso, tal y como se indicó *ut supra*, la sujeción a la ley penal nacional, de cualquier persona, física o jurídica, nacional o extranjera, que opere en el territorio español, se deriva ineludiblemente del principio de aplicación territorial de la ley penal (art. 8.1 CC). A mayor abundamiento, en el ámbito de la UE, otra solución entraría en contradicción con el art. 18 TUE y el art. 49 TFUE que, al disponer, respectivamente, la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad y la libertad de establecimiento, prohíben todo trato discriminatorio fundado en el lugar en el que se encuentra la sede de la sociedad, discriminación que sería evidente si la sociedad que opera en España quedase exenta del respeto al CP español por ser nacional de otro Estado miembro o por tener su sede principal en el extranjero⁶³.

En definitiva, cabe afirmar como criterio general para atribuir a la jurisdicción española el conocimiento de un asunto penal frente a una persona jurídica la realización por ésta de cualquier acto penalmente relevante en España o, en palabras del TS, de algún elemento del tipo⁶⁴, aunque la entidad se haya constituido, tenga su sede o desarrolle su principal actividad en el extranjero⁶⁵. El problema estará en determinar qué circunstancias o elementos pueden considerarse penalmente

⁶² Incluso en el ámbito de la UE, se observa que las únicas penas imponibles a las personas jurídicas cuya ejecución transnacional ha sido objeto de regulación específica son el decomiso y las sanciones pecuniarias. Ver, en este sentido, los arts. 166.3 y 180.2 Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE. Los problemas que presenta la ejecución extraterritorial de las penas impuestas a las personas jurídicas serán objeto de estudio el apdo. 6, epígrafe IX, capítulo 3.

⁶³ Esta argumentación es desarrollada por VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 118, en relación con el ordenamiento italiano. El autor señala que el principio de territorialidad implica que quien decide operar en Italia tiene la carga de adaptarse a las previsiones normativas italianas ya que lo contrario entraría en contradicción con el art. 49 del TFUE; En un sentido similar se expresa SPANGHER, G., *I procedimenti speciali. Le impugnazioni. Il processo penale minorile. Accertamento della responsabilità degli enti*, Padova, CEDAM, 2012, p. 448.

⁶⁴ Esta expresión es empleada en la ya citado Acuerdo no jurisdiccional del TS (Sala 2ª) de 3 de febrero de 2005, JUR 2005\73172, en la que se opta por el criterio de la ubicuidad como forma de determinar el lugar de comisión del delito.

⁶⁵ Este es el criterio que fija el CP para aplicar sus disposiciones a las organizaciones y grupos criminales señalando que “*Las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero*” (art. 570 quáter apdo. 3º CP).

relevantes a estos efectos, o integrantes del tipo penal, en tanto que, en el sistema de imputación de las personas jurídicas, la acción u omisión descrita en la Parte Especial del CP, habitualmente denominada conducta típica, no es realizada, directamente, por la persona jurídica, sino por las personas físicas que por ella actúan. Tal conducta, siempre protagonizada por una persona humana, en el modelo de responsabilidad de los entes colectivos, pasa a denominarse hecho de referencia y constituye el presupuesto, que no el fundamento, de la responsabilidad de la persona jurídica. Sin embargo, el hecho punible imputable a la entidad no se agota en tal hecho de referencia, sino que se integra, así mismo, por otros elementos, tales como el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, las circunstancias de haberse cometido el delito en nombre y en beneficio de la entidad o la falta de un modelo de organización y gestión idónea para prevenir la comisión de delitos.

3.1.1.- La teoría del resultado para determinar el lugar de comisión del delito

Si para determinar el *locus commissi delicti*, se acude a la teoría del resultado, se observa que éste no sufre modificaciones ni ampliaciones al responsabilizar a la persona jurídica por el delito. De acuerdo con esta teoría, si el resultado ha tenido lugar en España es posible exigir responsabilidad penal a la persona jurídica que lo haya cometido, independientemente de su nacionalidad⁶⁶. Como ya se ha comentado, esta regla atiende al lugar en el que se manifiestan los efectos del delito, es decir, la lesión de los bienes jurídicos tutelados por la norma penal por lo que, en principio, la participación de la persona jurídica en la dinámica comisiva no supondrá ninguna alteración de tal extremo, más allá de que, operando a través de estructuras societarias transnacionales, la potencialidad de los resultados dañosos pudiese incrementarse, no sólo en cuanto a su lesividad, sino también en cuanto a su extensión o a su dispersión territorial.

No cabe desconocer los riesgos de asumir un entendimiento excesivamente amplio de la teoría del resultado. Así pues, entender que cualquier efecto del delito en un determinado Estado le atribuye jurisdicción para perseguir actos realizados por entidades extranjeras en el extranjero puede resultar un criterio demasiado amplio en un mundo tan intensamente globalizado como el actual⁶⁷. En este sentido, en EE. UU., se propone por algunos autores cambiar la doctrina denominada “*objective territoriality*”, que exige meramente que el comportamiento delictivo tenga un efecto en el país, aun cuando éste no sea sustancial, por otra aproximación más restrictiva denominada “*defensive territoriality*” que atiende, entre otros factores, a la necesidad de protección de los intereses nacionales y a la posible intención del autor del hecho

⁶⁶ Así lo aprecia también ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., p. 397, señalando que en relación con el supuesto de comisión de delitos por las personas físicas la determinación del lugar de comisión atendiendo al resultado no ofrece particularidades muy especiales cuando el delito es cometido por una persona jurídica.

⁶⁷ En este sentido, en *United States v. Nippon Paper Industries Co.* 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997) se afirma que: “*We live in an age of international commerce, where decisions reached in one corner of the world can reverberate around the globe in less time than it takes to tell the tale.*”

de eludir deliberadamente la jurisdicción penal norteamericana realizándolo en el extranjero⁶⁸.

3.1.2.- La teoría de la actividad y el defecto de organización como elementos constitutivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Por el contrario, el criterio de la actividad sí podría sufrir modificaciones en su aplicación, como consecuencia de la introducción de las personas jurídicas en el sistema de justicia penal. Esta teoría apunta, como lugar de comisión del delito, a aquél en el que se ha desarrollado la acción u omisión delictiva, esto es, donde se ha realizado, en todo o en parte, la conducta típica. Pues bien, a la luz del sistema de imputación previsto para las personas jurídicas, habrá que determinar qué elementos integran tal conducta típica.

Si se entiende que los actos típicos son sólo los del delito base o del hecho de referencia, es decir, los descrito en la Parte Especial del CP, la participación de la persona jurídica en nada modificaría la determinación del *locus commissi delicti*. Así lo argumenta GASCÓN INCHAUSTI al señalar que, dado que el art. 23 LOPJ parte, en todo caso, de la comisión de delitos por personas físicas, habría que atender al lugar en que se han desarrollado los hechos de referencia, es decir, donde la persona física haya perpetrado el delito base⁶⁹. Con arreglo a esta interpretación, los tribunales españoles ostentarían jurisdicción para proceder contra las personas jurídicas que tuvieran su sede fuera de España, siempre y cuando el hecho de referencia se hubiese cometido en territorio español. Tal potestad constitucional de enjuiciamiento se mantendría aunque el proceso se dirigiese únicamente contra la persona jurídica extranjera en cuyo provecho se hubiese actuado⁷⁰. Como observa el citado autor, en apariencia, esta regla responde a la idea de que “*la persona jurídica sigue el fuero de la persona física*”, pero, en realidad, “*lo que ocurre es que la imputación de la persona jurídica se funda también en los hechos de referencia cometidos por la persona física*” en territorio español⁷¹.

No se trata de un supuesto de conexidad delictiva que, por lo demás, no sería determinante de la jurisdicción, aunque pudiera serlo de la competencia, tanto objetiva como territorial⁷², sino de un caso de corresponsabilidad por el mismo hecho. En este sentido, se observa que el hecho de referencia, protagonizado por la persona física, integra el hecho punible imputable a la persona jurídica o, en otras palabras, constituye un presupuesto ineludible para afirmar su responsabilidad penal. Como consecuencia, el lugar de comisión de ese *hecho único*, esto es, el lugar en que

⁶⁸ PODGOR, E. S., “Defensive Territoriality: A New Paradigm...ob. cit., pp. 23-25 y 28-29.

⁶⁹GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012, p. 49.

⁷⁰ En estos términos se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...*ob. cit., p. 50, para quien, en tal caso, sería probable que la sentencia tuviese que ser ejecutada en el extranjero, normalmente en el territorio donde la entidad tuviese su sede.

⁷¹ Ídem. p. 50.

⁷² PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., pp. 64-84, p. 67.

se ejecuta la acción típica y antijurídica en que consiste el hecho de referencia, es común a ambos responsables, persona física y persona jurídica, independientemente de la nacionalidad de la entidad o del lugar en que se encuentre su sede principal. Es otra consecuencia de la relación de continencia que existe entre el hecho de referencia y el hecho punible imputable al ente⁷³.

Sin embargo, en la determinación del *locus commissi delicti*, caben otras interpretaciones que, teniendo en cuenta la especificidad de la dinámica delictiva de las personas jurídicas, conducirían a una extensión de tal nexo jurisdiccional y, consecuentemente, a una ampliación de la jurisdicción. Así, se plantea la posibilidad de entender que el lugar en el que se ha desarrollado la acción podría ser, además de aquel en el que se comete el hecho de referencia, aquel otro en el que se produce el defecto de control penalmente relevante o, según la terminología empleada por el CP desde el 1 de julio de 2015, aquel en el que se produce un grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control (art. 31 bis 1 b CP)⁷⁴. De hecho, si se entiende que, al menos para el caso de delitos cometidos por los subordinados, ese déficit de control constituye un elemento típico de la conducta ilícita imputable al ente, lo coherente es entender que donde se produce tal omisión de los deberes de vigilancia se ha producido, en parte, el hecho típico. En este sentido, el lugar en que se produce la omisión del debido control, como elemento constitutivo del ilícito penal imputable al ente, en el que además se fundamenta su propia culpabilidad, sería considerado *locus commissi delicti*. Así mismo, siguiendo con esta línea argumentativa, el lugar en donde se produce el provecho para la entidad, requisito que también integraría el hecho punible imputable a la persona jurídica podría considerarse como lugar de comisión del ilícito penal imputable al ente, aun cuando el hecho de referencia se hubiese perpetrado en el territorio de otro Estado.

En esta línea, se puede argumentar que las teorías de la ubicuidad y de la actividad permitirían perseguir en España conductas realizadas en el extranjero, por personas jurídicas, españolas o extranjeras, cuyos resultados no hayan tenido lugar en España, cuando el incumplimiento de los deberes de supervisión y control, en cambio, sí hubiese trascurrido en nuestro país. Este lugar, en el que, supuestamente, se habrían omitido las obligaciones de control y de prevención de delitos, por parte de la persona jurídica, podría asimilarse al de su domicilio social, al de su dirección efectiva o al de su administración central, en tanto en cuanto, allí estuviese establecido el órgano de administración o el órgano al que haya sido confiada la supervisión del modelo de prevención al que se refiere el art. 31 bis 2.º CP. En este sentido, podría interpretarse que en tal ubicación espacial se concentra la actividad supervisora y decisoria de la entidad, a la vez que se forma su voluntad que o bien,

⁷³ La relación de continencia entre ambos objetos procesales será estudiada en el apdo. 5, del epígrafe IV del presente capítulo.

⁷⁴ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...*ob. cit., pp. 52-53, señala que, en función de la modalidad delictiva, también podría ser razonable entender que el delito se considera cometido donde se han desarrollado los hechos internos de la persona jurídica, es decir, donde se ha producido el defecto de organización o control, que será en muchos casos el del domicilio social o el del establecimiento de la persona jurídica.

activamente decide delinquir o bien, simplemente, omite cumplir con sus deberes de supervisión y vigilancia⁷⁵.

De esta forma, al aplicar las tradicionales teorías para determinar el lugar de comisión del delito al sistema de imputación previsto para las personas jurídicas, se podría concluir que el delito no sólo se comete allí donde las personas físicas realizan el hecho de referencia o donde se produce el resultado de la conducta típica, sino también allí donde los administradores, representantes legales, los autorizados a tomar decisiones en nombre de la entidad y los que ostentan facultades de organización y control en su seno, realizan ordinariamente sus funciones, en tanto que en tal espacio físico se habrá producido el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que permite imputar a la persona jurídica responsabilidad penal por la actuación delictiva de sus agentes.

Sin embargo, en mi opinión, tal entendimiento, responde a una ficción no del todo justificada para el caso de que el delito responda a una decisión deliberada de la entidad o de sus órganos de representación, decisión, supervisión o control. La decisión delictiva ha podido tomarse por teléfono, en un avión o en el despacho de un oficial extranjero, por poner algunos ejemplos. Desde luego resulta poco realista entender que las decisiones delictivas en las empresas se adoptan, generalmente, en su sede central, en las juntas generales de los accionistas o en las reuniones del Consejo de Administración y que de ellas se levanta un acta. Otra cosa podría argumentarse en relación con aquellos delitos cometidos por los subalternos y facilitados por la omisión de los deberes de supervisión, vigilancia y control que corresponden a sus superiores. En tal caso sí cabría imputar, formalmente, la omisión del debido control, por ausencia de mecanismos adecuados de prevención de delitos, a la sede de dirección efectiva de la entidad, esto es, al lugar en el que se reúne ordinariamente el órgano de administración o el órgano encargado de implementar y supervisar el sistema de prevención delictiva.

En cualquier caso, establecer como criterio de conexión autónomo para el enjuiciamiento de las personas jurídicas el lugar en que se produjo el defecto de organización y control presentaría varios inconvenientes que resulta oportuno poner de manifiesto aquí. En primer lugar, la indeterminación de tal concepto y la consiguiente dificultad de fijar su acaecimiento en un concreto espacio geográfico podrían provocar una elevada inseguridad jurídica en la determinación de un elemento, como la jurisdicción, que es presupuesto del proceso y cuya ausencia podría provocar la nulidad de pleno derecho de las actuaciones procesales (art. 238.1 LOPJ). Además, como consecuencia de tal indeterminación, podrían incrementarse las posibilidades de conflictos de jurisdicción y los problemas de *ne bis in idem* internacional. En segundo lugar, el defecto de organización, como nexo jurisdiccional, podría provocar un indeseable distanciamiento entre el lugar de enjuiciamiento y el de comisión del hecho de referencia, sobre todo cuando los órganos de supervisión y control se encontrasen espacialmente distantes del lugar en el que la entidad desarrolla materialmente su actividad. Distanciamiento que también

⁷⁵ Cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., pp. 398-399.

podría acarrear consecuencias negativas desde el punto de vista del acopio del material probatorio y, por ende, de la efectividad del enjuiciamiento.

3.1.3.- La conexidad no sirve como criterio determinante de la jurisdicción

De la misma forma, cabría plantearse si el defecto de organización o la falta de controles preventivos en una sucursal o establecimiento sito en España, cuya matriz fuese de nacionalidad extranjera, podría atraer, ante los tribunales españoles, a la entidad domiciliada en el extranjero y a sus agentes no nacionales, que hubiesen delinquir fuera del territorio español, pero aprovechándose del defecto organizativo de su sede en España o con la intención de beneficiarla, por ejemplo, a través de la reinversión de los beneficios ilícitos en la misma. En tal caso, al entender que el defecto organizativo o la materialización del provecho en España son nexos suficientes para afirmar que la conducta delictiva ha sido, al menos en parte, desarrollada en nuestro país, cabe plantearse si sería admisible el enjuiciamiento de la matriz o de la persona física extranjera en España. Sin embargo, considero que la respuesta a tal cuestión ha de ser forzosamente negativamente. El enjuiciamiento del individuo de nacionalidad extranjera, que delinque en el extranjero, no correspondería a los tribunales españoles porque la omisión de controles acaecida en España, no integra el hecho punible imputable a éste.

La ausencia del debido control o el defecto de organización es un elemento típico del complejo fáctico imputable al ente, es decir, es un elemento constitutivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero resulta ajeno a las personas físicas autoras materiales del delito o protagonistas del hecho de referencia. Como consecuencia, la persona jurídica responde por un ilícito penal complejo, en el que se integra el hecho de referencia atribuido a una persona natural. Pero, sin embargo, la persona física sólo responde, en su caso, por el delito que cometió, resultando indiferentes, para la determinación de su actuación penal, los específicos criterios de imputación previstos para las personas jurídicas, concretamente el defecto de organización o el incumplimiento grave de los deberes de control que pesan sobre el ente. Por eso cabe entender que el lugar de comisión del delito imputable a la entidad es aquél en el que se cometió el hecho de referencia y también aquel otro en el que tuvo lugar la omisión del control debido, mientras que para la persona física sólo es relevante el lugar de comisión del hecho de referencia, lo que impide que sea juzgada, por este solo hecho, en el lugar en el que se omitió el deber de control.

Por lo tanto, si el delito se comete en el extranjero, pero en beneficio de una persona jurídica ubicada en España que no cuenta con un modelo de organización adecuado para prevenir su comisión, de acuerdo con tal concepción ampliada del *locus commissi delicti*, el Estado español podría juzgar a la persona jurídica presuntamente responsable, pero no a la persona física, autora material del delito o del hecho de referencia. Para juzgar a tal individuo, sería preciso que concurriese, respecto del mismo, algún nexo jurisdiccional de los previstos en el art. 23 apdos. 2, 3 y 4 LOPJ, ya que la mera relación de conexidad entre el delito que presuntamente se le atribuye

y el que se imputa a la persona jurídica radicada en España no es suficiente como criterio extensivo de la jurisdicción⁷⁶.

En definitiva, con la legislación vigente, la posibilidad de que un individuo, no nacional, que delinca en el extranjero sea juzgado por los tribunales españoles debe rechazarse, aun cuando actúe por cuenta y en provecho de una sociedad con sede en España o aprovechando la ausencia de controles de una entidad con sede en España. En tal caso, la persona jurídica podría ser enjuiciada en España, tanto con base en el principio de territorialidad como, en su caso, en el de nacionalidad, pero no conjuntamente con los autores individuales del delito salvo que, en relación con estos últimos, existiese un nexo jurisdiccional autónomo que justificase su enjuiciamiento en España, como ocurriría en los supuestos de persecución extraterritorial previstos en el art. 23.3º y 4º LOPJ o aquellos en que la actuación delictiva, a pesar de haber sido ejecutada por un ciudadano extranjero y desde el extranjero, hubiese causado resultados penalmente relevantes en el territorio español.

A modo de ejemplo, piénsese en una empresa española que, careciendo de establecimientos permanentes en Portugal, contratase a ciudadanos de nacionalidad portuguesa para comercializar sus productos en aquel país. Si tales individuos, de nacionalidad extranjera y operando en el extranjero, empleasen técnicas corruptas para mejorar sus resultados de ventas, de tal actuación podría derivarse responsabilidad penal para la entidad española que omitió las debidas tareas de supervisión y control sobre la actividad de sus empleados. En tal caso, la responsabilidad de la empresa podría ser enjuiciada por los tribunales españoles, ya sea con base en el criterio de la nacionalidad, ya en el de la territorialidad, por considerar, o bien, que la omisión del control debido tuvo lugar en España, al encontrarse en tal país la sede de dirección efectiva de la entidad, o bien que los beneficios del delito se materializaron en el Estado español. Sin embargo, los trabajadores, de nacionalidad portuguesa que, operando en Portugal, cometieron un delito de corrupción, no podrán ser, en principio, enjuiciados por los tribunales españoles. Esta situación podría dar lugar a una ruptura de la continencia de la causa, de tal forma que, persona física y persona jurídica, responsables por hechos parcialmente idénticos, vendrían sujetos a jurisdicciones distintas y serían, por ende, enjuiciados separadamente, con los problemas que ello podría acarrear y que serán objeto de particular tratamiento en el apdo. 6.4., epígrafe IV de este capítulo.

⁷⁶ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...* ob. cit., p. 53, afirma que, cuando el vínculo del delito con el Estado español son los hechos imputables en exclusiva a la persona jurídica, la mera conexión entre delitos no debería ser suficiente para sostener la competencia de los tribunales españoles respecto de las personas físicas que han cometido los hechos de referencia en el extranjero; En la misma línea, sostiene PEDRAZ PENALVA, E., "Jurisdicción y competencia..." ob. cit., pp. 64-84, p. 67, que la conexidad delictiva no resulta determinante de la jurisdicción.

3.1.4.- La teoría de la ubicuidad como idónea para la determinación del lugar de comisión del delito imputado a la persona jurídica

Como conclusión de lo dicho hasta ahora en relación con el principio de territorialidad, cabe recordar, una vez más, que se trata del principio fundamental para atribuir potestad a los tribunales de un país para el enjuiciamiento penal. Si bien, su aplicación presupone la determinación del lugar en que se ha cometido el delito, tarea que puede resultar complicada en ciertos delitos, como los cometidos a distancia, en los que la acción penal se realiza en un lugar y sus resultados se manifiestan en otro. Surge así la teoría de la ubicuidad que integra la teoría de la acción y la del resultado, de tal forma que el delito se considera cometido, tanto donde tuvo lugar la acción u omisión típica, como donde se manifestaron los efectos del delito, con lo que, tratándose de dos Estados diversos, los tribunales de ambos ostentarían potestad jurisdiccional.

Siendo las actuaciones de ciertas personas jurídicas, en particular de las grandes empresas multinacionales, normalmente de carácter trasnacional, se hace preciso acoger un criterio amplio de determinación del lugar de comisión del delito, para evitar la impunidad de los hechos punibles por mor de su comisión territorialmente descentralizada. Por lo tanto, cabría enunciar como propuesta de *lege ferenda*, relativa al principio de territorialidad, que el Estado español será competente para el enjuiciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando el delito haya sido cometido, total o parcialmente, en territorio español, independientemente del lugar en que la organización tenga su sede o desarrolle su actividad, entendiéndose que se da esa comisión parcial en territorio español cuando la omisión del control debido, que ha permitido a los empleados de la entidad delinquir en el desarrollo de sus funciones o, según la nueva terminología legal, el quebrantamiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control se ha producido en España.

Un ejemplo de comisión parcial del delito en un determinado territorio podría observarse en la regulación contenida en la FCPA de 1977. Las previsiones de esta ley se aplican, desde 1998, a las personas o entidades extranjeras que, directamente o a través de un agente, participen en cualquier acto corrupto mientras se encuentran en el territorio de los Estados Unidos⁷⁷. Por ejemplo, si un consejero de una entidad española asiste a una reunión en Estados Unidos en el que se fragua un sistema de pagos corruptos para conseguir contratos en Latinoamérica, tanto la empresa española como el resto de los consejeros de la entidad, podrían ser enjuiciados por la justicia norteamericana de acuerdo con la FCPA.

Así mismo, ostentarán potestad jurisdiccional los tribunales españoles cuando los resultados de la actuación delictiva desarrollada en el extranjero se manifiesten en territorio español. Cabría plantearse aquí, por ejemplo, si los tribunales españoles podrían enjuiciar a una agencia de calificación americana por utilizar información falsa o información privilegiada para influir en los precios de los valores que cotizan en la bolsa española. En este sentido, cabe referir lo dicho por el JCI nº 2 en el auto

⁷⁷ 15 U.S.C. § 78dd-3

que archivó la querrela presentada frente a los responsables españoles de las agencias de calificación crediticia, Moody's España, Fitch Ratings España y Standard and Poor's España⁷⁸. En esta resolución, se dispone que *“las agencias Moody's Fitch Ratings y Standard and Poor emiten sus calificaciones en virtud de unos contratos firmados con el Reino de España, por lo que se comprometen a prestar servicios de calificación de la deuda española, a cambio de una retribución. Estas calificaciones se emiten desde EEUU y desde Gran Bretaña de modo que, aun admitiendo la relevancia penal de tales calificaciones, que las mismas las hubieran emitido ciudadanos españoles y que los hechos fueran delito en el lugar de su comisión, no serían perseguibles en España, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la LOPJ, pues los hechos no han sido denunciados por el perjudicado, el Estado Español -ni siquiera consta que el Estado español se haya dirigido a la contraparte contractual para denunciar el defectuoso cumplimiento de los términos del contrato-, ni por el Ministerio Fiscal”*. Se observa como el Juez se refiere a los criterios de la nacionalidad de los autores del delito y al lugar desde el que se realiza la acción, para estudiar si, en el caso concreto, puede conocer o no la jurisdicción española, sin plantearse, sin embargo, si las consecuencias dañosas de tales calificaciones en el territorio español valen como nexo para sustentar la jurisdicción de nuestros tribunales. Esta forma de proceder, resulta, a mi juicio discutible, en tanto que, en el supuesto planteado, creo que, en aplicación de la teoría del resultado, o de la ubicuidad como integradora de aquélla, cabría entender que el delito se cometió en territorio español.

3.2.- Los criterios de persecución extraterritorial de los delitos

Como paradigma de la persecución extraterritorial de los crímenes de empresa cabe hacer referencia al caso de Estados Unidos. Así, el ámbito de aplicación de la Ley SOX, se extiende, en términos generales, a todas aquellas personas jurídicas apuntadas en el NYSE, NASDAQ o cualquier otro mercado de valores norteamericano, independientemente de su nacionalidad. Se busca así que todas las entidades que quieran cotizar en la bolsa de valores norteamericana cumplan una serie de requisitos de control interno para preservar la credibilidad y la confianza del sistema financiero estadounidense. Por su parte, la FCPA también establece como criterio de conexión para someter a las personas jurídicas extranjeras a sus medidas anti-sobornos y a sus requerimientos de control y registro contable, la cotización de sus valores en las bolsas norteamericanas, independientemente de la nacionalidad de la entidad o de dónde desarrollen sus actividades⁷⁹. Igualmente, quedan sometidas a tal legislación las empresas estadounidenses, esto es, las organizadas bajo la legislación americana o de sus Estados, o aquellas cuyo centro de actividad principal se encuentra en Estados Unidos, así como de sus filiales, independientemente de donde se encuentren éstas establecidas, y del lugar en que desarrollen sus operaciones⁸⁰.

⁷⁸ AJCI núm. 2, de 30 de agosto de 2011, ARP/2011/970.

⁷⁹ 15 U.S.C. § 78dd-1

⁸⁰ 15 U.S.C. § 78dd-2

El principio de territorialidad, aun constituyendo la regla general en orden a determinar la extensión de la jurisdicción española, al menos en relación con el tipo criminalidad que es objeto de este estudio, resulta insuficiente. Esta insuficiencia radica, entre otros factores, en la ya referida transnacionalidad propia de la delincuencia económica, así como, en general, en la facilidad con que las estructuras empresariales y las redes de crimen organizado descentralizan geográficamente sus actividades. Por eso, el criterio de la territorialidad necesita ser complementado con ciertos foros de competencia judicial internacional que permitan la persecución extraterritorial de los delitos. Esta necesidad responde también al objetivo de evitar la impunidad de ciertas conductas cuya persecución no está prevista o no se lleva a efecto en el Estado de comisión.

En nuestra legislación, el principio de territorialidad aparece complementado por otros criterios adicionales, que fijan puntos de conexión distintos del lugar de comisión del delito y que conducen a una sensible extensión de los límites del orden jurisdiccional penal. Estos principios son el de la personalidad, que serviría para sujetar a los nacionales a las reglas de la jurisdicción penal española aun cuando actuasen fuera del territorio del Estado; el de la defensa de los intereses nacionales, necesario para perseguir aquellos delitos que atacan bienes de interés público o que sirven al interés de un determinado Estado; y el de la justicia universal, concebido como un compromiso de todos los Estados en la persecución de aquellos delitos considerados especialmente graves por la comunidad internacional.

Es necesario resaltar que la atribución a la jurisdicción española de facultades para perseguir extraterritorialmente delitos imputados a personas jurídicas a través de los criterios previstos en el art. 23 LOPJ presenta ciertos puntos débiles. En primer lugar, la omisión de una habilitación legal expresa en relación con la persecución extraterritorial de las personas jurídicas, que podría conducir a entender que, sin una específica norma habilitadora, la presunción debería jugar en contra de permitir la persecución extraterritorial de los delitos⁸¹. Y, en segundo lugar, no cabe desconocer los obstáculos con los que se enfrentaría la conducción de la investigación en el extranjero y la ejecución extraterritorial de una eventual sentencia de condena. En este sentido, otro problema con el que se enfrenta la persecución extraterritorial de

⁸¹ En este sentido, incluso en el sistema de *Common Law* estadounidense, la doctrina se muestra reacia a ampliar la persecución extraterritorial de los delitos cuando no existe una habilitación legal expresa para ello, como ocurre, por ejemplo, en la *FCPA*, en la *Export Administration Act* de 1979 o en la *Arms Export Control Act* de 1976. En estos casos, gracias al refrendo legal, la posibilidad de persecución territorial es clara. Sin embargo, cuando no existe habilitación legal expresa del Congreso, la presunción debe jugar en contra de permitir la persecución extraterritorial de los delitos. Y ello porque asumir la presunción en favor de la extraterritorialidad cuando el Congreso no se ha pronunciado iría en contra de la carga histórica que rodea esta cuestión. En ese sentido, se puede ver *Blackmer v. United States*, 284 U. S. 421, 437 (1932), estableciendo que la legislación del Congreso, salvo que de la misma se deduzca la intención opuesta, se desarrolla para ser aplicada únicamente dentro del ámbito territorial de la jurisdicción de los Estados Unidos ("*The legislation of the Congress, unless the contrary intent appears, is construed to apply only within the territorial jurisdiction of the United States*"); Así pues, TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso penal. (Aspectos civiles, europeos, penales y procesales)*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 60, se muestra contrario a la extensión de los criterios de atribución de jurisdicción distintos del principio de territorialidad a las personas jurídicas afirmando que los tribunales españoles no tienen jurisdicción para conocer de delitos imputables a personas jurídicas cometidos en el extranjero.

los delitos cometidos por personas jurídicas es la ausencia o la insuficiencia de instrumentos internacionales que permitan investigar los delitos transnacionales, así como reconocer y ejecutar resoluciones penales contra personas jurídicas extranjeras, particularmente las que imponen penas restrictivas de derechos, ya que para las multas y otras sanciones pecuniarias si existen mecanismos de cooperación internacional que cabría aplicar a las personas jurídicas⁸²

En el caso español, ante la necesidad de complementar el criterio de la territorialidad y ausente una reforma de los criterios de conexión previstos en la LOPJ, la cuestión de la competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de los procesos penales por delitos cometidos en el extranjero en que estén implicadas personas jurídicas ha de resolverse con base en lo dispuesto en el art. 23 LOPJ⁸³.

3.2.1.- El principio de la nacionalidad activa: las entidades “españolas” que delinquen en el extranjero.

El principio de personalidad o de nacionalidad aparece previsto en el art. 23.2 LOPJ. Este precepto dispone que la jurisdicción española conozca de los delitos cometidos en el extranjero cuando “*los criminalmente responsables fueren españoles o extranjeros que hubieren adquirido la nacionalidad española con posterioridad a la comisión del hecho*”. Pues bien, con la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también éstas pueden ser *criminalmente responsables* en el sentido del precepto, con lo que, es posible incluir en su ámbito de aplicación a las personas jurídicas españolas a pesar de que la citada disposición legal, en su origen, estuviese pensando sólo en personas físicas⁸⁴.

Mientras no se reguló la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a pesar de que existía la posibilidad de imponerles las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 CP, tales entidades no podían ser, al menos en sentido estricto, *criminalmente responsables* según el ordenamiento jurídico español. Por lo tanto, con aquel sistema de sanciones la única nacionalidad relevante a efectos de que la jurisdicción española pudiese juzgar un hecho delictivo, era la de la persona física, única criminalmente responsable⁸⁵.

⁸² Resulta destacable la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE, que será objeto de análisis en el apdo. 6, del epígrafe IX del capítulo 3, a través de la cual se han traspuesto, al ordenamiento jurídico español, la DM 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias y DM 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso, entre otros instrumentos normativos comunitarios.

⁸³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...*ob. cit., p. 49.

⁸⁴ Se muestran en contra de la posibilidad de usar la nacionalidad de la persona jurídica como criterio de conexión GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...*ob. cit., p. 51, dado que, en su opinión, la persona jurídica, en sentido estricto, no tiene nacionalidad.

⁸⁵ Este extremo, fue constatado en su momento por GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...*ob. cit., p. 37, para quien el criterio de la nacionalidad del criminalmente responsable con el anterior régimen de consecuencias accesorias no permitía enjuiciar a una empresa española que

Sin embargo, con el nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas el panorama ha cambiado radicalmente, en tanto que, las personas jurídicas son *penalmente responsables* de ciertos delitos, tal y como dispone expresamente el art. 31 bis 1 CP. Por lo tanto, su nacionalidad se erige en nexo de conexión relevante para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. Así pues, como consecuencia de ese cambio de paradigma, el enjuiciamiento de un delito cometido fuera del territorio español, que resulte imputable a una persona jurídica de nacionalidad española, caería en el ámbito de la jurisdicción española (art. 23.2 LOPJ), siempre y cuando se tratase de un delito imputable a las personas jurídicas según el CP español y según la legislación penal del lugar de comisión del delito que, de acuerdo con el principio de doble tipificación, tendría que prever requisitos de imputación análogos a los señalados en el art. 31 bis CP.

La facilidad que tienen las personas jurídicas para actuar de forma territorialmente descentralizada, a través de la creación de filiales o sucursales, en Estados distintos de aquel en el que se encuentra domiciliada la sociedad matriz, conduce a plantearse la conveniencia de eliminar el requisito de la doble tipificación, para evitar situaciones de *forum shopping* en las que la evasión de la ley penal se erija en la principal motivación de la entidad para decidir dónde y cómo ubicar territorialmente sus actividades. Así pues, cuando la sociedad matriz, nacional de un Estado en el que se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como por ejemplo, el Estado español, crea sucursales o filiales en terceros Estados que no prevén tal responsabilidad, pretendiendo con esa deslocalización evadir su eventual responsabilidad criminal, podría resultar conveniente castigar a la matriz, conforme a la ley penal española, a pesar de que el delito se hubiese cometido en el territorio de un Estado donde no estuviese prevista su responsabilidad.

De hecho, en el caso de las sucursales, al carecer éstas de personalidad jurídica propia y, conservando, por lo tanto la nacionalidad de la matriz, el único inconveniente para proceder frente a ésta por los delitos cometidos en el extranjero por aquéllas, sería, en su caso, el requisito de la doble tipificación. En este supuesto, de *lege ferenda*, podría resultar adecuado suprimir tal requisito, en tanto que la independencia de la sucursal respecto de la matriz es reducida y sería recomendable que siguiesen una política común en lo que se refiere a la política de *compliance*.

Sin embargo, en el caso de que la implantación en el extranjero se realizase a través de una filial, el traslado de la responsabilidad a la matriz se vería obstaculizado por el hecho de que las filiales tienen personalidad jurídica propia y, además, ostentan la

cometiese un delito económico en el extranjero, dado que, según nuestro Derecho, la sociedad no era criminalmente responsable, siendo necesario que tuviese nacionalidad española el administrador, autor del delito-persona física; El mismo razonamiento sostuvo ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003, p. 222, al afirmar que con el régimen de las consecuencias accesorias la jurisdicción española no podía conocer de un delito económico cometido por una empresa española fuera de nuestras fronteras porque el criterio determinante era la nacionalidad del sujeto criminalmente responsable y la sociedad según nuestro Derecho no lo era, con lo que sólo cabía atender a la nacionalidad de la persona física.

nacionalidad del país de implantación. Por eso, en este supuesto, en principio, la matriz sólo respondería de las actuaciones de sus filiales en el extranjero cuando se pudiese argumentar que la creación de éstas ha constituido un fraude de ley por responder a una finalidad prohibida por el ordenamiento o contraria a él (art. 6.4 CC), como sería el de eludir sus eventuales responsabilidades legales. En este punto, hay que tener en cuenta que, al menos en el marco de la UE, no constituye abuso la circunstancia de que una sociedad se constituya en un Estado miembro con el único fin de disfrutar de una legislación más ventajosa⁸⁶. En este sentido, para apreciar fraude de ley, sería preciso exigir, por ejemplo, que la filial extranjera hubiese sido creada en un Estado que no reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como instrumento para cometer delitos de forma impune, pudiendo, en tal caso considerar que, tales entidades creadas fraudulentamente, quedarían sujetas a la ley penal española que han tratado de eludir (art. 6.4 CC).

Por su parte, los instrumentos comunitarios que prevén la imposición de sanciones a las personas jurídicas por la comisión de delitos, silencian la cuestión relativa a la exigencia de doble tipificación. Es decir, no disponen nada sobre si la conducta perseguida por el Estado del que la persona jurídica es nacional y en el que va a ser enjuiciada, debe estar tipificada como tal, y ser imputable a las personas jurídicas, de acuerdo con el ordenamiento del Estado de comisión del delito. Por el contrario, sí se hace referencia al principio de doble incriminación en los instrumentos relativos a la ejecución extraterritorial de sanciones pecuniarias impuestas a una persona jurídica pero, precisamente, para eximir de su cumplimiento⁸⁷. En concreto, en relación con las sanciones pecuniarias y el decomiso, se establece que tales resoluciones dictadas contra personas jurídicas se ejecutarán aun cuando el Estado de ejecución no reconozca el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas⁸⁸.

Para continuar con el principio de personalidad de los entes colectivos, se hace necesario determinar qué personas jurídicas gozan de nacionalidad española⁸⁹. Para

⁸⁶ En este sentido, la STJCE, de 10 de julio de 1986, Caso *Segers*, Asunto 79/85, apdos. 24-27, afirma que “*es inherente a un mercado europeo integrado, donde cada Estado conserva su propio ordenamiento, que los operadores escojan aquél que más les conviene*”. No obstante, tal y como observa MARQUEZ LASSO, D. E., *El concepto de abuso del Derecho comunitario en materia tributaria*, Universidad de Santiago de Compostela, disponible en <http://www.stellvest.com/spanish/downloads/el-concepto-de-abuso-del-derecho-comunitario-e.pdf>, última consulta 02/03/2015, p. 31, esta interpretación no excluye que las autoridades del Estado miembro afectado puedan adoptar cualquier medida apropiada para *prevenir o sancionar fraudes* cuando pueda demostrarse que, en realidad, lo que se pretende mediante la constitución de una sociedad es eludir sus obligaciones para con los acreedores privados o públicos establecidos en el territorio del Estado miembro afectado

⁸⁷ Sobre esta cuestión sobre la que se profundizará en el apdo. 6, del epígrafe IX, del capítulo 3 al tratar la ejecución extraterritorial de las penas.

⁸⁸ Art. 9.3 D.M. 2005/214/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias y art. 12.3 D.M. 2006/783/JAI del Consejo de 6 de octubre de 2006 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

⁸⁹ Sobre la forma en que se determina la nacionalidad de las personas jurídicas españolas puede verse FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Civitas, Navarra, 2013, pp. 346-347; En este punto, cabe referir la opinión de GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...* ob. cit., p. 51, que niega la mayor argumentando que, en sentido estricto, las personas jurídicas no tienen nacionalidad. Tal afirmación resulta difícilmente compatible

ello es necesario acudir al CC y a la TRLSC. De tales textos legales se deduce que el criterio determinante para considerar que una persona jurídica es española será el de su domicilio social, de tal suerte que tendrán nacionalidad española las asociaciones, fundaciones y sociedades domiciliadas en España, cuya personalidad jurídica venga reconocida por la ley española (art. 28 CC). Además, las sociedades de capital, independientemente de donde se hayan constituido (art. 8 TRLSC), serán consideradas españolas, al menos a efectos de exigirles responsabilidades, siempre que tengan su principal establecimiento o explotación en territorio español, aun cuando, incumpliendo la previsión del art. 9.2 LSC, hayan establecido su domicilio en otro Estado (art. 10 TRLSC).

Tampoco existen obstáculos para entender que, en aplicación del art. 23.2 LOPJ, serán juzgadas por tribunales españoles aquellas personas jurídicas extranjeras que hayan adquirido nacionalidad española con posterioridad a la comisión del delito, como consecuencia de la operación societaria de traslado de domicilio de un Estado a otro, contemplada expresamente en los arts. 92 a 103 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, LMESM. En tal caso, la fecha de adquisición de la nacionalidad será la de la inscripción de la sociedad en el RM del nuevo domicilio (cfr. art. 102 LMESM).

En tanto que el Derecho español establece claramente qué sociedades tienen nacionalidad española, la aplicación a las personas jurídicas del principio de personalidad previsto en el art. 23.2 LOPJ no parece plantear grandes problemas interpretativos. Si bien es cierto que, en el ámbito del Derecho internacional privado de sociedades, la definición y función del concepto de nacionalidad para las personas jurídicas ha sido tradicionalmente una cuestión discutida⁹⁰, por lo que, como regla general, en el Derecho comparado, se prescinde de la conexión de la nacionalidad utilizándose en su lugar otros nexos como la sede social, la administración central o el centro principal de actividad⁹¹. Así pues, en el panorama internacional, cabe distinguir dos grandes modelos para determinar la *lex societatis*: el modelo de la sede real y el modelo del lugar de constitución⁹².

Seguramente, en parte debido a las divergencias observables, en el panorama comparado, en cuanto al nexo determinante de la nacionalidad de las personas

con la literalidad del art. 28 CC según el cual “*las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código*”, del que se deduce que, las personas jurídicas tienen nacionalidad, no así los entes sin personalidad.

⁹⁰ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.; *Derecho internacional Privado*, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2014, p. 358, sostiene que, hablar de nacionalidad de las sociedades, constituye un “rodeo innecesario”, en tanto que siempre será preciso un criterio de conexión ulterior en orden a determinar la *lex societatis*, esto es, la ley que rige en el estatuto personal de la persona jurídica.

⁹¹ ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., pp. 389-390.

⁹² GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.; *Derecho internacional Privado*...ob. cit., p. 358; Así mismo, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*...ob. cit., pp. 346-347, distinguen aquellos Estados en que se sigue el criterio de la sede real, como por ejemplo, en Francia, Bélgica, Alemania o Luxemburgo, frente a aquellos que siguen el criterio de la constitución o incorporación conforme a un determinado ordenamiento, tales como, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

jurídicas, algunos instrumentos comunitarios, al regular su exigencia responsabilidad por la comisión de ciertos delitos, establecen como criterio para atribuir jurisdicción a un Estado miembro en detrimento de otros *el territorio en el que tenga su sede la persona jurídica en cuyo beneficio se haya cometido la infracción*⁹³. Por su parte, el ordenamiento jurídico italiano prevé que los entes con la sede principal en el territorio del Estado responderán conforma a la ley italiana por los delitos cometidos en el extranjero, aunque sólo en los casos y con las condiciones que ordinariamente permiten al Estado italiano proceder contra las personas físicas que delinquen en el extranjero⁹⁴.

Por su parte, la LOPJ, al no haberse adaptado a este nuevo sujeto pasivo el proceso penal, continúa manteniendo el criterio de la nacionalidad. A mayor abundamiento, analizando más detenidamente esta regulación, se observa que la aplicación del principio de personalidad aparece subordinado a varios requisitos que también habrán de cumplirse en relación con la persona jurídica:

1) En primer lugar, se exige que el hecho sea punible en el lugar de ejecución, salvo que, en virtud de un tratado internacional o de un acto normativo de una organización internacional de la que España sea parte, no resulte necesario dicho requisito (art. 23.2.a) LOPJ). Esto implica que para juzgar a una persona jurídica de nacionalidad española que haya delinquido en el extranjero será preciso que, en el lugar en el que se haya cometido el delito, se reconozca igualmente la responsabilidad penal de las personas morales con criterios de imputación similares a los establecidos en el art. 31 bis CP y, en particular, en relación con la figura delictiva en cuestión que se pretende juzgar. En otra palabras “*que en el Estado de comisión también exista un régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas equiparable al español en ámbito material, ámbito subjetivo y criterios de imputación*”⁹⁵.

La existencia de divergencias importantes entre los sistemas de imputación regulados en los diferentes Estados puede suponer un significativo obstáculo para apreciar el cumplimiento de la regla de doble incriminación que, por lo tanto, podría impedir la aplicación del criterio de la nacionalidad como nexos atributivo de jurisdicción. Piénsese, por ejemplo, en la regulación francesa, según la cual las personas jurídicas sólo responden por los hechos cometidos por sus órganos o representantes (art. 121.2 C.P. francés) y en la regulación española en la que las personas jurídicas responden

⁹³ Entre otras muchas, se puede ver este criterio de atribución de competencias en el art. 7.1.c) D.M. 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado y art. 7.1. c) D.M. 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

⁹⁴ Sobre este particular dispone el art. 4.1 D. Lgs. 2001 “*Nei casi e alle condizioni previsti dagli articoli 7, 8, 9 e 10 del codice penale, gli enti aventi nel territorio dello Stato la sede principale rispondono anche in relazione ai reati commessi all'estero, purché nei loro confronti non proceda lo Stato del luogo in cui e' stato commesso il fatto*”. Si se acude al CP italiano se observa que este exige que la persona física autora del delito tenga nacionalidad italiana o que el delito afecte a bienes jurídicos de relevancia nacional. Por lo tanto, el punto de conexión es la sede principal del ente en cuestión, si bien tal nexos no es un criterio de atribución autónomo, sino tan sólo uno de los varios requisitos exigibles para enjuiciar a una entidad extranjera.

⁹⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...* ob. cit., p. 51.

también por los delitos cometidos, en determinadas circunstancias, por sus subalternos. Si un sujeto que, conforme a la legislación mercantil francesa, no ostenta la condición de órgano o representante de la entidad, delinque en Francia, por cuenta y en provecho de una entidad de nacionalidad española, no se cumpliría el requisito de la doble tipificación dado que su comportamiento no sería punible en el lugar de comisión del delito y, por lo tanto, podría haber dificultades para juzgar a la entidad en España, quedando tal comportamiento impune. El mismo problema se daría en el supuesto de que, una entidad española cometiese en Italia un delito que, según la ley española fuese imputable a las personas jurídicas, pero que según la ley italiana sólo fuese imputable a los individuos que por ella actúan. Tales dificultades han sido advertidas también por PEDRAZ PENALVA para quien “*la extraterritorialidad añade mayor complejidad a la persecución de injustos atribuibles a compañías o sociedades extracomunitarias y a estructuras organizativas complejas transnacionales, con los correspondientes problemas (...) de su persecución penal en uno o varios países con diversa tipificación penal*”⁹⁶.

Si bien, más habitual y problemático aún podría ser el hecho de que una entidad nacional de un Estado que prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas, decidiese crear filiales en Estados en los que rige el principio *societas delinquere non potest*. En tal caso, tal y como se planteó *ut supra*, entiendo que sólo si hay fraude de ley en la constitución de tales filiales podría el Estado de la nacionalidad de la matriz afirmar su jurisdicción para enjuiciar los hechos acaecidos en un territorio en el que no se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien, de *lege ferenda*, en ciertos supuestos, y sobre todo en el caso de sucursales sin personalidad jurídica propia, debiera extenderse la responsabilidad de las empresas nacionales a sus actuaciones cometidas en el extranjero, atendiendo a su unidad económica y organizativa.

2) En segundo lugar, se exige que el agraviado o el MF denuncien o interpongan querrela ante los tribunales españoles. Esta exigencia puede ser interpretada de dos formas. Una posibilidad pasaría por entender que la querrela debe señalar como denunciada o querrellada a la persona jurídica española⁹⁷, mientras que otra posibilidad sería entender como suficiente la denuncia de unos hechos o de una determinada persona física, bastando para afirmar la jurisdicción sobre la responsabilidad de la entidad que, tras la práctica de algunas diligencias de investigación, apareciese como posible responsable de tales hechos, junto con la persona física, una persona jurídica de nacionalidad española. En este sentido, hay que tomar en consideración las palabras de GÓMEZ ORBANEJA cuando afirma que la individualización del sujeto pasivo no es presupuesto del ejercicio de la acción penal. Así pues, el Juez instructor procede *in rem*, y contra cualquier persona que, por lo que de la instrucción resulte, aparezca indiciariamente como responsable del

⁹⁶ PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 67.

⁹⁷ Sobre este particular el ordenamiento italiano especifica que cuando la ley prevea que el culpable sea castigado a instancia del Ministerio de Justicia, se procederá contra el ente sólo si la solicitud se formula también contra él (art. 4.2 D. Lgs. 231).

hecho por el que se procede, no pudiendo la querrela limitar el alcance subjetivo de la acción penal⁹⁸.

3) A mayor abundamiento, la denuncia, expresamente señalada por el art. 23.2.b) LOPJ como condición válida para proceder, no debe necesariamente identificar al denunciado, cuya identidad puede resultar desconocida para el denunciante, sin que ello pueda eximir a la autoridad judicial de investigar los hechos, si revisten los caracteres de un delito público, así como de agotar las posibilidades de identificar a todos los eventualmente responsables de los mismo.

Ahora bien, si la denuncia o la querrela no señalan a ninguna persona española como presunta responsable penal o no indican, en su defecto, algún otro nexo de conexión que permita afirmar la jurisdicción de los tribunales españoles, el Juez, previsiblemente, las inadmitiría por falta de jurisdicción, en tanto que, sin la concurrencia de tal presupuesto procesal, no es dable iniciar ningún tipo de actuación jurisdiccional o investigación judicial.

4) En tercer lugar, el art. 23. 2. c) LOPJ señala, como último requisito, que el supuesto responsable no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero, o, en este último caso, no haya cumplido la condena. Además, dispone que si solo la hubiere cumplido en parte, se le tendrá en cuenta para rebajarle proporcionalmente la que le corresponda. Este requisito, que responde a la necesidad de respetar el principio de *ne bis in idem* internacional, ha de ser igualmente aplicado a las personas jurídicas españolas, de tal forma que si han sido juzgadas en el Estado del lugar de comisión del delito, o en un tercer Estado, no podrán volver a ser enjuiciadas por los tribunales españoles.

Sobre este requisito, en EE. UU., se planteó, si la prohibición de *double jeopardy* (análoga a la prohibición de *bis in idem*) debería atenuarse en relación con las personas jurídicas, al no ser las mismas susceptibles de sufrir el estado de inseguridad y ansiedad que tal prohibición, supuestamente, pretende evitar⁹⁹. Sin embargo, tempranamente, la jurisprudencia norteamericana reconoció a las corporaciones como acreedoras de esta garantía¹⁰⁰.

Cabe también plantearse si para aplicar el principio de la personalidad activa hace falta que la persona física y la persona jurídica tengan nacionalidad española o basta con que la tenga una de ellas, para que la jurisdicción española pueda juzgar a ambas. Sobre este particular ZARZALEJOS NIETO ha entendido que sería suficiente con que una de ellas fuese española para habilitar la jurisdicción de los tribunales

⁹⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1951, Tomo II, Vol. 1, pp. 280-281.

⁹⁹ HENNING, P. J., "The conundrum of corporate criminal liability: seeking a consistent approach to the constitutional rights of corporations in criminal prosecutions" *Tennessee Law Review*, núm. 63, 1996, pp. 793-886, pp. 842-855.

¹⁰⁰ *United States v. Armco Steel Corporation* 252 F. Supp. 364 (S. D. Cal. 1966).

españoles¹⁰¹. Esto implicaría que si un nacional español delinque en el extranjero en provecho de una persona jurídica extranjera podrían arrastrar a esta última ante los tribunales españoles, siempre que se cumpliese el criterio de la doble incriminación¹⁰². Sin embargo, tales argumentaciones no se comparten en este trabajo, en la medida en que parten de que la conexidad delictiva es determinante de la jurisdicción, cuando en realidad, como ya se dijo anteriormente, sólo puede serlo de la competencia, objetiva y territorial¹⁰³. Por lo tanto, entiendo que, habida cuenta de que la nacionalidad es una condición individual y de que, en el caso de las personas jurídicas, hay dos delitos imputados a dos sujetos diferentes, con individualidad propia, en el supuesto de que sólo uno de los penalmente responsables ostente nacionalidad española, únicamente éste podrá ser enjuiciado en España por delitos cometidos en el extranjero.

3.2.1.1.- Los grupos multinacionales y el principio de personalidad

Parece conveniente referirse en este punto a los grupos de sociedades multinacionales, es decir, a las entidades de distinta nacionalidad entre las que existe una relación de dependencia de una o varias sociedades (dependientes) frente a otra (dominante o matriz) que las controla y que las somete a una dirección económica unitaria. El tema es realmente complejo por la multiplicidad de formas de participación y por los dispares grados de control que pueden darse entre varias entidades formalmente independientes. Ahora bien, normalmente, lo que define al grupo es, precisamente, la relación dominación o control, así como la unidad en la dirección y, por ende, en la toma de decisiones estratégicas.

La dificultad de controlar a las entidades transnacionales puede presentar problemas específicos como consecuencia de su señorío económico y de su capital apátrida¹⁰⁴. Ya en los años noventa TERRADILLOS BASOCO llamaba la atención sobre la complejidad jurídica que implicaba la agrupación de entidades de distinta nacionalidad, reflexionando sobre el hecho de que el grupo actúa, incluso delictivamente, en varios países, pero, carente de personalidad jurídica unitaria, con lo que adolece de falta de nacionalidad única, observando cómo, en estos casos, la disparidad de regulaciones dentro del grupo podría servir para diluir la responsabilidad de cada una de las empresas agrupadas¹⁰⁵. Esto, unido a su enorme poder financiero, económico e, incluso, político convierte a las empresas multinacionales en importantes actores del tráfico jurídico y económico mundial,

¹⁰¹ ZARZALEJOS NIETO, J., “La competencia judicial...ob. cit., p. 144.

¹⁰² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...*ob. cit., p. 51.

¹⁰³ En este sentido, se pronuncia PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 67.

¹⁰⁴ En este sentido se pronuncia MARTIÑÓN CANO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas transnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución”, en AA.VV. M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 321-335, p. 322, señalando tales factores, junto con la capacidad de tales entidades para fingir su desaparición, como razones que evidencian la dificultad de controlar a tales entidades.

¹⁰⁵ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995, p. 41.

justificando que deban ser objeto de especial atención por parte de los reguladores, en orden a evitar que desplacen al poder público para imponer sus intereses particulares.

Caben en este punto dos interpretaciones divergentes. Una posibilidad sería entender que la existencia del grupo es irrelevante, y por lo tanto cada empresa o filial responde sólo ante las autoridades del país en el que se encuentra formalmente domiciliada. Otra interpretación pasaría por atender a la realidad material de que las filiales, a pesar de que ostentan personalidad jurídica propia, se encuentran vinculadas a la sociedad dominante, y sometidas a una dirección económica común. En este último caso, es posible que la existencia del grupo se considere suficiente para que la personalidad jurídica no suponga una barrera a la hora de trasladar la responsabilidad de la filial a la matriz, o también cabe la posibilidad de que se atienda al grado de instrumentalidad o autonomía de la filial respecto de su matriz.

La primera interpretación parte de que, en la aplicación del principio de personalidad, la existencia del grupo no altera la determinación del régimen jurídico de cada una de las sociedades que lo integran, que han de ser consideradas individualmente a efectos de determinar su nacionalidad¹⁰⁶. En definitiva, la ley nacional de la sociedad dominante carecería de relevancia para conocer la nacionalidad de las entidades dominadas, que vendría determinada por el lugar en que las mismas se encontrasen domiciliadas (art. 28 CC). Esta interpretación, aun cuando podría resultar jurídicamente defendible en virtud del principio de personalidad de la responsabilidad penal y de la individualidad que otorga a una entidad el hecho de ostentar personalidad jurídica propia, encierra perversos incentivos. Algunas empresas crean filiales, o entidades aparentemente independientes, para operar en distintos territorios, muchas veces con el objetivo principal de sustraerse a las regulaciones nacionales o de aprovechar las lagunas legales que existen en otros Estados. Esta forma de diversificación, motivada por la búsqueda de impunidad en el panorama internacional, implica un comportamiento reprochable que denota una voluntad contraria al cumplimiento del Derecho y que, incluso, podría llegar a constituir un supuesto de fraude de ley cuando la principal motivación para crear la filial extranjera sea, precisamente, la comisión de delitos y la elusión de la ley nacional.

Otra interpretación, contraria a la anterior, supondría atender a la unidad material del grupo en cuanto a sus decisiones directivas, ignorando la independencia formal que les otorga el ostentar personalidad jurídica propia. De esta forma la sociedad matriz respondería por los delitos cometidos en el extranjero por sus filiales. Así se conseguiría que, a través del vínculo de la nacionalidad, las filiales o sucursales extranjeras de una entidad española quedasen sometidas a la ley penal y a la jurisdicción nacional. Al fin y al cabo, su vinculación económica, decisional y orgánica podría servir de fundamento de su responsabilidad y de nexo de competencia judicial internacional, aun cuando desarrollasen sus actividades enteramente en otro Estado, siempre que la matriz se encontrase domiciliada en

¹⁰⁶ ESTEBAN DE LA ROSA, F., "Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., p. 395.

España. En este orden de ideas, no cabe desconocer que el Estado de nacionalidad de la matriz puede obligar a esta última a establecer determinados mecanismos de control sobre la actividad de sus filiales extranjeras, con lo que la falta de control debido sobre aquellas, podría fundamentar su propia culpabilidad.

En esta línea, resulta destacable el ámbito de aplicación de la, tantas veces referida, Ley SOX, aprobada en los EE. UU., en el año 2002, a resultas de los escándalos Enron y WorldCom. Esta Ley federal obliga a las filiales de las multinacionales que tienen su sede en el país, así como a todas las personas jurídicas que cotizan en la bolsa americana, a establecer una serie de controles internos que incluyen, entre otros, informes periódicos, canales de denuncia interna y la existencia de un comité de auditores interno independiente. En este sentido, en la sección 302 de la Ley se señala expresamente que la obligación de presentar ciertos informes financieros periódicamente no se verá afectada por la transferencia del domicilio o de las oficinas de la entidad fuera de los EE. UU.¹⁰⁷.

Esta cuestión no es de importancia menor y, sin perjuicio de que el país en el que se comete el delito también goce de potestad para enjuiciar los hechos delictivos, la persecución extraterritorial de la sociedad matriz en tales casos parece aconsejable para evitar fraudes de ley y fenómenos de *forum shopping*. De hecho la OCDE, en su informe anual sobre prácticas corruptas del año 2013, denunciaba la pasividad de España en la persecución de los delitos de corrupción de sus empresas en el extranjero, consistentes en el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros. El citado Informe pedía a España que revisase su enfoque global del delito de soborno a funcionarios extranjeros, instando a sus autoridades a presentar un informe, antes de finalizar el año 2013, para valorar sus progresos en reformar el CP y en combatir este tipo de corrupción¹⁰⁸. Pues bien, de poco sirve modificar la

¹⁰⁷ Así pues, la regulación, dispone, en líneas generales que, los traslados al extranjero del domicilio o de las oficinas de las entidades obligadas por la ley, no supondrán nunca la inaplicación de las obligaciones y responsabilidades derivadas de la misma. En este sentido, bajo la rúbrica “*Foreign reincorporations have no effect*” señala lo siguiente: “*Nothing in this section 302 shall be interpreted or applied in any way to allow any issuer to lessen the legal force of the statement required under this section 302, by an issuer having reincorporated or having engaged in any other transaction that resulted in the transfer of the corporate domicile or offices of the issuer from inside the United States to outside of the United States*”.

¹⁰⁸ En este sentido, la OCDE en su Informe anual del año 2013, que lleva por título *Working Group on Bribery, Annual report on activities undertaken in 2012*, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/AntiBriberyAnnRep2012.pdf>, última consulta 12/01/2015, pp. 58-60. De este Informe, se hicieron eco diversos diarios, en concreto el Diario 20 Minutos, 9 de enero de 2013, p. 8 de su edición impresa, señalaba que, “*frente a las noventa condenas registradas en EE. UU. por este delito, quince en Alemania y diez en Italia, en España sólo se había investigado siete casos y todos habían sido archivados sin consecuencias. Esos expedientes se referían a investigaciones por sobornos de empresas españolas para lograr suculentos contratos en Costa Rica, Libia, Angola, Marruecos y Letonia por exportaciones de material militar o por violación del programa de la ONU con el Irak de Sadam Husein, que canjeaba petróleo por alimentos. Aunque la OCDE no ha hecho públicos los nombres de las empresas, son conocidos los casos de una filial de Abengoa que pagó algo más de 150.000 euros al expresidente de Costa Rica Miguel Ángel Rodríguez para lograr el contrato de instalación del cableado eléctrico en San José; y de Iberdrola, que a través de su filial de ingeniería Iberinco se gastó 7 millones de euros para lograr la concesión de plantas energéticas en Letonia. El caso más llamativo es el del consorcio europeo de aeronáutica y defensa EADS, que habría invertido unos 115 millones de euros para obtener un contrato de 969 millones*”.

tipificación de tal delito y agravar sus penas si se permite que a través de la creación de filiales extranjeras, las sociedades españolas puedan seguir aumentando sus beneficios, por medio de tramas corruptas en países de otras latitudes.

Una solución de equilibrio entre entender que el Estado en el que se encuentra establecida la matriz ostenta jurisdicción para enjuiciar a todas sus filiales extranjeras, o bien asumir que sólo el Estado en el que se encuentre domiciliada la filial podrá exigirle responsabilidades penales, consistiría en valorar si esta última es un mero instrumento para la comisión del delito por la matriz o si, por el contrario, la actuación de la filial extranjera puede considerarse autónoma, actuando, en este último caso, el principio de personalidad como barrera que impediría el traslado de los actos de la filial a la matriz. Por lo tanto, si la matriz ha creado, o está utilizando, instrumentalmente, a sus filiales en el extranjero, para la comisión de delitos y para eludir su responsabilidad penal, entonces se trataría de un fraude de ley que permitiría responsabilizar a la matriz por los actos de tales entidades instrumentales, a través de una suerte de levantamiento de la personalidad jurídica. Se trataría, en definitiva, de realizar un juicio de imputación. En este sentido, cabe traer a colación lo señalado por el TS en un asunto en el que tres sociedades pretendían usar sus personalidades individuales como barrera para aislar su responsabilidad, en este caso civil. En tal supuesto, el TS apreció que las sociedades, que constituían un entramado empresarial controlado por una o varias personas, carecían de independencia patrimonial y de independencia en su actividad económica, por lo que no cabía aceptar que operasen con autonomía, con lo que las respectivas personalidades no pasarían de constituir una apariencia formal, en tanto que sólo existiría una única plataforma económica que, al utilizarse en fraude o con perjuicio de terceros, no gozaría de la protección que el ordenamiento jurídico otorga a la personalidad societaria individual¹⁰⁹.

Otra propuesta que se ha hecho para controlar a las entidades transnacionales es la creación de *“un sistema internacional en el que los estados consensuadamente posean instituciones multilaterales que pongan en orden a los corporativos, con un tribunal penal internacional para las personas jurídicas”*¹¹⁰. Considero que se trata de una propuesta bien intencionada que, teóricamente podría resultar útil como recurso subsidiario, para aquellos casos en que no existiese persecución efectiva por parte de las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, desafortunadamente, creo que es poco factible que se alcance un consenso en tal sentido, teniendo en cuenta la heterogeneidad de las regulaciones nacionales en cuanto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la escasa voluntad política en la persecución de las grandes corporaciones. Por otra parte, la mermada capacidad de investigación y de ejecución de las penas de un órgano territorialmente alejado del lugar de comisión del delito y del lugar en el que se localicen los bienes y las actividades de la entidad haría imprescindible una estrecha colaboración con las autoridades nacionales.

¹⁰⁹ STS (Sala 1ª, Sección 1ª), núm. 979/2004, de 19 octubre, RJ 2004\6078; En la misma línea, la SAP Barcelona (Sección 16ª, Civil) núm. 463/2005, de 21 septiembre, AC 2006\119, también permite apreciar la unidad entre las empresas integrantes de un grupo, a efectos de declarar su responsabilidad en tanto que *“son unas mismas personas quienes bien de forma directa, bien por medio de otras sociedades, controlan los órganos de administración y el capital de las distintas empresas del grupo, con lo que se asegura una unidad de dirección y de gestión”*.

¹¹⁰ MARTÍNÓN CANO, G., *“La responsabilidad penal... ob. cit., p. 330.*

Por último, se debe señalar que tener filiales en España, cuando el delito no se ha cometido ni instrumentalizado a través de las mismas, no es un vínculo de conexión suficiente para juzgar a la matriz¹¹¹, al menos a la vista de la regulación actual. Por lo tanto, mientras que si la matriz está domiciliada en España puede ser posible enjuiciar a sus filiales por delinquir en el extranjero, cuando éstas constituyan meros instrumentos para cometer delitos, no cabría entender la vinculación en sentido opuesto. En tal caso, salvo que el delito pueda entenderse cometido en España, en aplicación de los criterios *ut supra* expuestos, la vinculación derivada de contar con un establecimiento o filial en territorio español, no parece suficiente para que los tribunales españoles enjuicien a la matriz extranjera. Por ejemplo, si una multinacional china constituye una filial en España para defraudar impuestos al Gobierno chino, lo relevante para juzgar a la empresa multinacional, con sede en China, será determinar si el delito puede considerarse cometido en territorio español, según el criterio de la ubicuidad, sin que el uso instrumental de su filial española para delinquir se erija en nexo de conexión suficiente.

Sin embargo, si una empresa española crea una filial en Andorra con la finalidad de evadir impuestos, o en Dubái con la finalidad de explotar a sus trabajadores, la justicia española debería tener medios para enjuiciar tales conductas ilícitas cometidas en el extranjero por las entidades españolas, criminalmente responsables, incluso cuando no se cumpliera el requisito de la doble tipificación. En este sentido, podría servir de ejemplo la regulación de la FCPA que se aplica, no sólo a las corporaciones estadounidenses, esto es, las organizadas bajo la legislación americana o aquellas cuyo centro de actividad principal se encuentra en Estados Unidos, sino también sus filiales extranjeras, independientemente, de donde se encuentren establecidas y del lugar en que desarrollen sus operaciones¹¹².

3.2.1.2.- Problemas que plantea el principio de nacionalidad aplicado a las personas jurídicas y propuestas de *lege ferenda*

Hasta ahora se han intentado determinar las consecuencias de aplicar la regulación positiva contenida en el art. 23.2 LOPJ a las personas jurídicas como nuevos sujetos pasivos del proceso penal. La conclusión alcanzada es la siguiente: aquellas personas jurídicas domiciliadas en España tienen nacionalidad española y por lo tanto pueden ser juzgadas por los tribunales españoles, aun cuando delincan en el extranjero. Lo mismo cabe señalar en relación con aquellas entidades extranjeras que trasladen su domicilio a España tras la comisión de un delito en el extranjero, en tanto que, en virtud de tal operación societaria, adquieran nacionalidad española. Igualmente, el principio de la nacionalidad, permite extender la jurisdicción española a las entidades extranjeras pertenecientes a un grupo cuya matriz se halle domiciliada en España, al menos cuando en la creación de la filial se aprecie fraude de ley, por encontrarse preordenada a eludir la responsabilidad penal, o cuando se trate de un mero

¹¹¹ ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., p. 395.

¹¹² 15 U.S.C. § 78dd-2

instrumento de la matriz para desarrollar sus propósitos delictivos en el extranjero, sin autonomía propia.

Cabe preguntarse, llegados a este punto, si los resultados que proporciona el criterio de la nacionalidad resultan o no adecuados para una efectiva persecución extraterritorial de las personas jurídicas penalmente responsables. Los problemas que, en mi opinión, plantea la aplicación de tal criterio a las personas jurídicas son los siguientes:

1) En primer lugar, la sujeción a la jurisdicción española queda a disposición de los particulares que pueden decidir, estratégicamente, establecer el domicilio social de la entidad, y por tanto su nacionalidad, en un Estado distinto cuya legislación penal les resulte más favorable. Incluso, para eximirse deliberadamente de ser juzgados por los tribunales españoles, podrían trasladar su domicilio al extranjero¹¹³, ya que la Ley sólo impide realizar tal operación a las entidades que se encuentran en liquidación o concurso de acreedores (art. 93.2 LMESM), pero no dice nada de las sociedades investigadas, encausadas o acusadas en un proceso penal.

2) En segundo lugar, para el caso de las sociedades que, aun teniendo su principal establecimiento o explotación en España se encuentran formalmente domiciliadas en el extranjero, la regulación podría plantear algunas incertidumbres. En virtud de los arts. 9.2 y 10 TRLSC tales entidades pueden ser consideradas por los terceros como si estuviesen domiciliadas en España, de lo cual, cabe deducir que también pueden ser consideradas de nacionalidad española. Aunque tal interpretación es posible, desde luego no resulta clara y evidente como cabría esperar de las normas que regulan los límites de la jurisdicción. Cabe recordar, en este punto, que la potestad jurisdiccional constituye un presupuesto del proceso, cuya ausencia puede traer como consecuencia la nulidad pleno derecho del mismo (art. 238. 1º LOPJ), con lo que podría verse afectado el ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

3) En tercer lugar, el criterio de la personalidad puede presentar problemas para perseguir los delitos cometidos por formas societarias de Derecho europeo, tales como la Agrupación Económica de Interés Europeo, la Sociedad Anónima Europea (SE) o la Sociedad Cooperativa Europea, que carecen de una determinada nacionalidad¹¹⁴. Aunque podría interpretarse que el Estado Miembro en el que la entidad tiene su domicilio que, en principio, debiera coincidir con el Estado en el que se ubica su administración central (art. 7 Estatuto de la SE¹¹⁵), es el de su nacionalidad, los problemas surgen cuando se producen traslados de domicilio entre Estados. Por ejemplo, en el caso de la SE, ésta puede trasladar su domicilio social de un Estado Miembro a otro con relativa facilidad (art. 8 Estatuto de la SE). En este

¹¹³ ESTEBAN DE LA ROSA, F., "Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., p. 393.

¹¹⁴ Ídem., p. 393.

¹¹⁵ Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (DOUE núm. 294, de 10 de noviembre de 2001, páginas 1 a 21, Ref. DOUE-L-2001-82441)

caso, puede haber divergencias temporales entre el Estado en el que se encuentre el domicilio y la administración central (art. 8.16 Estatuto de la SE), dado que el domicilio inicial seguirá surtiendo efectos para terceros mientras no se dé de baja en el registro (art. 8.13 Estatuto de la SE) y la autoridad competente del Estado en el que se encontraba el domicilio inicial podrá solicitar, dentro de un determinado plazo, que el traslado no suponga un cambio en la legislación aplicable si concurren razones de interés público para ello (art. 8.14 Estatuto de la SE). Esta regulación puede dificultar la determinación de la nacionalidad de la entidad en un determinado momento y puede provocar conflictos entre jurisdicciones.

4) En cuarto y último lugar, hay que tener en cuenta que en el Derecho comparado, los criterios de atribución de nacionalidad a las personas jurídicas se sustentan en nexos variados y a menudo contrapuestos¹¹⁶. Semejante variedad de criterios puede dar lugar a conflictos positivos, de forma que una misma persona jurídica sea considerada, a un tiempo, nacional de dos Estados. Del mismo modo, el hecho de que la mayor parte de los ordenamientos extranjeros, así como las normas comunitarias, empleen criterios de conexión distintos al de la nacionalidad para establecer la extensión de la jurisdicción penal en relación con las personas jurídicas, puede implicar ciertos problemas de compatibilidad entre las leyes de competencia judicial internacional penal, españolas y extranjeras, con los consiguientes conflictos de jurisdicción.

En conclusión, cabe señalar que el criterio de la nacionalidad, en vista de la determinación que de la misma hace el art. 28 CC para las personas jurídicas, puede resultar adecuado como criterio de determinación de la jurisdicción. Por lo tanto, podría resultar aconsejable que, de *lege ferenda*, tal criterio fuese complementado con otro u otros que atiendan a la realidad de que hay sociedades vinculadas con España de modo distintos a la nacionalidad y que deberían ser juzgadas por los tribunales españoles, como por ejemplo: a) las sociedades de Derecho europeo domiciliadas en España; b) las entidades que tienen su sede de dirección efectiva o administración central en España; c) las personas jurídicas que desarrollan su actividad principal en España; d) las entidades que tienen y/o explotan en territorio español la mayor parte de sus bienes y activos¹¹⁷ y e) las filiales extranjeras de multinacionales domiciliadas en España.

¹¹⁶ En este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado...ob. cit.*, pp. 346-347, ponen como ejemplos de Estados que siguen el criterio de la sede real a Francia, Bélgica, Alemania o Luxemburgo, frente a los que usan como nexo para determinar la nacionalidad el lugar de constitución o incorporación, tales como Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

¹¹⁷ Algunos de estos criterios son los previstos en el art. 8 Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades según el cual: "1. *Se considerarán residentes en territorio español las entidades en las que concurra alguno de los siguientes requisitos: a) Que se hubieran constituido conforme a las leyes españolas. b) Que tengan su domicilio social en territorio español. c) Que tengan su sede de dirección efectiva en territorio español. A estos efectos, se entenderá que una entidad tiene su sede de dirección efectiva en territorio español cuando en él radique la dirección y control del conjunto de sus actividades. La Administración tributaria podrá presumir que una entidad radicada en algún país o territorio de nula tributación, tiene su residencia en territorio español cuando sus activos principales, directa o indirectamente, consistan en bienes situados o derechos que se cumplan o ejerciten en territorio español, o cuando su actividad principal se desarrolle en éste, salvo que dicha entidad acredite que su dirección y efectiva gestión tienen lugar en aquel país o territorio, así como que la constitución y operativa de la entidad responde a motivos económicos*

3.2.2.- El principio de defensa de los intereses nacionales

El principio de defensa de los intereses nacionales, aparece consagrado en el art. 23.3 LOPJ, recogiendo un listado de delitos que, por su conexión con bienes jurídicos vinculados a determinados intereses nacionales, se estima que otros Estados pueden no estar interesados en reprimir. El precepto dice literalmente que “*conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley española, como algunos de los siguientes delitos*”. Y, a continuación, refiere una serie de delitos, algunos de los cuales son imputables a las personas jurídicas.

Para extender este criterio a las personas jurídicas es necesario interpretar tal disposición entendiendo que la jurisdicción española está facultada para conocer de todas las responsabilidades penales que, según la ley española, se deriven de tales hechos en cuestión, y no sólo para enjuiciar la responsabilidad del autor material de los mismos. Tal interpretación es coherente con la finalidad y la literalidad del art. 23.3 LOPJ que considera indiferente quien delinque y dónde, siendo el dato esencial el delito de que se trate, que ataca a bienes jurídicos de interés nacional.

De los delitos que figuran en esa lista¹¹⁸ sólo pueden ser imputados a las personas jurídicas, de acuerdo con el sistema *numerus clausus* por el que ha optado el legislador, algunos delitos contra la Administración Pública española (art. 23.3.h) LOPJ), tales como el cohecho (427 bis CP) y el tráfico de influencias (art. 430 CP) que, siendo perpetrados en el extranjero por personas jurídicas nacionales o extranjeras, podrían ser enjuiciados por los tribunales españoles¹¹⁹.

válidos y razones empresariales sustantivas distintas de la gestión de valores u otros activos. 2. El domicilio fiscal de los contribuyentes residentes en territorio español será el de su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada la gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en que se realice dicha gestión o dirección. En los supuestos en que no pueda establecerse el lugar del domicilio fiscal, de acuerdo con los criterios anteriores, prevalecerá aquél donde radique el mayor valor del inmovilizado”.

¹¹⁸ En cuanto a la referencia del apdo. e) del art. 23.3 LOPJ a la falsificación de moneda española y su expedición, hay que concluir que la misma ha quedado obsoleta y derogada con la sustitución de la peseta por el euro. Al no existir una moneda propiamente española, y teniendo en cuenta el fundamento del principio de defensa, que se basa en atribuir a la jurisdicción española la potestad de castigar aquellas conductas que, por afectar propiamente al crédito o los intereses nacionales, no van a ser, previsiblemente, perseguidas por otros Estados, decae el fundamento de tal atribución. Antes de la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP, aun cuando pudiera argumentarse la subsistencia de tal atribución a la jurisdicción española, existía otro inconveniente en el caso de las personas jurídicas, en tanto que en relación con el delito de falsificación de moneda el art. 386 CP no establecía la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que mantenía la referencia genérica al art. 129 CP, en el que perviven las antiguas consecuencias accesorias que, aunque tienen un contenido idéntico a las penas previstas en el art. 33.7 CP, son de naturaleza incierta, y por lo tanto, no permiten determinar claramente si los entes sin personalidad jurídica, pasibles de tales consecuencias jurídicas del delito, son, en sentido estricto, *criminalmente responsables* o no. Sin embargo, la última reforma del CP ha introducido un apdo. 5º en el citado art. 386 CP en el que se prevé específicamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹¹⁹ Así lo constata GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...* ob. cit., p. 51.

El conocimiento de tales delitos por la jurisdicción española se condiciona al respeto del *ne bis in idem*, por lo que es preciso que el presunto delincuente, en este caso, la persona jurídica, no haya sido absuelto, indultado o penado en el extranjero. Siendo indiferente, a estos efectos, que otro Estado haya juzgado a una determinada persona física por tales hechos, dado que, en tal caso, no concurriría la identidad subjetiva precisa para apreciar *bis in idem*.

3.2.3.- El principio de justicia universal

Por último, en aplicación del principio de justicia universal previsto en el art. 23.4 LOPJ, resultaría competente la jurisdicción española para conocer de ciertos delitos cometidos, por españoles o extranjeros, fuera del territorio nacional. El fundamento que subyace en este principio radica en la consideración de tales delitos como especialmente lesivos para la comunidad internacional y, precisamente por ello, la generalidad de los Estados está comprometida en su represión más allá de sus fronteras nacionales.

Con la reforma operada por la L.O. 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la LOPJ, relativa a la justicia universal, este principio ha quedado absolutamente desnaturalizado¹²⁰. La larga y confusa regulación introducida por la citada ley viene a condicionar, en ciertos casos, la persecución de tales delitos, caracterizados por la especial sensibilidad que despiertan en el seno de la comunidad internacional, a que su autor ostente nacionalidad española, con lo que la regulación resulta redundante en relación con el art. 23.2 LOPJ que atribuye con carácter general, como se señaló *ut supra*, jurisdicción a los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos por españoles, con la diferencia de que cuando el fundamento de la jurisdicción es la nacionalidad se exige el requisito de la doble tipificación y cuando es la justicia universal no.

Entre las figuras delictivas señaladas en este precepto hay varias imputables a las personas jurídicas. En particular:

- Los delitos de terrorismo, tráfico ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, trata de seres humanos y contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte (art. 23.4 d) LOPJ).

- Igualmente, serán perseguibles en España los delitos de terrorismo (art. 23.4 e) LOPJ), los delitos contra la libertad e indemnidad sexual cometidos sobre

¹²⁰ Sobre la reciente reforma de la justicia universal, ver PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 81-89.

víctimas menores de edad (art. 23.4 k) LOPJ), los delitos de trata de seres humanos (art. 23.4 m) LOPJ), los delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales (art. 23.4 n) LOPJ) y los delitos regulados en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de octubre de 2011, sobre falsificación de productos médicos y delitos que supongan una amenaza para la salud pública (art. 23.4 o) LOPJ), cuando el procedimiento se dirija contra un español, un residente en España o *contra una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España.*

- En cuanto a los delitos *contenidos en el Convenio sobre la protección física de materiales nucleares hecho en Viena y Nueva York el 3 de marzo de 1980*, entre los que se encontrarían delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes y los de riesgo provocados por explosivos (tipificados respectivamente en los arts. 343 y 348 e imputables a las personas jurídicas), serán perseguibles en España *siempre que el delito se haya cometido por un ciudadano español*. En este caso, por lo tanto, sería preciso que al autor del delito tuviese nacionalidad española, en tanto que en el término ciudadano no parece que puedan entenderse incluidas a las personas jurídicas.

Cabe entender, por lo tanto, que sólo se podrá proceder por la comisión de los delitos citados, contra personas jurídicas que tengan su sede o domicilio social en España lo que, en términos generales, tal y como se especificó *ut supra*, implica que la entidad tendrá nacionalidad española, sin que en este caso sea preciso que se cumpla el requisito de la doble tipificación, aunque sí se exige interposición de querrela por el agraviado o por el MF y que no se haya iniciado un procedimiento para investigar o enjuiciar el delito por una instancia internacional o por los tribunales del lugar de comisión del mismo o los del Estado de nacionalidad de su presunto autor.

En relación con este último requisito, que pretende evitar conflictos entre jurisdicciones soberanas y problemas de *ne bis in idem* internacional¹²¹, resulta necesario aclarar que no debería existir un impedimento para enjuiciar en España a una persona jurídica por hechos que están siendo perseguidos por una instancia supranacional o por otro Estado, cuando en tales foros jurisdiccionales sólo se va a proceder contra las personas físicas responsables, por no reconocerse, en tales foros, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como ocurre, por ejemplo, con la TPI, que ejerce su competencia, exclusivamente, sobre personas físicas (art. 25. 1 Estatuto de Roma).

¹²¹ Según LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I...ob. cit., pp. 743 y 746, sólo la fundamentación en el Derecho de los Tratados puede legitimar una actuación en aplicación del principio de justicia universal, ya que mientras los principio de personalidad y de defensa tienen su legitimación o su punto de conexión, bien en la nacionalidad, bien en la defensa del Estado, el principio de justicia universal, por el contrario, necesita buscar su legitimación en otra fuente jurídica, en este caso externa, como son los Tratados internacionales, toda vez que no corresponde a ningún Estado en particular ocuparse unilateralmente de estabilizar el orden, recurriendo al Derecho Penal, contra todos y en todo el mundo.

Las responsabilidades de la persona física y la persona jurídica son individuales, aun cuando ambos sujetos respondan por hechos parcialmente coincidentes, por lo que se trata de dos objetos procesales autónomos. Como consecuencia de tal autonomía, no se produce un efecto de litispendencia internacional que impida proceder contra la persona jurídica, por el hecho de que otra instancia jurisdiccional esté investigando o conociendo de los mismos hechos para determinar la responsabilidad individual de las personas físicas presuntamente autoras del delito. De nuevo, a pesar de la identidad de hecho, la falta de identidad subjetiva impide apreciar bis in ídem o litispendencia.

4.- Los conflictos entre jurisdicciones¹²²

La regla general de atribución de la jurisdicción es el principio de territorialidad o lugar de comisión del delito. En este sentido, se advierte que este principio “goza de una amplia aceptación en el Derecho comparado como criterio de preferente utilización al concretar la extensión y límites de la jurisdicción nacional en el orden penal”¹²³. Sin embargo, como ya se analizó, en los delitos cometidos a distancia o a través de estructuras organizativas que operan en diversos países, o cuyas actuaciones tienen repercusiones supranacionales, el criterio del *locus commissi delicti* no siempre conduce al territorio de un único Estado.

Al mismo tiempo, los ordenamientos jurídicos nacionales suelen incluir como criterio en el que fundamentar la potestad jurisdiccional de sus órganos judiciales estatales el de la nacionalidad de los presuntamente responsables, lo que, en el caso de las personas jurídicas, se asimila al Estado en el que se haya constituido la entidad o donde se encuentre su domicilio o su sede principal. Por esta segunda vía, los Estados se arrogarían el conocimiento de aquellas causas por delito cuya responsabilidad se atribuye a una entidad “nacional” que ha delinquido en el extranjero. Tales criterios atributivos de jurisdicción se complementan con el de los intereses nacionales y con el principio de justicia universal. Ahora bien, este último, en ocasiones, aparece expresamente subordinado a otros nexos de territorialidad y nacionalidad que puedan existir con un tercer Estado y que tendría preferencia para conocer de la causa.

¹²² Se refiere, este epígrafe, al conflicto de jurisdicciones, expresión más utilizada por los autores de Derecho Internacional Privado que por la doctrina procesalista, que la ha eludido sistemáticamente refiriéndose, más bien, desde una perspectiva unilateral, a los límites o a la extensión de la jurisdicción nacional. (Sobre esta cuestión terminológica, ver GONZÁLEZ GRANDA, P., *Extensión y límites de la jurisdicción...*ob. cit., pp. 21-34). Ahora bien, en este epígrafe se emplea la expresión conflicto de jurisdicciones porque lo que se pretende es, desde una perspectiva multilateral, señalar, de *lege ferenda*, qué jurisdicción debiera prevalecer frente a otras cuando varias viniesen llamadas a conocer de un asunto.

¹²³ Así lo señala, entre otros, ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...”ob. cit., p. 383.

Por otra parte, es relativamente habitual que una persona jurídica domiciliada en el territorio de un determinado Estado opere en diversos territorios nacionales, ya sea a través de filiales, de centros de producción, de establecimientos abiertos al público o de redes de distribución de sus productos, creando, por lo tanto, un riesgo delictivo territorialmente diversificado. Como se indicó al inicio de este epígrafe, tanto por el tipo de delitos imputables a los entes colectivos, como por su comisión a través de personas jurídicas, se favorece la aparición del elemento transnacional. Como consecuencia, cabe afirmar que el riesgo de producción de conflictos entre jurisdicciones, puede verse agravado, en el caso del enjuiciamiento de las personas jurídicas, dando lugar a problemas de litispendencia o *bis in idem* internacional.

En definitiva, la conjunción de la naturaleza transnacional, característica de muchas organizaciones empresariales y criminales, con la posibilidad de persecución extraterritorial de ciertas conductas, incrementa exponencialmente el riesgo de conflictos de jurisdicción entre Estados. Piénsese en una entidad que esté delinquirando simultáneamente en los diversos territorios en los que opera, por ejemplo, a través de la venta y distribución de productos nocivos para la salud en diversos mercados nacionales, o el caso de una persona jurídica domiciliada en un país, pero que opera, principal o exclusivamente en otro, delinquirando, por lo tanto, sistemáticamente, fuera del Estado del que es nacional. En tales hipótesis podría producirse una colisión entre jurisdicciones nacionales de tal forma que, para el enjuiciamiento de un delito, o para el enjuiciamiento de varios delitos conexos, habría más de un Estado con potestad jurisdiccional y con interés en juzgar los hechos.

A priori, y sin pretender profundizar en esta cuestión que desbordaría los límites de este trabajo, se puede decir que el principio de territorialidad presenta notables ventajas frente al principio de personalidad, por lo que se considera de aplicación preferente, operando tan sólo el de personalidad de una manera complementaria¹²⁴. En particular, cabe señalar como fundamentos de la primacía del principio de territorialidad la reafirmación de la soberanía estatal dentro de los límites territoriales del Estado, razones de prevención general y especial que aconsejan acercar la amenaza coactiva que lleva implícita la aplicación de la ley penal al lugar de comisión de los hechos, así como razones de economía procesal, que sugieren concentrar las tareas de investigación e instrucción en el lugar de comisión del delito¹²⁵. En relación con esta última cuestión, no cabe duda de que, la proximidad geográfica entre el órgano jurisdiccional y el lugar de comisión del delito y/o de sus efectos, facilitará la investigación, la prueba de los hechos y, en su caso, la ejecución de la eventual condena.

A mayor abundamiento, en favor de la primacía del principio de territorialidad, se debe reparar en la territorialidad de la ley penal. En este sentido, cuando una persona jurídica opera, ya sea de forma permanente o temporal, en el territorio de un determinado país, independientemente de su nacionalidad, y sin perjuicio de que

¹²⁴ Cfr. Ídem. p. 385.

¹²⁵ Para un análisis más detallado sobre el fundamento de la primacía del principio de territorialidad véase BLANCO LOZANO, C., "Principios espaciales y personales...ob. cit., pp. 35-79.

deba respetar también ciertos requerimientos de su ley nacional, debe cumplir, en todo caso, con la ley del Estado en el que opera¹²⁶. Así pues, las leyes penales obligan, como norma general, a todos los que se hallan en un territorio (art. 8.1 CC). A mayor abundamiento, tal y como se señaló anteriormente, cabe recordar que, otra postura, dentro del territorio de la UE, sería contraria al principio de libertad de establecimiento (art. 49 TFUE), que prohíbe toda discriminación por razón del lugar en que se encuentra la sede de la entidad, la cual resultaría evidente si una entidad que operase en España quedase exenta del respecto al CP por tener su sede en el extranjero no discriminación por razón de la nacionalidad¹²⁷.

Consiguientemente, entiendo que la cuestión debe resolverse a favor del lugar en que se haya cometido el hecho delictivo en cuestión, tal y como se ha determinado *ut supra* y, subsidiariamente, para el caso de que no pudiese determinarse tal lugar y pudiese considerarse cometido el delito en varios Estados, tendría preferencia, aquel en el que el enjuiciamiento y/o la ejecución de la eventual condena resultasen más efectivos, esto es, en donde se hallasen las pruebas y los efectos del delito o, en último caso, donde se ubicasen la mayor parte del patrimonio de la entidad supuestamente responsable.

Otra razón para afirmar la indiscutible prevalencia del principio de territorialidad sería evitar tratos de favor de un Estado hacia sus entidades nacionales, cuando las consecuencias dañosas de sus acciones se producen en un tercer Estado. La ausencia de una prevalencia clara por el nexo territorial podría provocar que un Estado miembro juzgase a sus entidades nacionales, con cierta lenidad, para evitar la imposición de sanciones más severas por parte del Estado en el que la entidad hubiese delinquido. Este enjuiciamiento de una persona jurídica por parte del Estado del que la misma es nacional impediría que, posteriormente, fuese juzgada por el Estado de comisión del delito, so pena de vulnerar el principio *non bis in idem*.

Ahora bien, evidentemente, tal comportamiento constituiría un fraude de ley y, en el ámbito de la UE, sería frontalmente contrario al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, si se probase el ánimo de favorecer, por esta vía, a las empresas nacionales. Por eso, cuando un Estado inicie la investigación o enjuiciamiento de una entidad, podrá valorarse, por los otros Estados que se consideren, asimismo, competentes para conocer de la causa, si el juicio ya iniciado persigue sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal y si el proceso está siendo sustanciado de manera independiente e imparcial. Si se acredita que no hay persecución efectiva, o que se trata de un fraude para lograr la impunidad del presunto responsable, el *ne bis in idem* no obstaculizará el inicio de un procedimiento real por los mismos hechos y frente al mismo sujeto. En este sentido,

¹²⁶ En este sentido, SPANGHER, G., *I procedimenti speciali...* ob. cit., p. 448, afirma que, tanto las personas físicas como cualquier entidad, aun cuando no ostente personalidad jurídica, en el momento en que operan en Italia, incluso eventualmente, por ejemplo, por medio de una asociación temporal de empresas, deben respetar la ley italiana. Por eso, también quedan sujetas a responsabilidad las personas jurídicas que tienen su sede en el extranjero, cuando el delito presupuesto es cometido en Italia.

¹²⁷ Cfr. VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 118.

la concurrencia de jurisdicciones serviría para garantizar que determinadas actuaciones no quedasen impunes.

En tanto que ningún Estado, unilateralmente, puede incorporar normas que distribuyan la jurisdicción entre los diversos Estados soberanos, los conflictos de jurisdicción deben solventarse conforme a lo previsto, en su caso, por tratados internacionales u otras normas supranacionales. En este sentido, las normas comunitarias que prevén la imposición de sanciones a las personas jurídicas por la comisión de delitos contienen un criterio de conexión específico para las entidades colectivas. Así pues, se observa cómo, en tales normas, el criterio general de la territorialidad sigue siendo preferente en la distribución de competencias entre los distintos Estados miembros¹²⁸. En este sentido, los instrumentos normativos comunitarios señalan como criterio principal de competencia judicial internacional el del lugar de comisión del delito. Sin embargo, tal regla general se complementa con otra norma especial que dispone que los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para establecer su competencia cuando la infracción haya sido cometida en beneficio de una persona jurídica cuya sede se encuentre en su territorio. Así, se dispone que el Estado en el que se encuentre la sede de la entidad en cuyo provecho se delinquirá podrá atribuirse la competencia para el conocimiento de tales delitos, si bien podrá asimismo establecer modulaciones o exenciones a favor del Estado en el que se haya cometido el hecho, que será el único obligado, por las normas comunitarias, a crear las condiciones jurídicas precisas para perseguir eficazmente a las entidades que delinquen en su territorio a través de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

A mayor abundamiento, en el ámbito de la UE, se aplicarán los cauces contemplados en la DM 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales. Tal instrumento prevé vías de comunicación directa entre las autoridades de los distintos Estados miembros para solucionar los eventuales conflictos de jurisdicción que pudiesen surgir entre los mismos. También podría resultar interesante traer aquí a colación lo dispuesto en el art. 5.3 del Reglamento (CE) n° 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹²⁹ que permite que, una persona jurídica domiciliada en un Estado miembro pueda ser demanda en otro, en particular ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso.

¹²⁸ Así lo dispone, entre otras, la D.M. 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo modificada por D.M. 2008/919/JAI, de 28 de noviembre y la D.M. 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, que señalan como obligación de los Estados la adopción de medidas para establecer su competencia respecto de los delitos cometidos total o parcialmente en su territorio, siendo el resto de criterios extraterritoriales facultativos para los Estados. De esta forma, se la UE busca que cada Estado miembro adopte la medidas necesarias para establecer su potestad jurisdiccional por razón del territorio, independientemente de donde se encuentre la sede de la organización.

¹²⁹ D.O.U.E. serie L, núm. 12, de 16 de enero.

En definitiva, las normas comunitarias analizadas conducen a reforzar la hipótesis de partida de este epígrafe, cual es, la supremacía del principio de territorialidad, que implica que la jurisdicción corresponde al Estado en el que se cometió el delito, esto es, el Estado en que tuvo lugar alguno de los elementos del tipo delictivo, si bien, tal criterio, se complementa con el de la nacionalidad, definido como el del lugar en que tenga su sede la entidad en cuyo provecho se delinquirió.

5.- Recapitulación

El legislador no ha introducido ninguna reforma en relación con las normas que regulan la potestad de la jurisdicción penal española en el caso de que el sujeto pasivo del proceso penal sea una persona jurídica, salvo en lo relativo a la justicia universal que sí hace referencia al criterio de la sede o domicilio social de la entidad frente a la que se dirija el procedimiento. Esta laguna resulta todavía más grave si se tiene en cuenta que muchas personas jurídicas, aun cuando tienen su sede en el territorio de un determinado Estado, operan de forma descentralizada, desarrollando sus actividades en diversos Estados. Ante la ausencia de esta regulación es preciso aplicar a los entes colectivos las reglas generales previstas en el art. 23 LOPJ.

En este precepto se señala como criterio general el principio de territorialidad cuya aplicación requiere determinar el *locus commissi delicti* que, acogiéndose la teoría de la ubicuidad, en el caso de las personas jurídicas, puede resultar reinterpretado, incluyendo como lugar de comisión del delito, no sólo aquel en el que se realizó el hecho de referencia y se materializaron sus resultados, sino también aquel en el que se omitió el debido control o en el que se dejaron de implementar las medidas de prevención y control de los delitos. Esta falta de control debido, consistente en el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad de los subalternos que trabajan en la entidad, constituye el fundamento de la responsabilidad corporativa¹³⁰. Se trata de un elemento constitutivo de la responsabilidad del ente, que se integra en el hecho punible imputable al mismo y que, en tal sentido, puede ser considerado un acto ejecutivo típico¹³¹, atribuible al

¹³⁰ En este sentido, según PÉREZ MACHÍO, A. I., “Modelos tradicionales de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en J. L. de la Cuesta (dir.); Norberto J. de la Mata Barranco (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 21-48, p. 39, “*la culpabilidad de las personas jurídicas consistirá en el hecho de no haber organizado su actividad conforme a las exigencias del ordenamiento, siendo tal falta de organización la causa de la posterior comisión del delito*”.

¹³¹ En este sentido, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad...ob. cit., p. 41, que, si una persona jurídica está o no defectuosamente organizada, no es una cuestión relativa a su culpabilidad, sino que se trata de una dimensión externa que debe analizarse en sede de tipicidad; En la misma línea, sostiene DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español”, en J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.); Norberto J. de la Mata Barranco (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 49-102, p. 71, que lo dogmáticamente razonable es construir, no tanto la culpabilidad, cuanto el núcleo del injusto específico de la persona jurídica sobre la violación por ésta de su posición de garantías, o lo que es lo mismo, de su deber de organización de un modo adecuado para prevenir delitos en el marco de sus actividades, por su cuenta y en su provecho.

ente colectivo en comisión por omisión¹³², cuando éste ha infringido el deber jurídico de prevenir la perpetración de delitos en su seno, omitiendo la implementación de las debidas medidas de control de riesgos sobre sus empleados y sobre sus actividades. En todo caso, esa omisión del control debido es relevante para imputar a la entidad responsable por los delitos cometidos por sus empleados con lo que, el lugar en que se produce, puede servir de nexo para la atribución de potestad jurisdiccional a los órganos judiciales de un determinado Estado. También podría considerarse lugar de comisión del delito, el Estado en el que, en su caso, se hubiese materializado el beneficio o provecho perseguido por el delito.

Además de este criterio, existen otros complementarios que permiten la persecución extraterritorial de los delitos, y que se fundamentan en la nacionalidad del supuesto responsable penal, en la defensa de bienes jurídicos de interés nacional y en la persecución de aquellas conductas delictivas que la Comunidad Internacional considera más graves. En relación con estos dos últimos criterios, defensa de los intereses nacionales y justicia universal, lo determinante para atribuir el conocimiento de una causa a los tribunales españoles será el tipo de delito de que se trate. Entre los señalados por la LOPJ se encuentran varios imputables a las personas jurídicas, por lo que, cuando una persona jurídica extranjera cometa, desde el extranjero, uno de tales delitos podrá ser enjuiciada por los tribunales españoles, siempre que se cumplan los criterios adicionales que exige la ley. En cuanto al principio de la nacionalidad, hay que partir de la base de que una persona jurídica domiciliada en España o que tenga en territorio español su establecimiento principal, debe ser considerada nacional por lo que, aun cuando delinca en el extranjero, también podrá ser enjuiciada por la jurisdicción española.

Entre los nexos de persecución extraterritorial referidos, sólo el criterio de la nacionalidad sería digno de tratamiento específico en relación con las personas jurídicas en tanto que, los otros dos no atienden al sujeto activo del delito, sino a la naturaleza del delito y a sus efectos. Ahora bien, en relación con la nacionalidad, que como se ha referido, no es un atributo especialmente adecuado para las personas jurídicas, de *lege ferenda*, resultaría más adecuado sustituir tal nexo por el del *domicilio de la persona jurídica* o, siguiendo las directrices marcadas por los instrumentos comunitarios, por el del lugar en que tenga su sede la persona jurídica en cuyo beneficio o provecho se delinquiró, aun cuando la acción u omisión en que consista el delito se haya producido en un tercer Estado.

Por último, cabe plantearse cómo se resolverán los eventuales conflictos jurisdiccionales que pudieran surgir entre Estados cuando varios tengan potestad para enjuiciar a una persona jurídica por los mismos hechos. En mi opinión, la cuestión debe resolverse a favor del lugar en que se haya cometido el hecho delictivo en cuestión y, si pudiese considerarse cometido en varios Estados, en aquel en donde el

¹³² En este sentido, PÉREZ MACHÍO, A. I., “Modelos tradicionales de responsabilidad penal...ob. cit., p. 36, argumenta que “cuando la defectuosa organización consistente en el incumplimiento de las obligaciones de autorregulación genere un riesgo no permitido que se realice en el resultado lesivo concreto, la imputación de la responsabilidad penal a la persona jurídica se producirá a título de comisión por omisión”.

enjuiciamiento y/o la ejecución de la eventual condena resulten más factibles y eficaces, esto es, en donde se hallen las pruebas y los efectos del delito o, en su caso, el patrimonio de la entidad supuestamente responsable. El motivo radica en que el criterio de la territorialidad presenta considerables ventajas frente al de la nacionalidad, como la cercanía con las fuentes de prueba y la mayor efectividad de la ejecución de las sanciones, y además así se prevendrían las sospechas de tratos de favor del Poder Judicial o de la Fiscalía con las entidades nacionales, llevando a efecto la máxima según la cual la justicia no sólo ha de ser imparcial, sino que también ha de parecerlo.

Sin embargo, el principio de nacionalidad también podría presentar ciertas ventajas. Por ejemplo, la previsible mayor facilidad de ejecutar medidas tales como la disolución o la suspensión de actividades. Así mismo, podría servir para evitar deslocalizaciones empresariales a través de la creación de filiales o centros de producción en el extranjero, preordenadas a evitar incurrir en responsabilidad penal, situando las actividades criminales, o aquellas que presentan un riesgo delictivo mayor, en Estados que no prevén la responsabilidad penal de las personas jurídicas o donde no se persiguen efectivamente los delitos de que se trate. Esta suerte de *forum shopping*, que podría constituir un fraude de ley, se evitaría sujetando a las personas jurídicas a la regulación y a la jurisdicción de sus Estados nacionales, independientemente del territorio en el que operasen, lo que, en la práctica, podría conducir a una mayor efectividad en la persecución penal de las personas jurídicas y, consecuentemente, a potenciar la eficacia preventiva de este sistema de responsabilidad.

En este sentido, deberían establecerse las bases legales para poder juzgar a filiales extranjeras de grupos transnacionales cuya matriz estuviese domiciliada en España, cuando tales filiales resultasen ser meros instrumentos de la organización para eludir el cumplimiento de las normas penales y/o para prevenir eventuales responsabilidades, con independencia del lugar en que se encontrasen establecidas o en el que desarrollasen sus actividades. De esta forma, a través del principio de la nacionalidad, se haría responsable a la matriz de la legalidad de las actuaciones de sus filiales y se evitaría la deslocalización por motivos legales que conduce a ubicar los establecimientos, fábricas o sucursales allí donde los estándares legales son más bajos, provocando una indeseable competencia a la baja en términos de cumplimiento de la legalidad y de prevención y control de los delitos. A mayor abundamiento, a estos efectos, sería aconsejable una cierta homogeneización de los regímenes de responsabilidad penal de las personas jurídicas, así como una profundización en los instrumentos de cooperación judicial internacional.

II. La competencia y la determinación del ámbito objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

1.- Planteamiento

El legislador ha decidido restringir la responsabilidad penal de las personas jurídicas a un número limitado de delitos. La amplia selección que, teóricamente, responde a razones de política criminal, centradas en delimitar aquellas figuras delictivas en las que la intervención de las personas jurídicas resulta más habitual o “*se hace más evidente*”¹³³, en ocasiones, se antoja un tanto caprichosa. El primer objetivo de este epígrafe, será determinar los delitos que resultan imputables a las personas jurídicas, fijando así el ámbito objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y precisando el criterio por el que se rige tal selección.

En segundo lugar, se hará referencia a la posibilidad de crear órganos especializados para el enjuiciamiento de tales delitos. Si se asume que los delitos que puede cometer una persona jurídica tienen unas características propias que los diferencian de la criminalidad común, cabe plantearse la conveniencia y/o necesidad de adoptar medidas tendentes a la especialización de los órganos de investigación y enjuiciamiento. En este sentido, la heterogeneidad de las figuras delictivas que cabe imputar a las personas jurídicas, no ha impedido a la doctrina especular sobre la conveniencia de crear órganos especializados para su enjuiciamiento por asimilación de esta criminalidad a la delincuencia económica¹³⁴.

En tercer lugar, atendiendo a la legislación positiva, se examinarán las peculiaridades de aplicar las reglas habituales de competencia objetiva, territorial y funcional a los supuestos en que el sujeto pasivo del proceso penal es una persona jurídica. En este punto, es necesario partir de la regla establecida en el art. 14 bis LECrim, introducida específicamente por el legislador, en orden a normar la competencia penal para el enjuiciamiento de los entes colectivos. Así mismo, es necesario reflexionar sobre algunas cuestiones que surgen al aplicar los tradicionales criterios de competencia penal al enjuiciamiento de las personas jurídicas. Por ejemplo, la ampliación del *locus commissi delicti* cuando la ejecución de un delito responde al sistema de

¹³³ Así pues, en palabras de la Exp. de Motivos de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, ya citada, “*Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...).* Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea” (apdo. VII).

¹³⁴ Se plantea esta posibilidad, por ejemplo, BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2012)...ob. cit., p. 362, dada la especificidad de la realidad delictiva de las empresas.

imputación previsto para los entes colectivos en el art. 31 bis CP o la conveniencia de que el Tribunal del Jurado, formado por individuos legos en Derecho, conozca de causas que encierran cuestiones, fáctica y jurídicamente, complejas como las seguidas contra las personas jurídicas.

2.- El ámbito objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Las personas jurídicas, según lo previsto en el art. 31 bis 1 CP, responden sólo por aquellos delitos que expresamente prevean la posibilidad de ser imputados a un ente colectivo. Es decir, que el legislador ha optado por limitar la responsabilidad de las personas jurídicas a través de un sistema *numerus clausus* o de lista cerrada, que sólo permite atribuir responsabilidad a los entes colectivos por ciertos delitos, y no por la generalidad de los que aparecen tipificados en el CP.

Cabe resaltar en este punto que, al tratarse de un listado tasado de delitos, es posible que un cambio en la calificación jurídica, en cualquier fase del proceso, deje fuera de la acusación a la entidad inicialmente inculpada provocando, si ocurre durante la instrucción, un sobreseimiento libre, y de carácter parcial, en el caso de que existan otros coacusados, personas físicas, frente a los que, en principio, continuaría el proceso. Si tal cambio de calificación jurídica se produjese tras la apertura del juicio oral, la entidad debería ser absuelta. Igualmente, el cambio en la calificación jurídica podría suponer una sobrevenida incorporación de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal, cuando inicialmente se investigase un delito no imputable a las personas jurídicas. Por ejemplo, si, inicialmente, se investiga un delito de apropiación indebida, la instrucción se dirigirá sólo frente a las personas físicas investigadas, ya que tal delito no es imputable a las personas jurídicas. Sin embargo, si, posteriormente, se modifica la calificación jurídica del hecho investigado, encuadrándolo en la figura del delito de estafa, que es imputable a las personas jurídicas, podría ser preciso ampliar el objeto del proceso, para dar entrada a este nuevo sujeto pasivo. A tal fin, si ya se hubiese dictado el auto de apertura del juicio oral, sería preciso practicar una sumaria instrucción complementaria y proceder a imputar y a encausar a la entidad.

Como se ha indicado, evidentemente, el sistema de lista tasada o *numerus clausus* es la opción legislativa por la que se ha inclinado el legislador español. Sin embargo, en otros Estados, como por ejemplo en Francia¹³⁵ y en Holanda¹³⁶, así como en general en los países que siguen la tradición del *Common Law*¹³⁷ y en algunos países

¹³⁵ El art. 121-2 del C.P. francés dispone que las personas jurídicas, con exclusión del Estado, son penalmente responsables de las infracciones cometidas por su cuenta, por sus órganos o representantes.

¹³⁶ Así, el art. 51 del *Wetboek van Strafrecht* holandés establece que los delitos pueden ser cometidos por personas físicas y personas jurídicas.

¹³⁷ Tal y como señala BARONA VILAR, S., “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España”, en AA. VV., M. Ontiveros

asiáticos, como ocurre en Japón, se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas con carácter general, esto es, no limitada a una lista tasada de delitos. En tales ordenamientos es posible, incluso, imputar a las personas jurídicas delitos contra la vida. Por ejemplo, en Reino Unido, el *Corporate Homicide Act* del año 2007¹³⁸ permite imputar a las empresas homicidios imprudentes. Por su parte, en Italia, donde rige un sistema de lista tasada, como el previsto en el ordenamiento jurídico español, el listado se ha ido ampliando y, por ejemplo, en el año 2006 se introdujo la posibilidad de imputar a las personas jurídicas delitos por practicar la mutilación de los órganos genitales femeninos (art. 25 quáter 1 D. Lgs. 231), en el año 2007 los delitos de homicidio culposo y lesiones culposas graves por violación de las normas de tutela de la seguridad y salud en el trabajo (art. 25 septies D. Lgs. 231), en el año 2009 los delitos contra la industria y el comercio (art. 25 bis 1 D. Lgs. 231), en el año 2011 los delitos medioambientales (art. 25 undecies D. Lgs. 231) y en el año 2012 el empleo de ciudadanos extranjeros en situación irregular (art. 25 duodecies D. Lgs. 231).

En la legislación española, tales delitos no se recogen en un listado *ad hoc*, sino que la posibilidad de que por ellos responda una persona jurídica se encuentra prevista de modo disperso a lo largo del articulado de la Parte Especial del CP, así como en la L.O.12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando. Haciendo un repaso a la extensa reforma de la L.O. 5/2010, de 22 de junio¹³⁹, posteriormente modificada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo¹⁴⁰, se observa que los delitos imputables a las personas jurídicas son los siguientes: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis CP apdo. 3º CP), trata de seres humanos (art. 177 bis apdo. 7º CP), de los delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores (art. 189 bis CP), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies CP), estafas (art. 251 bis CP), frustración de la ejecución (art. 258 ter CP), insolvencias punibles (art. 261 bis CP), daños informáticos (art. 264 quáter CP), delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores y corrupción entre particulares (art. 288 CP), blanqueo de capitales (art. 302 CP), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis 5º CP), de los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis CP), de los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 5 CP), de los delitos contra la ordenación del territorio y urbanismo cometidos por particulares (319 apdo. 4º CP), de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328 CP), vertidos con materiales o radiaciones ionizantes tipificado en el art. 343 CP (art. 343 apdo. 3º CP), de otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes tipificados en el art. 348 apdos. 1º y 2º CP (art. 348 apdo. 3º CP), de los delitos contra la salud pública (arts. 366 y 369 bis CP), de la falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP), del cohecho (art. 427 bis CP), del tráfico de influencias (art. 430 CP), de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 apdo. 2º CP), de los delitos de incitación al odio, a la discriminación y a la

Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 53-110, p. 60, en los modelos anglosajones, en un primer momento, la responsabilidad penal de las personas jurídicas se circunscribía a los delitos imprudentes o de omisión, si bien, posteriormente, se reconoció para los *public welfare offences*, hasta hacerla extensiva a todo tipo de delito.

¹³⁸ Disponible en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2007/19/contents>, última consulta 5/02/2015

¹³⁹ L.O. 5/2010, de 22 de junio.

¹⁴⁰ L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP.

violencia (art. 510 bis CP) y del delito de financiación del terrorismo (art. 576 bis apdo. 3º CP). Por último, hay que referir lo dispuesto en el art. 2.6 L.O. 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, que permite imputar a las personas jurídicas responsabilidad por los delitos de contrabando cuando concurren las circunstancias previstas en el art. 31 bis CP.

Aunque se trata, en último término, de una cuestión de política criminal, es cierto que la doctrina acusa determinadas ausencias, que conducen a calificar de caprichosa la selección legislativa. Así pues, se echan en falta determinadas figuras delictivas, que se encuadrarían perfectamente en el ámbito de la delincuencia empresarial, tales como la apropiación indebida y los delitos cometidos contra los derechos de los trabajadores¹⁴¹. Desde algún sector doctrinal, se apunta que “*importantes lobbies sociales y empresariales han influido en la opción política que supone que el legislador haya elegido ciertos delitos y excluido otros*”, acusando otras ausencias como las coacciones, en los supuestos de abusos contra consumidores por parte de grandes sociedades de suministros y servicios sometidos a tarifa o las calumnias e injurias en la prensa¹⁴². Igualmente, se encuentran ausentes los delitos de obstrucción a la justicia y de quebrantamiento de condena, lo cual podría generar disfunciones en la fase de ejecución de la pena¹⁴³.

Según el Preámbulo de la, tantas veces citada, Ley 5/2010, de 22 de junio, que introdujo en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han seleccionado, tal y como se indicó al inicio de este epígrafe, aquellas conductas delictivas en las que la participación de las personas jurídicas *se hace más evidente*, criterio poco consistente y de escaso o nulo valor sistemático. Resulta, igualmente, criticable la falta de sistemática seguida por el legislador y la defectuosa técnica legislativa empleada en la forma de delimitar las conductas de las que podrán responder los entes colectivos¹⁴⁴.

¹⁴¹ Así, en relación con tales ausencias, se pregunta SOLÉ RAMÓN, A. M^a., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hacia una nueva regulación de la persona jurídica como sujeto activo del derecho penal y del proceso penal”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010, p. 23, qué criterio ha seguido el legislador para incluir unos delitos y no otros donde dicha responsabilidad de personas jurídicas resulta altamente razonable; También se acusan estas ausencias en SÁNCHEZ MELGAR, J., “El delito de estafa respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Observatorio de Derecho Penal Económico 2012 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, *Diario La Ley*, núm. 7890, 28 de junio de 2012; En relación con los delitos contra los derechos de los trabajadores, para los que se siguen previendo anacrónicamente las consecuencias accesorias, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre de 2011, p. 9, ha intentado justificar la decisión legislativa argumentando que, probablemente, su ausencia se deba a una decisión deliberada que pretendía excluir del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas delitos de lesiones y homicidios.

¹⁴² VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7883, 19 de junio 2012.

¹⁴³ ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal. Adaptado a 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 y a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, 2011, Rasche, Madrid, 2012, p. 39.

¹⁴⁴ Se observa cómo, a veces, el legislador introduce la responsabilidad de las personas jurídicas a través de un nuevo precepto, otras veces añade un apdo. en un precepto preexistente, en ocasiones se

La consecuencia de esta opción de política criminal es un listado de delitos muy heterogéneo que no encaja, exactamente, en términos tradicionales como el de Derecho Penal económico¹⁴⁵ o la criminalidad “de cuello blanco”¹⁴⁶, pero que sí presentan ciertas similitudes con tales categorías cuya delimitación, por otra parte, no se ha mantenido inmutable a lo largo del tiempo¹⁴⁷. Se puede decir que lo que caracteriza a los delitos imputables a las personas jurídicas es, precisamente, como dispone el Preámbulo la L.O. 5/2010, de 22 de junio, su posible o probable comisión a través de la instrumentalización de organizaciones de base asociativa y, como regla general, el ánimo de lucro¹⁴⁸. Ahora bien, ni siquiera la finalidad lucrativa está

remite a las conductas de un capítulo, en otras a las de un título o, simplemente, a las de los artículos precedentes. Esta defectuosa técnica legislativa acarreará sin duda dificultades interpretativas a la hora de determinar las concretas conductas por las que responden las personas jurídicas, además de resultar abiertamente contraria a las disposiciones contenidas en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el cual se aprueban las Directrices de técnica normativa. En este Acuerdo se establece la necesidad de evitar la proliferación de las remisiones y de que las mismas sean usadas cuando simplifiquen el texto y no perjudiquen su comprensión o reduzcan su claridad, debiendo indicarse en las mismas una referencia al contenido textual del artículo y no genéricamente a la disposición de que se trate, para no perjudicar la seguridad jurídica (apdo. j). Todas estas disposiciones son sistemáticamente incumplidas en el CP a la hora de determinar los delitos de los cuales la persona jurídica debe responder. Aunque esta situación ha mejorado, en parte, con la reforma introducida por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, ya citada, que ha dado cierta coherencia y sistematicidad a los preceptos de la Parte Especial del CP que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas, la nueva redacción de algunos preceptos resulta igualmente criticable en tanto que no se adecuan al apdo. 62 de las citadas Directrices que solo permite utilizar los adverbios numerales “bis”, “ter” y “quáter”, indicando que la adición de más de tres nuevos artículos debería generar la redacción de una nueva disposición. Prueba de tal incumplimiento sería, por ejemplo, el propio art. 31 CP que emplea hasta el adverbio numeral “quinques” y, además, añade letras “a”, “b”, “c”, etc., para distinguir unos preceptos de otros, algo que tampoco está previsto en las indicadas Directrices.

¹⁴⁵ En este sentido, cabe señalar que según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 66, la afectación, aunque sea de modo mediato, a intereses socioeconómicos supraindividuales es el presupuesto imprescindible para integrar una figura delictiva en la categoría de Derecho penal económico; Por su parte, la FGE. Instrucción 1/1996, 15 de enero de 1996, sobre competencias y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins01_1996.pdf?idFile=6f49660a-5ddd-4d0d-a2b6-601a2434da2a, última consulta 28/09/2015, apartándose de concepciones puramente dogmáticas, define el delito económico como aquella “*actividad de quienes, actuando con fin de lucro en representación de una persona jurídica, generalmente en el ámbito de sociedades mercantiles, con abuso de su estructura organizativa o de su función en el orden socioeconómico, causan un perjuicio al erario público o a una multiplicidad de perjudicados*”. Si bien algunos de los elementos de esta última definición, serán empleados, posteriormente, para definir lo que ha de entenderse por criminalidad de empresa, el fin de lucro, y sobre todo el perjuicio al erario público o a una pluralidad de perjudicados, son elementos definitorios del Derecho Penal económico, pero no determinantes de lo que ha de entenderse por criminalidad de empresa.

¹⁴⁶ SUTHERLAND, E. H., “White-collar Criminality”, ob. cit., usando un criterio puramente criminológico, atiende a la circunstancia de que la infracción es realizada por aquellos individuos que detentan y ejercen el poder económico.

¹⁴⁷ Se puede ver una breve referencia al desarrollo histórico del Derecho Penal económico en TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico* (2000)...ob. cit., pp. 16-23.

¹⁴⁸ En este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación*...ob. cit., pp. 107-110, encuentra un vínculo entre la criminalidad económica, la criminalidad organizada y el abuso de poder en el hecho de que todas suelen tener como móvil el afán de lucro, de ahí que el carácter económico de los delitos sea preponderante. La autora realiza una interesantísima reflexión sobre la forma en que la desigualdad a nivel mundial fomenta la criminalidad organizada transnacional, en tanto que mientras unas personas tienen que vender sus cuerpos y sus vidas otros las “compran”. Al mismo tiempo, la lógica capitalista de acumulación de capital y maximización de beneficios conduce a las

presente en todas las conductas seleccionadas, en tanto que, delitos tales como los daños informáticos o los cometidos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, no exigen ánimo de lucro en su comisión. Igualmente, en relación con los delitos de terrorismo, cabe señalar que no tienen una finalidad, directa ni principalmente, lucrativa, si bien para alcanzar sus tradicionales finalidades de desestabilización del orden establecido se valen, en ocasiones, de las ganancias derivadas del blanqueo de capitales o de la de criminalidad organizada para desarrollar estructuras económico-financieras que sirvan de soporte a sus actividades delictivas. Por otra parte, los bienes jurídicos protegidos por las normas penales que tipifican los delitos imputables a las personas jurídicas son ciertamente heterogéneos y no se limitan, como pudiera pensarse inicialmente, al orden socioeconómico, sino que se aprecia la existencia de bienes jurídicos de distinta naturaleza en juego, tales como la integridad física y moral de las personas, el medio ambiente o la salud pública.

Para integrar todas las figuras delictivas imputables a las personas jurídicas en una categoría podría acudirse, más correctamente, a la denominada criminalidad de empresa, entendida como aquella que se comete por medio de una empresa, o, mejor dicho, aquella que se perpetra a través de una actuación que se desarrolla en interés de una empresa¹⁴⁹. Precisamente, el que los delitos se cometan en interés o beneficio de la entidad se erige en una cuestión clave para imputar la conducta ilícita a la persona jurídica, porque, en tal caso, es la propia entidad la que debe ser reprimida cuando, en la consecución de sus objetivos de ahorro de costes o de incremento de sus beneficios, asume riesgos excesivos y daña bienes jurídicos ajenos. Esta definición denota que tal tipo de criminalidad viene caracterizada, principalmente, por el modo de comisión de los delitos y, en la mayor parte de los casos, por el fin lucrativo que persiguen, pero no por la homogeneidad del bien jurídico protegido. Además permite establecer una distinción entre la criminalidad de empresa y la criminalidad en la empresa, siendo esta segunda la que llevan a cabo operarios de una empresa contra el propio establecimiento o contra otros operarios¹⁵⁰, es decir, aquellos delitos cometidos en el ámbito empresarial en favor de los administradores o de unos socios minoritarios, pero en perjuicio de la entidad o de algunos de sus miembros, como ocurriría, por ejemplo, con los delitos societarios.

Se trata, en definitiva, de perseguir los hechos punibles cometidos en el ámbito de las actividades del tráfico jurídico y económico de una empresa¹⁵¹. En tal contexto criminológico, la destinataria de las normas de actuación y, por tanto, la obligada a su cumplimiento, es la estructura empresarial en sí misma¹⁵². Ahora bien,

empresas a operar en el margen entre lo permitido y lo prohibido. Mientras que la vinculación entre corrupción política y criminalidad socioeconómica y organizada es una variable esencial en este ciclo de dinero y poder que se retroalimenta de forma continua.

¹⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*ob. cit., p. 87.

¹⁵⁰ Esta clasificación se debe a SCHÜNEMANN (1988) que diferenció en su día entre “*Unternehmenskriminalität*” y “*Betriebskriminalität*”, vocablos que, según MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...*ob. cit., p. 86, han sido acertadamente traducidos como “criminalidad de empresa” y “criminalidad en la empresa”, respectivamente.

¹⁵¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...*ob. cit., p. 60.

¹⁵² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación” en AA. VV., Mº A. García García (dir.), *Responsabilidad penal de las*

evidentemente, son sus órganos y sus miembros los que actúan por la persona jurídica y toman las decisiones en su seno, por eso no cabe entender la responsabilidad individual y la responsabilidad de las personas jurídicas como alternativas, sino que han de ser complementarias, procediéndose, conjuntamente, frente a ambos sujetos, en la medida de lo posible. Así pues, a efectos del presente trabajo, se hará referencia a la criminalidad de empresa como aquella actividad de quienes, actuando en representación y en beneficio de una persona jurídica, aprovechan su estructura organizativa o su función en el orden socioeconómico para delinquir.

Esta criminalidad tiene particular relevancia en esferas concretas del Derecho Penal, como el denominado Derecho Penal económico y la delincuencia organizada¹⁵³. Así pues, los delitos imputables a las personas jurídicas podrían dividirse en dos grandes grupos, el de la delincuencia económica y el del crimen organizado, sin que se pueda perder de vista que la distinción entre ambos no siempre resulta sencilla, dado que, en ocasiones, ambas formas de criminalidad confluyen a través de los mecanismos de circulación económica de la corrupción. En este sentido, se observa que la criminalidad organizada se da cuando una empresa está instrumentalizada por una organización criminal que tiene por finalidad el lucro ilícito, por ser ilícito el bien o servicio con que se trafica¹⁵⁴. Mientras que si la empresa tiene fines lícitos, pero ocasionalmente comete delitos, se trataría de un supuesto de criminalidad económica. Ahora bien, en el momento en que, empresas aparentemente lícitas, son empleadas para blanquear el dinero proveniente de la criminalidad organizada, la línea divisoria se difumina¹⁵⁵. A mayor abundamiento, un criterio de delimitación amplio, que entienda el Derecho Penal económico como aquellos hechos que se ejecutan mediante una *empresa económica* o a favor de una empresa económica¹⁵⁶, también resultaría comprensivo del ámbito de criminalidad a que se refiere la reforma penal que implantó la responsabilidad criminal de las personas jurídicas.

Para ser algo más precisos, es necesario acudir a una metodología descriptiva que consiga escapar de las restricciones terminológicas. Así pues, cabe señalar que la criminalidad desarrollada a través de estructuras jurídicas abarca la típicamente económica (por ejemplo, las defraudaciones al erario público), la responsabilidad derivada de la producción y distribución de productos defectuosos (que podrían atacar, entre otros bienes jurídicos, a la salud pública), la criminalidad de cuello

personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario, Estudios de Derecho Judicial, núm. 115, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 67-124, 89; En una línea similar, afirma TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso...* ob. cit., p. 64 que las personas jurídicas, como destinatarias de deberes jurídicos, no sólo pueden cumplirlos, sino también lesionarlos.

¹⁵³ Así pues, según ROMA VALDÉS, A.; I. Escobedo García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 39, el foco de la reforma se situaría en los delitos económicos y en la delincuencia organizada.

¹⁵⁴ Sobre el tratamiento procesal-penal que merecen las asociaciones ilícitas que no desarrollan ninguna actividad legal se volverá al tratar la capacidad para ser parte en el proceso penal, epígrafe III, apdo. 2.4. de este mismo capítulo.

¹⁵⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. "La responsabilidad penal de las personas..." ob. cit., pp. 90-91.

¹⁵⁶ Así define TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico* (2000)...ob. cit., p. 15, al denominado Derecho penal económico, Derecho penal de la empresa, *corporate crime* en terminología anglosajona o *droit pénal des affaires* en Francia.

blanco¹⁵⁷ (que es la cometida en las capas más altas de la sociedad y, señaladamente, la corrupción de altos funcionarios) y la criminalidad organizada (relacionada con el tráfico de drogas, de armas, de personas etc.). Todos estos ámbitos de criminalidad se encuentran potencialmente interrelacionados a través del sistema financiero, del mercado global y de las redes de blanqueo de capitales que contaminan la economía mundial. Tienen en común, a los efectos que interesan a este trabajo, el uso que hacen de estructuras organizativas lícitas, o al menos aparentemente lícitas, cuando actúan en el tráfico jurídico. De hecho, podrían darse problemas concursales y de delimitación entre las figuras delictivas de organización y grupo criminal frente a los supuestos de codelinquencia, entre personas físicas y personas jurídicas, penalmente responsables¹⁵⁸.

Por otra parte, no cabe perder de vista que, junto a las grandes empresas y corporaciones, se encuentran otras pequeñas y medianas empresas, fundaciones o asociaciones que pueden incurrir en responsabilidad penal por las conductas *ut supra* referidas. Aunque, evidentemente, su potencial lesivo será menor, no por ello se encuentran exentas de responsabilidad, sino que son destinatarias de las normas penales al igual que las grandes corporaciones. Este es otro factor de heterogeneidad que dificulta entender la criminalidad de empresa como una materia consistente y con características homogéneas.

Por último, conforme a la regulación penal anterior al 1 de julio de 2015, cabía plantearse si las personas jurídicas podrían responder por la comisión de faltas. En favor de tal posibilidad, con la redacción anterior del CP, cabía esgrimir el art. 129.2 CP, según el cual las consecuencias accesorias se aplicarían sólo a las empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones, cuando el Código así lo previese expresamente o cuando se tratase de algunos de los *delitos* o *faltas* por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Sin embargo, la literalidad del art. 31 *bis* CP, que habla de delitos, y la del art. 33.7 CP, que califica todas las penas como graves, dificultaba la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de faltas¹⁵⁹, que de hecho fue negada, posteriormente, por la jurisprudencia¹⁶⁰. En este sentido, al no haberse previsto de forma expresa que las personas jurídicas puedan cometer faltas, se entendía que la exigencia de responsabilidad penal para los entes colectivos quedaba reducida a los

¹⁵⁷ Expresión acuñada por SUTHERLAND, E. H., "White-collar Criminality, ob. cit.

¹⁵⁸ TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso*...ob. cit., p. 95.

¹⁵⁹ GARCÍA PÉREZ, J. J., "Cuestiones procesales en la exigencia..."ob. cit., pp. 7-8, nota 11.

¹⁶⁰ En este sentido, la SAP Sevilla (Sección 4ª, Penal) núm. 562/2013, de 5 noviembre, ARP2013\1367, revoca una condena en primera instancia por una falta de estafa a una persona jurídica, sosteniendo que de la simple lectura del art. 31 bis CP se deduce que el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas constituye un sistema de incriminación específica en la parte especial del mismo texto normativo, lo que se expresa con la cláusula inicial "*en los supuestos previstos en este Código*", supuestos entre los que ciertamente se cuenta el delito de estafa (art. 251 bis CP), pero no la falta correlativa del art. 623.4 CP, ni ninguna otra infracción del libro III. Continúa afirmando el juzgador que obviamente no cabe una aplicación extensiva o análoga de la incriminación de las personas jurídicas a casos no previstos expresamente, por impedirlo la exigencia de *lex stricta* comprendida en el principio de legalidad y plasmada en el art. 4.1 CP, amén de la propia diferencia en el sistema de penas específico de las personas jurídicas. Ello es así, toda vez que, respecto de estas, el legislador penal ha optado por el criterio *de minimis non curat praetor* y el aplicador de la ley no debe sino respetar esa opción.

delitos referidos¹⁶¹. Con la nueva regulación penal, se suprimen las faltas que, históricamente, se regulaban en el Libro III CP, con lo que este debate pierde su sentido.

3.- La posible creación de órganos especializados

En este punto, resulta también necesario plantearse si el tipo de delincuencia imputable a las personas jurídicas goza de consistencia suficiente como para ser atribuida a órganos judiciales especializados por razón de la materia. En este sentido, la asimilación, más o menos precisa, entre la criminalidad de empresa y el Derecho Penal económico, ha hecho resurgir, al hilo de la introducción de un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, el viejo debate sobre la conveniencia de crear, dentro del orden jurisdiccional penal, órganos especializados en criminalidad económica. A este respecto, cabe constatar que, casi siempre que se habla de Derecho Penal económico, se reitera la conveniencia de contar, en consonancia con la especificidad y la complejidad de esta rama del Derecho Penal, con órganos especializados en la investigación y el enjuiciamiento de tales delitos¹⁶².

En el marco del debate sobre la creación de órganos judiciales especializados en Derecho Penal económico se pone de manifiesto, por una parte, que en tales delitos concurren ciertas especialidades procesales, sobre todo en términos de dificultades probatorias, que aconsejan la adopción de medidas organizativas orientadas a la especialización y al incremento de recursos personales y materiales¹⁶³. Por otra parte, se fundamentan tales requerimientos de especialización en la necesidad de que el personal encargado de la investigación y enjuiciamiento de tales delitos, cuente con conocimientos específicos sobre materias económicas, financieras, contables y empresariales¹⁶⁴. En el ámbito comparado, la tendencia a la especialización en

¹⁶¹ MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 14.

¹⁶² En este sentido, señala GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...ob. cit.*, p. 104, que “en España aún no se ha debatido en profundidad la conveniencia de crear órganos especializados en el enjuiciamiento de los delitos económicos”; En la misma línea, se refiere a las razones para la especialización de la justicia penal en materia económica TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico. Introducción* (2009)...ob. cit., pp. 111-114; También MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico...ob. cit.*, pp. 78-80, apunta, entre otras especialidades procesales propias del Derecho Penal económico, la especialización de los órganos de persecución penal.

¹⁶³ Tales consideraciones pueden leerse en TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico. Introducción* (2009)...ob. cit., p. 70, para quien, desde una perspectiva procesal-criminalística, los delitos económicos son delitos patrimoniales puros con complejidades procesales (probatorias). Entendiendo el autor, desde tal posición, que el principal problema del Derecho penal económico se solucionaría mejorando la justicia penal a través de la adopción de medidas relativas al personal, a recursos materiales y a cuestiones de organización.

¹⁶⁴ Sobre este particular, entiende DE URBANO CASTRILLO, E., “Especialidades de las sentencias en los delitos económicos en AA.VV., V. Magro Servet (dir.) *Delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 93, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 58-115, p. 80, que en los delitos económicos es necesario el auxilio de los conocimientos económicos y contables para entender la ingeniería financiera; En una línea similar, sostiene TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico. Introducción* (2009)...ob. cit., p. 63 como en la actualidad existe una relación muy estrecha entre el Derecho Penal económico y las ciencias empresariales, especialmente cuando se trata de la contabilidad comercial y de la auditoría contable.

algunos países de la Europa continental, tales como Francia¹⁶⁵ o Alemania¹⁶⁶ que sí cuentan con órganos especializados para la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos económicos, contrasta con la institución del Jurado popular que reina en el *Common Law*, tradición jurídica, en la cual, los fraudes graves, cuando el acusado no se declara culpable, son mayormente juzgados por personas legas en Derecho¹⁶⁷.

Desde un punto de vista supranacional, resulta destacable, la Recomendación R (81) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa¹⁶⁸, que aconseja a los Estados Miembros del Consejo de Europa la creación de unidades de policía y de fiscalías encargadas especialmente de la lucha contra la criminalidad de los negocios, procurando a cuantos hayan de intervenir (jueces, fiscales, policías) una formación especializada. En respuesta a tal Recomendación, en España se optó por la creación de Fiscalías Especiales, tales como la Fiscalía Antidroga y la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada (art. 19 EOMF), siendo a esta última a la que se encomienda la práctica de las diligencias de investigación y la intervención directa en los procesos penales en los que se enjuician la mayor parte de los denominados delitos económicos¹⁶⁹. Quizá por entender que las necesidades de especialización quedaban satisfechas con la existencia de tales Fiscalías Especiales, no existen órganos, especializados en este tipo de delitos, dentro del orden jurisdiccional penal, ni tampoco se exige a los jueces y magistrados conocimientos específicos en materia mercantil, financiera o contable¹⁷⁰.

Por su parte, algunos autores abogan por una especialización de los órganos de enjuiciamiento, con propuestas de *lege ferenda* que pasan por atribuir a la AN la competencia exclusiva sobre tales delitos¹⁷¹ o por crear Juzgados, o Secciones en las AA.PP., especializados en delitos económicos, sobre todo en aquellos lugares donde

¹⁶⁵ En Francia, desde la Ley de 6 de agosto de 1975, el art. 704 CPP permite, dentro de cada Corte de Apelación, designar uno o más Tribunales de Gran instancia para la persecución, instrucción y enjuiciamiento de ciertos delitos (incluidos por la doctrina francesa en el *Droit Penal des Affaires*), siempre que revistan una especial complejidad por el gran número de autores, de cómplices, de víctimas o por el ámbito geográfico al que se extienden.

¹⁶⁶ Por su parte, Alemania ha optado también por la especialización de los órganos competentes para el enjuiciamiento de los delitos económicos. En este sentido, el art. 74 c) GVG permite crear cámaras especializadas en Derecho Penal económico en los Tribunales del Land, para conocer de las querellas presentadas por la Fiscalías Especializadas. Estas últimas, además de contar con Fiscales especialmente formados, colaboran con economistas y administradores de empresas, de tal forma que no dependen excesivamente de los informes de peritos externos. Frente a esto, en el *Common Law*, los fraudes graves, cuando el acusado se declara inocente, deben ser juzgados por un Jurado. (Estas y otras referencias al derecho extranjero, pueden verse en GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...* ob. cit., p. 103).

¹⁶⁷ Estas y otras referencias al derecho extranjero, pueden verse en GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...* ob. cit., p. 103.

¹⁶⁸ Recomendación núm. R (81), 12 del Comité de Ministros, a los Estados miembros, sobre la criminalidad en materia económica, adoptada por el Consejo de Ministros, el 25 de junio de 1981.

¹⁶⁹ De hecho, hasta el año 2007 existía la Fiscalía de Delitos Económicos cuyas competencias son actualmente asumidas por la Fiscalía contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada. Un estudio sobre la naturaleza, organización y funciones de la misma puede consultarse en GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...* ob. cit., pp. 125-138.

¹⁷⁰ Así lo constata GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...* ob. cit., p. 103.

¹⁷¹ Así lo propone GARBERÍ LLOBREGAT, J., "La AN y el enjuiciamiento de los delitos económicos" en *Estudios de Derecho Penal Económico*, L. Arroyo Zapatero; K. Tiedemann (eds.), Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 1994, pp. 209-214.

su comisión sea especialmente frecuente¹⁷². Esta última solución podría encontrar apoyo legal en el art. 98 LOPJ que prevé la posibilidad de que el CGPJ acuerde la especialización de uno o varios juzgados, en las circunscripciones en que haya más de uno de la misma clase, para que asuman, con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos¹⁷³.

En realidad, estimo que, en todo este discurso, existe un problema previo que ya ha quedado apuntado *ut supra*. Y es que, al margen de determinar qué grado de especialización de los órganos judiciales resulta eficiente o la forma en que podrían, en su caso, implementarse tales medidas en términos orgánicos y organizativos, la cuestión previa y fundamental que habría que plantearse es si la materia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene una consistencia o una especificidad suficiente como para servir de criterio a tales medidas de especialización o si, por el contrario, abarcaría un ámbito delictivo tan heterogéneo que no cabría hablar, propiamente, de especialización.

Si se atiende al listado de delitos imputables a las personas jurídicas se comprueba que el legislador no ha limitado su selección a los delitos contra el orden socioeconómico, sino que también ha incluido otros que no atacan bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de contenido económico¹⁷⁴, tales como los delitos contra el medioambiente, el de financiación del terrorismo, los delitos de riesgo provocados por explosivos u otros agentes, los de tráfico de drogas o los directamente vinculados a redes de delincuencia organizada. Resulta evidente que tales delitos no pertenecen a la misma especie delictiva ni atacan bienes jurídicos homogéneos, lo cual se pone de manifiesto también al observar su dispersión a lo largo de los diversos capítulos de la Parte Especial del CP.

Sus características comunes serían principalmente su finalidad de lucro y su comisión a través de estructuras jurídicas de base asociativa. Esta particular modalidad comisiva vinculada, de forma directa o indirecta, al desarrollo de la actividad propia de una organización o, incluso, basada en la instrumentalización de ciertas estructuras jurídicas creadas para la comisión de ilícitos penales, les otorga cierta especificidad. En primer lugar, porque facilita su impunidad, dada la dificultad de determinar a los responsables individuales en su seno y, en segundo lugar, porque aumenta exponencialmente su potencial lesivo. En este sentido, algunas de las características de este tipo de criminalidad radican, precisamente, en las dificultades para asignar responsabilidades individuales a través de las teorías clásicas de la imputación objetiva y la causalidad¹⁷⁵.

¹⁷² En este sentido, GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento*...ob. cit., p. 104.

¹⁷³ Esta posibilidad ha sido objeto de regulación reglamentaria por el Pleno del C.G.P.J., a través del Acuerdo de 15 noviembre de 2005, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, arts. 17-24.

¹⁷⁴ Este es el criterio empleado por MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*...ob. cit., p. 67, para identificar la categoría del Derecho Penal económico.

¹⁷⁵ En este sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación*...ob. cit., pp. 122-123, llama la atención sobre la dificultad de individualizar las responsabilidades de los autores y cómplices, por los delitos cometidos en el seno de corporaciones organizadas, complejas y jerarquizadas, no por problemas de prueba, sino por una cuestión material de imputación.

Estas características, junto con el enorme potencial que tiene este tipo de criminalidad para contaminar las instituciones financieras, económicas y políticas de un país, pone de manifiesto la necesidad de invertir grandes recursos humanos, materiales y económicos, en orden a su represión¹⁷⁶. La tipificación de la responsabilidad penal de empresa tiene un enorme potencial preventivo para luchar contra la corrupción política y económica. Ahora bien, su regulación legal no es suficiente, sino que, para consolidar su potencialidad disuasoria, se requiere su efectiva aplicación práctica, para lo cual, desde una perspectiva político-criminal, podría resultar conveniente incrementar o concentrar los recursos disponibles en la represión de la delincuencia empresarial, tanto por las dificultades y la larga duración que, normalmente, implica su investigación, como por la enorme potencialidad lesiva de este tipo de criminalidad. Seguramente, la percepción de tal necesidad animó, en su momento, a la creación de las Fiscalías Especiales previstas en el art. 19 EOMF – Antidroga y contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada-.

No obstante, entiendo que, la heterogeneidad en relación con las figuras delictivas imputables a las personas jurídicas es motivo más que suficiente para desaconsejar la creación de órganos especializados. En esta línea, algún autor excluye planteamientos de creación de juzgados *especializados* ya que, en vista del listado de delitos imputables a las personas jurídicas, no podrían ser considerados como tales¹⁷⁷. Lo común y particular de los delitos imputables a las personas jurídicas no pasa de ser, precisamente, su comisión a través de estructuras organizativas aparentemente legales. Sin embargo, la actual penetración de las personas jurídicas en todos los ámbitos de la vida y, en general, en el tráfico jurídico y económico, es tal que, difícilmente, se podrá dotar de especificidad a la delincuencia en que aquellas intervienen, por ese solo hecho. En este sentido, resultan ilustrativas las palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ para quien “*uniendo las variables sociedad de riesgo, nuevo modelo organizativo empresa-red y redes entre la criminalidad organizada y las empresas lícitas tenemos que la empresa (...) se constituye en el principal agente generador de riesgos para bienes jurídicos*”, tanto cuando son instrumentalizadas por el crimen organizado como cuando, por políticas de organización defectuosas o negligentes, producen graves lesiones a bienes jurídicos colectivos¹⁷⁸.

¹⁷⁶ En este sentido, en los debates parlamentarios y en las enmiendas a la totalidad presentadas a los dos Proyecto de modificación de la LECrim presentados en 2015, que finalmente cristalizaron en la Ley 41/2015, de 5 de octubre y L.O. 13/2015, de 5 de octubre, ha sido una constante la necesidad de incrementar los recursos económicos, los medios personales y los materiales, para luchar contra la corrupción, la criminalidad organizada y la compleja criminalidad de esta época, o cual choca con la previsión de la D.A. única del Proyecto de Ley ordinaria y la D.A. 1ª del Proyecto de L.O. que señalan que las reformas no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones, ni de otros gastos de personal.

¹⁷⁷ En esta línea, y en contra de la creación de órganos especializados, se muestra GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 10, señalando, además de la heterogeneidad de los delitos imputables a las personas jurídicas, que tal propuesta de especialización está poco conectada con el mundo judicial real ya que, en su opinión, hay muchos jueces españoles especializados en Derecho Penal económico que reciben cursos y formación continuada al respecto. Lo cual, siempre según la opinión del autor, junto con un plantel adecuado de peritos contables y fiscales, excluiría la necesidad de órganos judiciales especializados.

¹⁷⁸ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...*ob. cit., p. 105.

Posiblemente porque el denominador común o la principal especificidad de los delitos imputables a las personas jurídicas es, precisamente, su comisión en el seno o a través de organizaciones o entes colectivos, generalmente de sociedades mercantiles, cabría plantearse la posibilidad de atribuir la competencia para su enjuiciamiento a los Jueces de lo Mercantil, atribución competencial que presentaría como ventaja la posibilidad de usar a los administradores concursales como interventores. Además, estos jueces cuentan con conocimientos especializados en materia mercantil, económica, financiera y contable, que puede resultar especialmente útil para entender esquemas de defraudación e ingeniería financiera, así como para valorar la eficacia preventiva de los modelos de organización y gestión implementados por la entidad para cumplir con sus deberes de cumplimiento normativo. Igualmente, otra especialidad de los delitos económicos que podría aconsejar tal atribución es que éstos, se refieren, en gran medida, a cuestiones propias del orden civil, por lo que es necesario manejar conceptos y categorías propios de dicho orden jurisdiccional¹⁷⁹. Sin embargo, tal solución no resulta satisfactoria en la medida en que no todas las personas jurídicas son sociedades mercantiles, sino que también vendrán sujetas al nuevo régimen de responsabilidad penal las asociaciones y fundaciones. Por otra parte, ello supondría atribuir competencias penales a un órgano jurisdiccional del orden civil lo cual, a pesar de la existencia de órganos mixtos, esto es, con competencias civiles y penales, tales como los Juzgados de Violencia sobre la Mujer o los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, no resulta *a priori* recomendable. No hay que olvidar que el Juez que enjuicie a la persona jurídica generalmente será, así mismo, el encargado de enjuiciar la responsabilidad penal de las personas físicas con lo que su labor no se limitará a determinar la responsabilidad de la mercantil. A mayor abundamiento, como es bien sabido, los procesos civiles y penales se rigen por principios distintos, muchas veces, incluso, antagónicos, con lo que agregar, a la ya heterogénea lista de competencias de los Juzgados de lo Mercantil, el enjuiciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no parece, en absoluto, conveniente.

Una vía intermedia entre crear órganos especializados e ignorar la especificidad de este tipo de delincuencia pasaría por realizar planes de formación continuada en economía, contabilidad y finanzas, así como en organización empresarial, todo ello desde una perspectiva centrada en la detección, la investigación y la represión de delitos. Otra opción que se apunta, como forma de suplir la falta de conocimientos especializados en la investigación de ciertos delitos, es la de atribuir la investigación al fiscal en tanto que, al no regir para la Fiscalía la predeterminación legal que sí reina para los jueces, la implantación del fiscal instructor, tal y como planteaba la Propuesta CPP, podría facilitar la existencia de especialistas según la naturaleza del delito objeto de la causa¹⁸⁰.

¹⁷⁹ DE URBANO CASTRILLO, E., “Especialidades de las sentencias...ob. cit., p. 80.

¹⁸⁰ Esta es la opción por la que opta FERREIRO BAAMONDE, X. X., “La organización judicial de la seguridad marítima”, en AA. VV., J. L. Meilán Gil (dir.), J. J. Pernas García; R. García Pérez (coords.), *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 619-642, pp. 638-639, como solución global a las necesidades de especialización, que evitase recurrir a medidas de refuerzo judicial, sólo aptas para situaciones coyunturales y a medidas que supusiesen la centralización territorial de ciertas causas en un único órgano.

En todo caso, la introducción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas supone un cambio de paradigma que obliga a repensar ciertas categorías e instituciones básicas, tanto del Derecho Penal como del Derecho Procesal penal, y que introduce nociones como el control debido, la culpabilidad de empresa o los *compliance programs*, hasta ahora ajenos a nuestro ordenamiento jurídico. En este contexto, podría ser recomendable suplir la falta de cultura jurídica de los jueces y magistrados españoles sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de planes de formación de jueces y magistrados, constitución de gabinetes técnicos de apoyo y asesoramiento, seminarios interdisciplinarios y reuniones periódicas entre Fiscalía, Policía, Magistratura, poderes políticos y demás colectivos¹⁸¹. Quizás, la falta de aplicación de la reforma penal, responde, precisamente, a esta falta de certeza sobre cómo aplicarla, que podría combatirse con formación.

Por otra parte, si no se toman medidas en relación con la mejora de la formación de los jueces y magistrados en materias técnicas o en cuestiones novedosas como las que introduce esta revolucionaria reforma, se corre el riesgo de que el órgano judicial se vea obligado a confiar o apoyarse excesivamente en los conocimientos de las Fiscalías especializadas, de los técnicos de la Administración o de otros peritos especializados, lo cual puede resultar pernicioso. Sin perjuicio de la necesidad de contar con peritos técnicos, colaboradores del órgano judicial, para aquellas cuestiones que requieren conocimientos específicos, es necesario que el órgano enjuiciador cuente también con los adecuada preparación técnica, para evitar que se vea abocado a realizar una función de mera convalidación, sin poder valorar los informes periciales libremente, de forma crítica y consciente.

4.- Los criterios de distribución de competencias: la competencia objetiva, territorial y funcional.

Para determinar la competencia en el ámbito penal hay que atender a tres criterios distintos. En primer lugar, se analizará la competencia objetiva, que cuenta con dos criterios especiales, en razón de la persona y de la materia, y otro general, que atiende a la gravedad del delito. Sólo este último criterio ha sido modificado como consecuencia de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en relación con el cual se señala que la pena determinante de la competencia será la prevista para la persona física, siendo indiferente, a estos efectos, la prevista para la entidad (art. 14 *bis* LECrim). En segundo lugar, está la competencia territorial que atiende, principalmente, al lugar de comisión del delito, y para cuyo análisis resultarán de aplicación algunas de las conclusiones alcanzadas al analizar el principio de territorialidad, como determinante de la jurisdicción de los tribunales españoles. En tercer y último lugar, se hará una breve referencia a la competencia funcional, aunque cabe adelantar que la misma, en tanto que viene automáticamente

¹⁸¹ Estas y otras propuestas se pueden ver en DE URBANO CASTRILLO, E., “Especialidades de las sentencias...ob. cit., p. 59, quien aboga por acciones específicas de orden intelectual para abordar las especialidades de la delincuencia económica.

determinada por la competencia objetiva, no sufrirá modificaciones en relación con las personas jurídicas.

4.1.- La competencia objetiva

En orden a determinar la competencia objetiva coexisten tres criterios. Uno ordinario, que atiende a la gravedad de la infracción y dos especiales, en función de la clase de infracción (*ratione materiae*) y de la condición del sujeto pasivo del proceso (*ratione personae*). De acuerdo con el principio de que las normas especiales prevalecen sobre las generales, las reglas de competencia *ratione materiae* y *ratione personae* se aplican con preferencia a las que atienden, exclusivamente, a la gravedad de la infracción¹⁸².

Por lo tanto, para determinar la competencia objetiva, en primer lugar, es necesario determinar si existe alguna especialidad por razón de la materia o del sujeto. Aunque la ley no prevé el aforamiento de ninguna persona jurídica podría plantearse la posibilidad de establecer ciertos aforamientos, por ejemplo, en favor de los partidos políticos o los sindicatos que, dada su función en la vida pública, como canalizadores del ejercicio de ciertos derechos fundamentales esenciales en una sociedad democrática, podrían ser enjuiciados por la AN o por el TS si fuesen de ámbito nacional o por los TTSSJ cuando fuesen de ámbito autonómico. La finalidad de tal regla de competencia especial podría sustentarse en evitar presiones a las cuales, en principio, un órgano unipersonal podría ser más sensible, protegiendo así la independencia institucional, tanto de las CCGG como del Poder Judicial y preservando el equilibrio entre los distintos poderes del Estado¹⁸³.

Sin embargo, no cabe olvidar que tales aforamientos son reglas de competencia *ratione personae* o, lo que es lo mismo, garantías personales que se reconocen a determinados sujetos por razón del cargo que desempeñan como miembros de alguno de los tres poderes del Estado. Y, precisamente, esta naturaleza *intuitu personae* resulta difícilmente compatible con la naturaleza colectiva e impersonal de las corporaciones. A mayor abundamiento, esta prerrogativa, si no es objeto de una interpretación restrictiva, supone una vulneración del derecho de igualdad en el ámbito procesal (art. 14 CE)¹⁸⁴, mientras que su extensión a casos no previstos en la

¹⁸² Sobre tales reglas, ver PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 91-97; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; CUBILLO LÓPEZ, I., *La competencia de los tribunales en el ámbito penal*, Aranzadi, Navarra, 2004, p. 75.

¹⁸³ En este sentido, se expresa SÁNCHEZ MELGAR, J., *Inviolabilidad e inmunidad de Diputados y Senadores. Derecho procesal parlamentario: excepciones al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos*, La Ley, Madrid, 2013, p. 200. Si bien, el autor, también reconoce que la institución responde, principalmente, a razones históricas, junto con el deseo de proveerse de un órgano más *cualificado* (p. 176).

¹⁸⁴ GÓMEZ COLOMER, J. L.; ESPARZA LEIBAR I., “Propuesta final. La desaparición de los aforamientos por infringir el artículo 14 de la Constitución Española” en *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 968-977.

CE y a hechos delictivos cometidos en un ámbito estrictamente privado, ajeno al desarrollo de las funciones que el aforamiento pretende salvaguardar, hace que sean percibidos por los ciudadanos como un privilegio y no como una garantía¹⁸⁵.

En cuanto a la competencia por razón de la materia, esto es, en función del tipo de delito, algunas de las figuras delictivas imputables a las personas jurídicas se atribuyen a ciertos órganos judiciales en virtud de tal criterio especial y preferente. Sería el caso del tráfico de drogas que caería dentro del marco competencial de la AN (art. 65 LOPJ) y que es imputable a las personas jurídicas (*ex* art. 369 bis CP). Así como los supuestos de cohecho y tráfico de influencias, cuyo conocimiento correspondería al Tribunal del Jurado (art. 1 y 2 LOTJ) y por los que también responden las personas jurídicas según disponen los arts. 427 bis y 430 CP, respectivamente¹⁸⁶.

Fuera de los casos en que concurra un foro especial de competencia se acude al criterio ordinario de la gravedad de los delitos. En tales casos, la competencia se distribuirá entre los Juzgados de lo Penal y las AA.PP. en función de la gravedad de la pena abstracta que cada delito lleva aparejada en el CP. El problema que se planteaba con esta regla, para el caso de las personas jurídicas, era consecuencia de la duplicidad del régimen sancionatorio que la reforma ha supuesto en relación con los delitos imputables a las entidades colectivas, en tanto que el mismo delito prevé una pena para la persona física y otra de distinta naturaleza y duración para la persona jurídica. Esto ha llevado a introducir una regla específica, en el art. 14 bis LECrim, que fija la competencia atendiendo, exclusivamente, a las penas de las personas físicas, independientemente de las previstas para los entes colectivos.

4.1.1.- Competencia objetiva ordinaria o común: por razón de la gravedad de las penas

Con la introducción del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas se establece un modelo de doble imputación en el que dos sujetos, persona física y persona jurídica, responden por unos hechos parcialmente comunes, pero son pasibles de sanciones diversas, tanto en cuanto a su naturaleza, como a su contenido, gravedad y duración. Como consecuencia de esa doble punición las dificultades ordinarias para determinar la competencia objetiva se veían agudizadas¹⁸⁷, ya que el criterio de la gravedad de los delitos, medida por la pena prevista para los mismos en el CP, planteaba problemas interpretativos en relación con la penalidad de las

¹⁸⁵ RUIZ SIERRA, J., “El aforamiento de los políticos: garantía o privilegio”, *Artículos doctrinales: Proceso Penal*, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/755-el-aforamiento-de-los-politicos-garantia-o-privilegi.html>, última consulta 13/01/2015.

¹⁸⁶ Sobre la competencia del Tribunal del Jurado se puede ver PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “La competencia del Tribunal de Jurado”, *Revista del poder judicial*, núm. 49, 1998, pp. 543-578.

¹⁸⁷ A este respecto, sostiene MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 6, que las dificultades ordinarias para determinar la competencia objetiva se ven agudizadas por la doble punición y la doble imputación que supone la introducción del principio *societas delinquere potest*, con la consiguiente duplicidad de las responsabilidades penales.

personas jurídicas. De ahí la necesidad de introducir una regla específica que aclarase la cuestión, que fue satisfecha con la introducción por la LMAP de un nuevo art. 14 bis LECrim. A continuación se analizarán los problemas que se planteaban antes de la reforma legal y, seguidamente, las ventajas e inconvenientes de la nueva regla de competencia derivada prevista en el art. 14 bis LECrim.

4.1.1.1.- Antes de la reforma introducida por la LMAP

Antes de la entrada en vigor de la LMAP, por la que se introdujo el art. 14 bis LECrim para regular específicamente esta materia, se encontraban en la doctrina interpretaciones diversas, que intentaban encajar en las reglas clásicas de distribución de competencias entre las AA.PP. y los Juzgados de lo Penal las causas seguidas frente a las personas jurídicas. Aquel debate doctrinal puso de manifiesto la dificultad de coordinación entre las reglas de competencia objetiva por razón de la gravedad de las penas y el peculiar sistema penológico previsto para las personas jurídicas¹⁸⁸, así como la conveniencia de una intervención legislativa *ad hoc* que introdujese cierta seguridad jurídica en este punto.

Como es bien sabido, para fijar la competencia objetiva por razón de la gravedad de los delitos ha de estarse a la pena abstracta fijada por el tipo, y no a la que resulte del juego de las reglas de aplicación de la pena, sea por imperfección delictiva, sea por el grado de participación o por la naturaleza de las circunstancias concurrentes¹⁸⁹. Consecuentemente, tampoco las atenuantes y las agravantes previstas para las personas jurídicas deberían tenerse en cuenta a efectos de determinar el órgano competente para su enjuiciamiento. Tomando en consideración tal regla, con una lectura apresurada del art. 66 bis CP, podría parecer que todas las causas seguidas frente a una persona jurídica se reconducirían al ámbito de la A.P., en tanto que, el sistema de sanciones previsto para las mismas señala, en abstracto, para todos los delitos que les resultan imputables, la posibilidad de imponer ciertas penas interdictivas con carácter permanente o con una duración de hasta quince años. De

¹⁸⁸ Sobre estas dificultades interpretativas se pronunciaron, entre otros, PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aspectos procesales de la reforma del código penal...ob. cit., pp. 20-21; MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 6; MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el Derecho...ob. cit., p. 151; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La persona jurídica en el proceso penal. Un análisis desde la perspectiva procesal”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 29, enero de 2013, pp. 1-23, p. 11.

¹⁸⁹ Este concepto de pena abstracta a efectos de determinación de la competencia se recoge, entre muchas otras, en las siguientes SSTs (Sala 2ª) núm. 157/1995, de 8 de febrero, RJ 1995\713; núm. 1529/1997, de 1 de diciembre, RJ 1997\9061; núm. 1533/1997, de 1 de diciembre, RJ 1997\8707; núm. 947/2012, de 28 de noviembre, RJ 2012\10871. En esta última, se resuelve que, “*el concepto de pena abstracta a efectos de la determinación de la competencia debe entenderse referida al marco punitivo genérico susceptible de ser aplicado al acusado. Se tendría en cuenta la pena máxima que podría imponerse al sujeto enjuiciado, sin perjuicio del juego de las circunstancias atenuantes y agravantes dentro del mismo. De ahí que deban tenerse presentes todas las situaciones en que por la mecánica dosimétrica un marco penológico resulta alterado en más o en menos*” (F. J. 2º), recordando, a continuación el TS el principio general según el cual “quien puede lo más puede lo menos”.

hecho, así lo interpretó parte de la doctrina en un momento inicial¹⁹⁰. Así pues, de este singular sistema sancionatorio, se podría deducir que, aplicando la regla general de atribución de competencia objetiva, las penas previstas para las personas jurídicas, consideradas en abstracto, superarían los límites de la competencia del Juzgado de lo Penal, por lo que las personas jurídicas serían, en todo caso, juzgadas por la A.P., independientemente de qué delito se les imputase. Por otra parte, tal atribución generalizada de competencias a las AA.PP. encontraría su fundamento en la consideración *ex lege* de todas las sanciones previstas para las personas jurídicas, incluso de la multa, como penas graves (art. 33.7 CP)¹⁹¹.

Sin embargo, tal interpretación choca con el carácter excepcional de las penas interdictivas, permanentes o de larga duración, frente a la multa, calificada como pena reina del sistema de sanciones previsto para las personas jurídicas¹⁹². En este sentido, señala DEL MORAL GARCÍA que, dado el carácter rígido y tasado de los casos en que se pueden sobrepasar los diez años de duración de las sanciones, no se debería eludir la competencia del Juez de lo Penal¹⁹³. Con tal finalidad, cabría plantear, en contra de esa general reconducción a la A.P. de las causas penales seguidas frente a las personas jurídicas, que la regla de competencia objetiva, que toma en consideración la pena en abstracto sin atender a las concretas circunstancias determinantes de su individualización, ha sido precisada, justamente, para aquellos supuestos en que, además de una pena base, se prevé la imposición conjunta de una pena facultativa más grave. Pues bien, tal hipótesis es precisamente la que se da en el caso de las personas jurídicas, para las que se prevé como pena base la multa, que caería siempre en el ámbito competencial del Juez de lo Penal y, como penas de imposición facultativa, otras restrictivas de derechos de mayor gravedad y de más larga duración. En tales casos, parte de la doctrina sostiene que debe estarse, en orden a determinar la competencia, a las calificaciones y a la pena concreta solicitada¹⁹⁴. En esta línea, antes de la modificación legal que vino a aclarar la cuestión, a la que se hará referencia en el apdo. siguiente, ya se interpretó por algún

¹⁹⁰ Entre otros, DE ARANDA Y ANTÓN, G., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA. VV., J. A. Lascuraín Sánchez; J. Dopico Gómez-Aller (dirs.); M. Martín Lorenzo (coord.) Ponencias del Seminario “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009”, celebrado en la Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 9 de febrero de 2010, disponible en <http://www.trust-cm.net/uploads/docs/sessions/d8a580379f0118a2dcffc21af48e152fec52b62.pdf>, consultado el 20 de mayo de 2013, pp. 12-18, p. 14, para quien estas penas, tanto por su consideración de graves, como por el carácter definitivo de algunas de ellas (disolución de la persona jurídica y prohibición definitiva de realizar determinadas actividades) o por su duración en abstracto por más de diez años, superarían el umbral competencial del Juzgado de lo Penal, para entrar en el campo de la A.P.; En la misma línea se pronunciaron PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aspectos procesales de la reforma del código penal...ob. cit., p. 21; PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 69.

¹⁹¹ PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 69.

¹⁹² En este sentido, la propia Exp. de Motivos de la LO 5/2010, de 22 de junio, apdo. VII señala que “*se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis*”.

¹⁹³ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 749

¹⁹⁴ Ver ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; CUBILLO LÓPEZ, I., *La competencia de los tribunales...ob. cit., p. 57*, donde se plantea tal interpretación, aunque no es la acogida por los autores.

autor que, siendo la pena principal contra la persona jurídica la de multa, la regla general sería que la competencia objetiva recayese en el Juzgado de lo Penal (ex art. 14.3 LECrim) y sólo cuando la pena a imponer fuese la disolución, que es permanente por naturaleza, la prohibición de realizar actividades relacionadas con el delito o la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, que pueden durar hasta quince años, se desplazaría la competencia a la A.P.¹⁹⁵.

El problema de la solución que aboga por atender a la petición de pena, es que la competencia no se fijaría *ab initio*, sino que se demoraría su determinación, al menos, hasta la fase intermedia del proceso en la que se presentase el escrito de acusación y, por ende, la concreta petición de condena, lo cual podría resultar problemático para conocer el órgano competente para resolver los recursos devolutivos contra las resoluciones dictadas por el Juez de Instrucción. Por otra parte, el criterio que atiende a la petición concreta de pena ha sido objeto de severas críticas, en la medida en que deja la determinación de la competencia en manos de la parte acusadora. Para evitar dicho resultado, sostiene DEL MORAL que, en todo caso, la competencia debería fijarse con independencia de que, en el caso concreto, la pena solicitada por el Fiscal rebasase o no los diez años de duración o de que sólo se pida la imposición de una pena de multa¹⁹⁶. Así pues, el citado autor apuesta por seguir el criterio tradicional según el cual la mera posibilidad de imponer una pena superior, aun cuando la misma sea de aplicación facultativa, debería arrastrar la competencia al Tribunal superior¹⁹⁷.

Ahora bien, analizando con algo más de detenimiento el peculiar sistema de sanciones previsto para las personas jurídicas, considero que no es preciso recurrir a interpretaciones tan inciertas, basadas en el carácter facultativo de las penas interdictivas, para evitar la general reconducción de las causas penales frente a las personas jurídicas al ámbito competencial de la AP. De hecho, tal y como se expondrá a continuación, entiendo que, en la mayoría de los casos, el órgano competente para su enjuiciamiento será el Juez de lo Penal.

Así pues, el legislador ha diseñado un sistema de sanciones en el que, a lo largo de la Parte Especial del CP, en cada uno de los delitos por los que puede responder una persona jurídica, se señala como pena básica la multa y, a continuación, se añade la siguiente disposición: “*atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33*”. La posibilidad de imposición y la extensión de estas otras penas restrictivas de derechos, entre las que se encuentran algunas de carácter permanente, como la disolución, y otras que pueden alcanzar los quince años

¹⁹⁵ Así LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La persona jurídica en el proceso...ob. cit., p. 11.

¹⁹⁶ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 749.

¹⁹⁷ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A., “Incidencia del nuevo Código Penal en la competencia objetiva”, *Jurisdicción y competencia penal*, CGPJ, Madrid, 1996, pp. 106-107 y 117; En la misma línea, en relación con el caso de las personas jurídicas, PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 71, propone la aplicación del art. 14.3 LECrim de acuerdo con el aforismo “quien puede lo más puede lo menos”, de tal forma que el órgano competente será el que lo sea para conocer de la infracción sancionada con la pena más grave. Si bien, en abstracto, siempre serían más largas las penas previstas para las personas jurídicas en tanto que la pena de disolución y algunas otras pueden imponerse con carácter permanente, mientras que para las personas físicas, salvo en los casos en que se admite la prisión permanente revisable, todas las penas son de duración determinada.

de duración, depende de tres circunstancias señaladas en la ley, cuáles son la necesidad preventivo-especial, las consecuencias económicas y sociales para los trabajadores de la entidad y el rango que en la misma ocupa el individuo o el órgano encargado de las tareas de control, cuya omisión facilitó la comisión del delito (art. 66 bis 1º CP). Ahora bien, este precepto dispone, como primer límite a la duración de las penas interdictivas, cuando estas se impongan con una duración limitada, la de la *pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física* (art. 66 bis 2º CP). De esta forma, cuando la pena de la persona jurídica tenga carácter temporal, su duración se vincula a la de la pena privativa de libertad prevista para las personas físicas, coherentemente con el hecho de que ambos sujetos responden por el mismo delito. Consecuentemente, si la pena de prisión prevista para la persona física no excede de diez años, las penas restrictivas de derechos imponibles a la persona jurídica, tampoco podrán sobrepasar tal duración. Esta vinculación entre la duración de la pena privativa de libertad y la pena de la persona jurídica, constituye una delimitación *ex lege* que no puede ser obviada a efectos de determinación de la competencia.

Ahora bien, el límite señalado no afecta a dos de las penas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 CP, cuales son, la disolución, que tiene carácter permanente por naturaleza, y la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, que puede ser acordada, igualmente, con carácter definitivo. Si se entiende que, en abstracto, independientemente del delito cometido, siempre cabe imponer tales penas, de nuevo se sobrepasa el límite competencia de los Juzgados de lo Penal. Pero, volviendo al art. 66 bis 2º CP, se observa que, ulteriormente, se establecen otros dos límites legales a la duración de las penas interdictivas. Así pues, sólo cabe imponer penas con una duración de más de dos años cuando se aprecie la circunstancia de reincidencia o el uso instrumental de la entidad para la comisión de delitos, siempre que además, para el caso de delitos cometidos por subalternos, el incumplimiento de las medidas de supervisión, vigilancia y control haya tenido carácter grave¹⁹⁸, mientras que las penas permanentes o con una duración superior a cinco años se encuentran condicionadas a la apreciación de la circunstancia de multirreincidencia o, nuevamente, al uso instrumental de la entidad para la comisión de ilícitos penales. Y aquí está la clave para resolver la cuestión competencial. La reincidencia, la multirreincidencia y el uso instrumental de la entidad para la comisión de delitos, elemento este último que ha de apreciarse siempre que su actividad ilegal sea más relevante que su actividad legal, no dejan de ser circunstancias agravantes que, por lo tanto, no debieran ser tomadas en consideración a efectos de determinar la pena en abstracto ni, por derivación, la competencia.

¹⁹⁸ El inciso según el cual “cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años”, ha sido introducido en el art. 66 bis 2º CP por la Ley 1/2015, de 30 de marzo. Cabe destacar la falta de coherencia de este precepto con el art. 31 bis 1º b) CP. Así pues, este último exige un incumplimiento grave de las medidas de control para que las personas jurídicas respondan de los delitos cometidos por los subalternos, mientras que, posteriormente, en fase de determinación de la pena, se contempla la posibilidad de que tal incumplimiento no tenga carácter grave cuando, en tal caso, de acuerdo con el art. 31 bis 1º b) CP la persona jurídica debiera resultar absuelta ante la falta de tipicidad de su conducta.

Dicho esto, cabe objetar, frente a quienes preveían una general reconducción a la A.P. de las causas previstas para las personas jurídicas que, aun en ausencia del art. 14 *bis* LECrim, al que luego se hará referencia, en absoluto se produciría tal eventualidad, estando ligada la penalidad de las personas jurídicas a la de las personas físicas en cuanto a su duración y condicionada su temporalidad a la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad. De hecho, tomando en consideración que para sobrepasar el umbral de los dos años de duración es preciso apreciar la concurrencia de la agravante de reincidencia o de instrumentalización delictiva del ente, se llega a la conclusión de que las causas frente a las personas jurídicas serían generalmente reconducidas a la competencia de los Juzgados de lo Penal, en tanto que, sin considerar tales circunstancias agravantes, no se podrían imponer penas de más de dos años de duración y, por lo tanto, no se superaría, ni remotamente, el umbral temporal de los diez años, establecido para las penas restrictivas de derechos distintas de la prisión, como límite máximo para fijar la competencia de estos órganos unipersonales de enjuiciamiento (art. 14.3 LECrim).

En definitiva, el CP prevé para las personas jurídicas una pena base, que es la de multa, y conjuntamente con esta, establece la posibilidad de aplicar otras sanciones restrictivas de derechos, para cuya imposición, con una extensión superior a dos años, es preciso apreciar la concurrencia de determinadas circunstancias agravantes. Por lo tanto, según la teoría de la pena abstracta para la determinación de la competencia, habrá que atender a la pena máxima legalmente aplicable, sin tomar en consideración la naturaleza y el número de las circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes, lo que impediría apreciar las agravantes como elemento determinante de la competencia. Las divergencias en la doctrina, se explican, a mi modo de ver, por la redacción de los arts. 33.7 y 66 *bis* CP en tanto que, mientras el primero señala las penas a imponer con sus duraciones máximas en abstracto, el segundo limita *ex lege* la duración de tales penas a la concurrencia de determinadas circunstancias que agravarían la responsabilidad del ente. Ahora bien, un examen conjunto y sistemático de ambos preceptos, conduciría, en mi opinión, a reconducir las causas de las personas jurídicas al Juez de lo Penal, dado que, tal y como se acaba de señalar, sin la concurrencia de ciertas agravantes, las penas interdictivas no podrán sobrepasar los dos años de duración.

En vista de la peculiar penalidad de las personas jurídicas y de los problemas interpretativos que la misma podría plantear cuando se intenta encajar ese específico sistema sancionatorio en los tradicionales esquemas de determinación de la competencia, unido a la necesidad de que existan reglas claras de competencia que prevengan la excesiva proliferación de cuestiones de competencia y que otorguen seguridad y certeza a los operadores jurídicos, se propuso, en su momento, la reforma del art. 14.3 LECrim¹⁹⁹, demanda a la que el legislador ha respondido con la introducción del nuevo art. 14 *bis* LECrim.

¹⁹⁹ Entre otros, MUÑOZ YANGÜELA, B., "Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 6.

4.1.1.2.- La regla de competencia derivada del 14 bis LECrim

Como se ha intentado poner de manifiesto anteriormente, las interpretaciones en relación con la competencia objetiva para las causas seguidas contra personas jurídicas, antes de la pertinente reforma legal, eran contradictorias, de ahí la conveniencia de una intervención legislativa que clarificase la cuestión. Precisamente, para colmar esa laguna, que provocaba interpretaciones divergentes en el seno de la doctrina, se introduce el art. 14 bis LECrim que ha venido a regular, específicamente, la cuestión de la competencia objetiva por razón de la gravedad del delito para el caso de las personas jurídicas. Así pues, este precepto, que tiene un “*carácter complementario de los preceptos que determinan la competencia objetiva en nuestro sistema procesal-penal*”²⁰⁰, regula la atribución de la competencia objetiva por razón de la gravedad, con una norma clara y precisa, que otorga seguridad jurídica a la cuestión, tal y como exige el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley²⁰¹.

El art. 14 bis LECrim dispone que cuando la competencia dependa de la gravedad del delito se estará a la pena prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija únicamente frente a una persona jurídica²⁰². En primer lugar, se debe hacer notar que el precepto se refiere sólo a la competencia objetiva por razón de la gravedad del delito. Nada se regula acerca de la competencia territorial o funcional, ni sobre la competencia objetiva por razón de la materia o de la persona. Tal y como quedó dicho *ut supra*, en relación con tales criterios competenciales, que carecen de regulación expresa para el caso de las personas jurídicas, habrá que estar a las reglas comunes inicialmente previstas para las personas físicas.

El principal efecto de la aplicación del art. 14 bis LECrim es la irrelevancia de la especial penalidad prevista para la persona jurídica en orden a la determinación de la competencia objetiva. En este sentido, el precepto supone que para determinar la competencia en función de la gravedad de la pena sólo se tomará en consideración la prevista para las personas físicas. Como consecuencia de esta norma, para el enjuiciamiento de un delito que lleve aparejada, para las personas físicas, una pena de prisión superior a cinco años, u otras penas privativas de derechos de duración superior a diez años, será competente, en todo caso, la A.P., aun cuando, en el caso concreto, el proceso se dirija sólo contra una persona jurídica a la que se considere previsible que se impondrá sólo una multa. Y, a la inversa, si el delito base lleva legalmente aparejada pena de multa, pena de menos de cinco años de prisión u otras privativas de derechos de duración inferior a diez años será competente, en todo

²⁰⁰ MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 63.

²⁰¹ Así pues, sostiene PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *Constitución y Poder Judicial*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013, pp. 91-92, que las normas de competencia judicial han de gozar de un grado de concreción suficiente para impedir designaciones libres o arbitrarias, erigiéndose tal condición en requisito del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

²⁰² Este precepto, que fue introducido en la LECrim por la LMAP, dispone literalmente que “*cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica*”.

caso, el Juez de lo Penal, aun cuando, en el caso concreto, se enjuicie sólo a una persona jurídica para quien la acusación solicita la pena de disolución o, alternativamente, otras penas interdictivas de más de diez años de duración.

4.1.1.2.1. - Las ventajas del art. 14 bis LECrim

El legislador ha optado por establecer una regla de competencia derivada según la cual la competencia legal de la persona física atrae o arrastra a la persona jurídica²⁰³. Con esta regla se invierte la prevalencia, en *pro* de la persona natural, ya que la competencia objetiva se supedita a la pena que correspondería, en caso de que la infracción se imputase a una persona física, evitando la prevalencia que, en otro caso, tendría la penalidad del ente colectivo, habida cuenta de la consideración legal de graves de todas sus penas²⁰⁴ y de la larga duración que pueden alcanzar algunas de ellas.

De esta forma, el legislador evita alterar el esquema general de atribución de la competencia objetiva y funcional²⁰⁵, de modo que, en defecto de criterio especial, lo determinante sea la gravedad de la pena prevista legalmente para la persona física, siendo irrelevante, a estos efectos, la penalidad prevista para las personas jurídicas²⁰⁶. Asimismo se evita sobrecargar a las AA.PP.²⁰⁷ que, como se indicó previamente, para una parte de la doctrina, serían los órganos competentes para enjuiciar todos aquellos delitos respecto de los que estuviere acusada una persona jurídica.

La regla de competencia derivada, que prescinde de las penas previstas para las personas jurídicas, encuentra su justificación en el sistema de responsabilidad vicarial diseñado por el legislador para tales entidades colectivas²⁰⁸. En este sentido,

²⁰³ Cfr. GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., p. 10.

²⁰⁴ Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...”, ob. cit., p. 70.

²⁰⁵ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...* ob. cit., p. 53; Por el contrario, PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...”, ob. cit., p. 70, lejos de ver en el precepto en cuestión una forma de acomodarse a las reglas generales de competencia, lo califica de esperpéntico y extravagante.

²⁰⁶ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...* ob. cit., p. 53.

²⁰⁷ PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...”, ob. cit., p. 72.

²⁰⁸ En esta línea, se pronuncia DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral...”, ob. cit., p. 746, relacionando la regla de competencia derivada con el modelo vicarial por el que ha optado el legislador; También APARICIO DÍAZ, L., “Aproximación a las modificaciones previstas por el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal: el tratamiento procesal-penal de la persona jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7657, 22 de junio de 2011, entiende que el art. 14 bis LECrim es coherente con lo previsto en el art. 31 ter 1 CP, en tanto que exige la constatación de la comisión de un delito por ciertas personas físicas para afirmar la responsabilidad de las personas jurídicas y asume que ambas responsabilidades se derivan de los mismos hechos llegando, incluso, a modularse las penas de multa impuestas a ambos sujetos en función de la gravedad de aquellos; Así mismo, GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., p. 10, entiende que la regla del 14 bis LECrim es coherente con el sistema penal de transferencia de la responsabilidad; Igualmente señala PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7769, 4 de enero de 2012, que la decisión del legislador sobre la competencia es coherente con el objeto del proceso, toda vez que la investigación de la responsabilidad penal del ente

se entiende que el hecho de que haya una persona jurídica penalmente responsable no varía el delito, en tanto que su responsabilidad penal se construye siempre sobre la base del conducta ilícita realizada por una persona individual, lo cual aconseja prescindir de la pena prevista para la persona moral eventualmente responsable²⁰⁹. En otras palabras, aunque se juzgue sólo a la persona jurídica, será preciso enjuiciar los hechos de referencia atribuidos a la persona física²¹⁰, al menos incidentalmente²¹¹, lo cual justifica la inexistencia de un criterio competencial autónomo y diferenciado para la persona jurídica, aun cuando sea la única acusada²¹².

Otro motivo de peso para establecer la regla de competencia derivada del art. 14 bis LECrim es favorecer el enjuiciamiento conjunto de la persona física y la persona jurídica, en vista de la relación de continencia que existe entre ambas causas, y de las ventajas que, de tal acumulación, se puede derivar en términos de facilidad probatoria y de reducción del riesgo de sentencias contradictorias, a pesar de que este supuesto no encaja claramente en ninguno de los casos de conexión del art. 17 LECrim²¹³. Por eso, el art. 14 bis LECrim procura que no se rompa la continencia que existe entre ambos objetos procesales, conformados por el hecho atribuido a cada uno de los encausados/acusados, pero vinculados por la unidad fáctica que se aprecia entre el hecho imputable al ente jurídico y el protagonizado por la persona física. Para ello, la competencia objetiva se determina atendiendo, exclusivamente, a la pena prevista para la persona física. Si bien, en orden a promover el enjuiciamiento conjunto, quizás habría resultado más adecuado establecer como regla general el *simultaneus processus*²¹⁴ o, incluso, añadir a los casos de conexión de delitos, el del enjuiciamiento de una persona física y una persona jurídica cuando deban responder con base en el mismo hecho de referencia.

En el ordenamiento italiano, el conocimiento del ilícito administrativo imputable a la persona jurídica se atribuye al Juez penal competente para el delito del que el ilícito

jurídico se realiza por transferencia del acto punible ejecutado por la persona física integrada en su organización; En la misma línea, afirma PEDRAZ PENALVA, E., "Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 70-71, que con esta regla procesal se trasluce la consideración de que estamos ante un sistema de "responsabilidad vicaria, derivada, por atribución o por transferencia".

²⁰⁹ DEL MORAL GARCÍA, A., "Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 746.

²¹⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...*ob. cit., p. 53.

²¹¹ En esta línea, manifiesta CORDERO, F., *Procedura penale*, 9º ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 1330, en relación con el enjuiciamiento en Italia de la responsabilidad de las personas jurídicas por delitos cometidos por sus agentes, que el órgano investido de competencia para conocer del juicio sobre la responsabilidad del ente debe resolver *incidenter tantum* la cuestión relativa al delito imputable a la persona física.

²¹² En sentido contrario, sostiene PEDRAZ PENALVA, E., "Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 70, que es comprensible que, en casos de enjuiciamiento conjunto, no prime la persona jurídica en la determinación de la competencia, aunque sea la más grave, pero no lo es tanto cuando *ab initio* el proceso se dirige sólo contra una persona jurídica.

²¹³ Sobre las ventajas de enjuiciar conjuntamente a la persona física y a la persona jurídica, véase el apdo. 6.1, del epígrafe IV, del presente capítulo.

²¹⁴ Esta es la opción prevista en el D. Lgs. 231 que prevé en el art. 38 que "*Il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente e' riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende*".

administrativo depende²¹⁵. Esta regla, que liga la competencia para enjuiciar a la persona jurídica a la prevista para el delito cometido por la persona física, se justifica, por la doctrina italiana, en virtud de la estricta e ineludible correlación que el legislador ha establecido entre el juicio sobre la conducta ilícita del individuo y la responsabilidad de la persona jurídica que se ha aprovechado del delito, con la consiguiente inevitable superposición de las relativas decisiones²¹⁶. En este sentido, se entiende que es la misma estructura del ilícito imputable al ente, la cual presupone la existencia de un hecho delictivo, la determinante de la regla de esa competencia derivada, debiendo ser empleadas las reglas sobre la competencia por materia, por territorio y por conexión relativas al delito base²¹⁷. Por otra parte, la citada regla, con una redacción mucho más sucinta y clara resulta, al mismo tiempo, más completa que la prevista en la LECrim, limitándose a atribuir la competencia para el enjuiciamiento del ilícito imputable al ente al Juez llamado a enjuiciar al supuesto autor de los delitos de los que aquél depende (art. 36.1 D. Lgs. 231), englobando no sólo la competencia objetiva, por razón de la materia y de la gravedad del delito, sino también la territorial, que queda determinada por el lugar de comisión del delito base y, por derivación, la funcional.

4.1.1.2.2.- Las críticas al 14 bis LECrim

La mayor parte de la doctrina concordaba en la necesidad de una regla que determinase, claramente, la competencia para el caso de enjuiciamiento de las personas jurídicas, sin embargo algunos autores critican la solución dada por el legislador. En este sentido, se afirma que el art. 14 bis LECrim solo se justificaría desde un punto de vista pragmático, pero que no resultaría coherente con la proclamada autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica y los particulares²¹⁸. Se viene a entender, con esta crítica, que si ambas responsabilidades son verdaderamente autónomas, la competencia para juzgar a las personas jurídicas, no debería hacerse depender del delito de la persona física ni de su penalidad. Sin embargo, a mi juicio, la autonomía de los criterios de imputación y de las circunstancias que afectan a la culpabilidad de ambos sujetos, no puede conducir a olvidar que persona física y persona jurídica responden por unos hechos parcialmente comunes, en tanto que ambas responsabilidades se derivan de una misma actuación

²¹⁵ Así se dispone en el art. 36.1 D. Lgs. n. 231 según el cual: “1. La competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell’ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono. 2 Per il procediment di accertamento dell’illecito amministrativo dell’ente si osservano le disposizioni sulla composizione del tribunale e le disposizioni processuali collegate relative ai reati dai quali l’illecito amministrativo dipende”.

²¹⁶ Cfr. SPANGHER, G., *I procedimenti speciali...* ob. cit., p. 448.

²¹⁷ FIDELBO, G., “Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell’ente al processo” en AA.VV., G. Lattanzi (dir.), *Reati e responsabilità degli enti: guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231* 2º ed., Giuffrè, Milano, 2010, pp. 435-487, p. 449.

²¹⁸ Así lo ha manifestado RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España” en AA.VV., A. J. Pérez Cruz Martín; X. Ferreiro Baamonde (co-dirs.) A. Neira Pena (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011*, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, pp. 197-232, p. 225, nota 94.

delictiva. Con lo que, resulta obvio, que su autonomía es tan sólo relativa, toda vez que la responsabilidad penal de la persona jurídica presupone la comisión de un delito, o del, tantas veces referido, hecho de referencia, por una persona natural.

Se critica también que, siendo lógicamente diversa la naturaleza de las sanciones que uno y otro sujeto soportan, no parece razonable hacer depender las garantías de la persona jurídica de la mayor o menor gravedad de la pena que soportará la persona física, en tanto que la garantía del órgano colegiado es, en el caso de las personas jurídicas, tan necesaria como en el de las personas físicas, lo que ha conducido a decir que la regla de seguimiento a la pena de la persona física no resiste el tamiz del principio de igualdad²¹⁹. En este orden de ideas, se critica al legislador porque la determinación de la competencia objetiva no respondería al criterio de gravedad, cualitativa o cuantitativa, de las penas de las que son pasibles las personas jurídicas, sino única y exclusivamente a la que, en su caso, correspondería a una persona física²²⁰ hipotéticamente acusada de la comisión de ese ilícito.

Sin embargo, estimo que, atender al régimen penológico de las personas físicas, ignorando el previsto para las personas jurídicas, podría estar justificado por las siguientes razones.

- En primer lugar, porque, ante la falta de una clasificación autónoma de los delitos en función de su gravedad, la duración de la pena se emplea como una forma de aproximar el dato que realmente interesa, cual es la gravedad del delito²²¹. Por lo tanto, siendo el mismo delito el imputable a ambos sujetos, dejando a salvo los adicionales criterios de imputación previstos para la persona jurídica, resulta difícil sostener que si se imputa a una persona jurídica, será más grave, mientras que si se imputa a una persona física será menos grave²²².

- En segundo lugar, resulta dudoso que las sanciones restrictivas de derechos previstas para las personas jurídicas (art. 33.7 a) a g) CP) sean auténticas penas, en tanto que su imposición depende de necesidades preventivo-especiales, tales como la necesidad de evitar la reiteración delictiva (art. 66 bis 1º CP), que

²¹⁹ Crítica manifestada por MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el Derecho...ob. cit., p. 151; En una línea similar, PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 72, sostiene el carácter discriminatorio de la regla competencial del art. 14 bis LECrim.

²²⁰ Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 72.

²²¹ Esta idea subyace en el art. 13 CP según el cual son delitos graves las infracciones que la ley castiga con pena grave, son delitos menos graves las infracciones que la ley castiga con pena menos grave y son delitos leves las infracciones que la ley castiga con penas leves.

²²² Lo cierto es que la introducción de un sistema de sanciones específico para las personas jurídicas en el que todas las penas tienen la consideración *ex lege* de graves (art. 33.7 CP) introduce una contradicción interna en el CP en tanto que el mismo delito tendrá la consideración de grave cuando lo cometa una persona jurídica (ex arts. 13 y 33.7 CP), mientras que en atención a la pena prevista para la persona física podría tener la consideración de menos grave.

pueden conducir a calificarlas como medidas de seguridad, con excepción de la pena de multa, en cuya determinación sí que influye la gravedad del hecho²²³.

- En tercer lugar, la gravedad de las sanciones restrictivas de derechos que cabe imponer a una persona física y a una persona jurídica resulta difícilmente comparable, por la diferente naturaleza ontológica de ambos sujetos y por el diferente contenido de las sanciones, con lo que no hay motivo para sostener que el umbral temporal de las penas que atribuye la competencia a un tribunal superior tenga que ser idéntico para ambos. Se tratará, en todo caso, de una opción legislativa tan válida como otras alternativas, a la que difícilmente se podrá someter a un juicio de no discriminación por la falta de una base sólida de comparación.

En cuanto a la supuesta vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que también se le ha achacado al art. 14 bis LECrim²²⁴, cabe recordar que tal derecho, de configuración legal orgánica, aparece desarrollado en la LOPJ, que atribuye competencia genérica y abstracta a los distintos órganos judiciales, realizándose la distribución de la competencia orgánico-subjetivamente concreta por ley ordinaria, con anterioridad, generalidad y de forma propiciadora de independencia orgánica y de abstracta imparcialidad subjetiva²²⁵. Así pues, en principio, previéndose tal regla competencial en una norma con rango de ley, como es la LECrim, que responde a las exigencias de anterioridad, en tanto que vigente antes del acaecimiento del hecho objeto del proceso, y de generalidad, dada su vocación de regular una multiplicidad de supuestos, así como a los requisitos de independencia e imparcialidad, en vista de sus caracteres de certeza y claridad, que previenen interpretaciones parciales o arbitrarias, no se plantean problemas de legalidad constitucional ni se vulnera el aludido derecho fundamental²²⁶.

Por otra parte, tampoco se comparte la crítica según la cual el art. 14 bis LECrim “*ignora los principios de distribución competencial (LOPJ) y de jerarquía normativa (CE)*”, en tanto que los arts. 82.1.1º y 89 bis 2 LOPJ se remiten a la ley, en este caso a la LECrim, para establecer el deslinde entre las competencias del Juez de lo Penal y de la A.P. señalando que “*los Juzgados de lo Penal enjuiciarán las causas por delito*

²²³ Así lo entiende SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit., pp. 32-33, para quien la única pena en sentido estricto de la que serían pasibles las personas jurídicas sería la de multa, respondiendo el resto de sanciones previstas en el art. 33.7 CP a la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad.

²²⁴ Tanto PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 72, como MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el Derecho...ob. cit., p. 151, sostienen que tal regla quiebra el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

²²⁵ Sobre el contenido formal del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y el juego de las reservas de L.O. y ley ordinaria en la determinación de la competencia, se puede ver ESCALADA LÓPEZ, M. L., *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 563-588, especialmente p. 586.

²²⁶ Sobre la reserva de L.O. en lo que se refiere a los requisitos que han de cumplir las normas de competencia para ser respetuosas con el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley se puede ver ESCALADA LÓPEZ, M. L., *Sobre el juez ordinario...ob. cit.,*

que la ley determine” y las AA.PP. conocerán “de las causas por delito, a excepción de los que la Ley atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Penal (...)”. Por lo tanto, no se aprecia contradicción alguna entre el art. 14 bis LECrim y la CE o la LOPJ, que no limitan, en este punto, la libertad del legislador ordinario.

Descartada la existencia de obstáculos constitucionales, se observa, sin embargo que, la regla de competencia derivada, contenida en el art. 14 bis LECrim, al disponer que, incluso cuando sólo se juzgue a la persona jurídica, se atenderá a la pena legalmente prevista para la persona física, puede provocar alguna incoherencia interna en el manido texto de la LECrim. El art. 14 bis LECrim implica que se podrá abrir un procedimiento ante una A.P. para imponer una pena de multa u otras penas privativas de derechos, aun cuando sean de corta duración. Del mismo modo, puede conducir a que sea un juzgado de lo Penal, órgano unipersonal, el que decreta la disolución de una persona jurídica²²⁷. El primer supuesto no plantea, en principio, ningún problema en tanto que quien puede lo más puede lo menos. Sin embargo, el segundo supuesto si podría encontrar un inconveniente en el art. 788.5 LECrim, según el cual el Juez de lo Penal “(...) en ningún caso podrá imponer una pena superior a la correspondiente a su competencia” pudiendo, en otro caso, la respectiva Audiencia, ordenarle que deje de conocer y que le remita las actuaciones (art. 759.3 LECrim).

Cabría preguntarse, en este punto, si una pena interdictiva de más de diez años de duración excede de la competencia del Juez de lo Penal, en vista de lo previsto en el art. 14 LECrim o, si bien, acudiendo a una interpretación sistemática, resulta más correcto entender que el art. 14 bis LECrim ha supuesto, en este sentido, una ampliación de la competencia objetiva del Juez de lo Penal. Esta última interpretación parece, a mi entender, más adecuada y más acorde con la finalidad perseguida por el legislador, además de más correcta desde un punto de vista sistemático.

²²⁷ Por este y otros motivos algún autor entiende que el art. 14 bis LECrim no resulta procesalmente armónico y que sería más adecuado, acudiendo al aforismo de quién puede lo más puede lo menos, que conociese el órgano competente para la infracción más grave. De esta forma, se eludiría, en opinión de PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p, 71, la excepción que procesalmente supone hacer objetivamente competente a un órgano jurisdiccional *per se* incompetente; es decir, que llegue a conocer el Juez de lo penal de un injusto sancionado con pena superior a los cinco años de privación de libertad o de distinta naturaleza si la duración excede de los 10 años, lo que comportaría la nulidad de lo actuado por violación de una norma de *ius cogens*.”

4.1.2.- La competencia objetiva por razón de la materia

4.1.2.1.- El Tribunal del Jurado

Algunos de los delitos que resultan imputables a las personas jurídicas vienen atribuidos al Tribunal del Jurado. En particular se le encomienda a este Tribunal el conocimiento de los delitos de cohecho y de tráfico de influencias en virtud del art. 2 LOTJ letras g) y h), de los que las personas jurídicas pueden responder penalmente cuando sean cometidos por algunos de sus miembros, por cuenta y en beneficio de la entidad (así lo prevén los arts. 427 bis y 430 CP respectivamente)²²⁸. Esto implica que, para tales delitos, el juez ordinario predeterminado por la ley será el Tribunal del Jurado²²⁹, sin que el ordenamiento realice distinción alguna por el hecho de que la posición pasiva en el proceso la ostente una persona jurídica.

Sin embargo, existen varios autores que abogan por la sustracción del ámbito del Jurado de las causas seguidas contra las personas jurídicas²³⁰, en atención a su supuesta mayor complejidad fáctica, así como a la necesidad de valorar, en orden a la determinación de la responsabilidad del ente colectivo, conceptos netamente jurídicos de difícil apreciación por un tribunal de legos. Sin perjuicio de lo cual, en tanto no se introduzca la oportuna modificación legal, será estrictamente necesario respetar las normas legales de atribución de competencias al Tribunal del Jurado, so pena de vulnerar el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley de la persona jurídica acusada.

La propia Exp. Mot. de la LOTJ señala que para fijar la competencia del Jurado “*se han seleccionado aquellos delitos en los que la acción típica carece de excesiva complejidad o en los que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial*”. Al menos esta fue, en su momento, la pretensión declarada por el legislador. Cabe afirmar, en este sentido, que el Tribunal del Jurado resulta inadecuado para el tratamiento de delitos distintos a los tipos de mera descripción

²²⁸ Para un estudio exhaustivo de las competencias del Tribunal del Jurado se puede ver PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “La competencia del Tribunal...ob. cit., pp. 543-578.

²²⁹ En este sentido, el ATC 147/1983, de 13 de abril de 1983, antes de se promulgase la LOTJ ya dispuso que “*de acuerdo con el art. 125 de la Constitución, existe una obligación para el legislador de crear el jurados. Una vez creado, y dado que el art. 24.2 de la Constitución reconoce el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, el mencionado derecho fundamental comprenderá el derecho a ser enjuiciado por un jurado en la medida en que la Ley a que remite así lo prevea cuando se promulgue, y con el alcance que corresponda a la intervención del jurados*” (sic); También, a nivel doctrinal, se pueden ver reflexiones sobre el Tribunal del Jurado como Juez ordinario predeterminado por la ley en su ámbito competencial en GONZÁLEZ GRANDA, P., *Extensión y límites de la jurisdicción*...ob. cit., pp. 467-471.

²³⁰ En tal sentido, se han pronunciado, entre otros, PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad...ob. cit., p. 584; PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 72; GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2014, p. 68-69.

objetiva que pudieran contener elementos de valoración jurídica independiente, pero necesarios para la integración de la conducta²³¹.

En definitiva, partiendo de esta premisa, si se determina que el enjuiciamiento de la responsabilidad de una persona jurídica envuelve elementos normativos que requieren para su valoración específicos conocimientos que no cabe esperar de los ciudadanos jurados, habrá que concluir que el Tribunal del Jurado no resulta adecuado para conocer de tales causas. Si bien, por otra parte, cabe reparar en que, en realidad, en España, los jurados han de pronunciarse exclusivamente sobre hechos, y no sobre cuestiones jurídicas (art. 52 LOTJ). De lo cual resulta que, más determinante que el elemento normativo que integra la conducta típica, será la complejidad fáctica de la causa y la tecnicidad de los medios de prueba que propongan las partes para avalar sus alegaciones. Ahora bien, a pesar de que los jurados sólo deban pronunciarse sobre la cuestión fáctica, no cabe desconocer la dificultad, o imposibilidad, según algunos, de disociar el juicio de hecho y el de derecho, esto es, de plantear la hipótesis de hecho aislada de su calificación jurídica, lo cual, en materia penal, se plantea como utópico²³². Así mismo, en la misma línea, cabe reparar en que, muchas veces, los elementos son mixtos, esto es, no son puramente fácticos ni puramente normativos²³³. En este sentido, la mayor parte de los elementos normativos, por ejemplo, el ensañamiento, además de derivarse de valoraciones jurídicas, se integran, igualmente, por valoraciones sociales, como podría ser el de haber causado un dolor innecesario para provocar la muerte, que pueden ser descritas a través de una narración fáctica que haga comprensible su significado para cualquier ciudadano.

En todo caso, han sido varios los autores que han criticado la atribución de competencias al Tribunal del Jurado en relación con los delitos de naturaleza económica, como por ejemplo el cohecho²³⁴, a pesar de lo cual el legislador orgánico

²³¹ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal...* ob. cit., pp. 892-893.

²³² En este sentido, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *La participación popular en la Administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, Montecorvo S.A., Madrid, 1992, pp. 98-102, señala, como una de las críticas más consistentes que pueden lanzarse contra el Jurado, la imposibilidad de disociar entre juicio de hecho y derecho, recogiendo, a continuación, el debate doctrinal al respecto.

²³³ Se puede ver, en este sentido como la mayor parte de la doctrina penal relativiza la trascendencia de la distinción entre los elementos descriptivos y normativos de los tipos penales, llegando incluso a negar tal distinción. Un estudio exhaustivo sobre la cuestión, se puede ver en DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 44 y 54-76.

²³⁴ Sobre este particular, se pronuncia ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas...* ob. cit., p. 235, sosteniendo que deben “sustraerse al conocimiento del Jurado todos aquellos delitos de naturaleza económica incluidos algunos de los que actualmente pertenecen a su ámbito competencial como el cohecho (...), dada la complejidad de los informes periciales de expertos financieros y contables, que devienen imprescindibles en este tipo de delitos para fijar los hechos”. Por su parte, el Comité de Expertos que elaboró el Corpus Iuris ha advertido de los riesgos de permitir que la defraudación, el blanqueo de dinero o la corrupción, entre otros, se conozca por jueces legos y se ha mostrado partidario de la especialización. En este sentido, el art. 26.1 *in fine* del *Corpus Iuris*, sobre disposiciones penales para la protección de los intereses financieros de la UE, bajo la dirección de Mireille Delmas-Marty, *Económica*, París 1997, disponible en http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/fwk-green-paper-corpus/corpus_juris_es.pdf, última consulta 09/02/2015, establece que “*Los órganos jurisdiccionales se compondrán, en la medida de lo posible, de jueces profesionales especializados en materia económica y financiera*”.

ha mantenido tal atribución competencial. De todas formas, como ya se ha dicho, no cabe identificar la responsabilidad de las personas jurídicas con la criminalidad económica, en vista de la heterogeneidad que caracteriza al listado de delitos imputables a los entes colectivos, que ni alcanza a todos los delitos económicos ni, lo que es más importante, se restringe sólo a ellos²³⁵. Consiguientemente, se hace preciso analizar, en particular, la conveniencia o inconveniencia de atribuir el enjuiciamiento de las personas jurídicas al Tribunal del Jurado, sin que las conclusiones relativas a la criminalidad económica resulten enteramente trasladables al tema objeto de este trabajo.

La doctrina parece excluir, de forma más o menos generalizada, la conveniencia de que un tribunal formado por legos enjuicie a una persona jurídica, afirmando que no parece aconsejable que un órgano no profesional valore complejas cuestiones que, más allá de lo fáctico, se encontrarán irremediabilmente revestidas de connotaciones jurídicas determinantes del juicio de culpabilidad de la entidad²³⁶. Igualmente, se alega, en orden a sustraer de la competencia del Jurado a las personas jurídicas, la extrema complejidad fáctica y jurídica de estos asuntos²³⁷ y la necesidad de contar no sólo con conocimientos jurídicos, sino además con otros específicos en determinadas materias (tales como la fiscal, la económica, la informática, etc.) para una comprensión y correcta valoración del enjuiciamiento de la persona jurídica²³⁸. Incluso en USA, donde el jurado es forma ordinaria de enjuiciamiento, se ha dicho que el enjuiciamiento por magistrados profesionales puede ser un método ventajoso para procesos contra personas jurídicas cuando, como ocurre frecuentemente, envuelven una ley complicada o cuando la cuestión de la responsabilidad criminal depende de sutiles distinciones sobre lo que constituye una conducta ilícita²³⁹.

²³⁵ En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...ob. cit., pp. 208-209, ha dicho que, aunque en el origen de la criminalización pudiera el legislador haber pensado principalmente en el sector de la delincuencia económica ejecutada en ámbitos empresariales, ni alcanza a toda ella –ya que faltaría, entre otros, delitos tales como los cometidos contra los derechos de los trabajadores, la receptación o la apropiación indebida, ni lo que es más importante se restringe sólo a ella.

²³⁶ Cfr. PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...ob. cit., p. 397; en el mismo sentido, PÉREZ GIL, *Cauces para la declaración...*, p. 584; En la misma línea, afirma PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 72, que resulta “muy cuestionable atribuir al tribunal popular el conocimiento de delitos especialmente complejos, por la concurrencia de elementos normativos en la descripción de la conducta típica”.

²³⁷ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 92.

²³⁸ Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 69.

²³⁹ En este sentido, sostiene HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...ob. cit., p. 875, que “*A bench trial can be an advantageous method of trying the case for a corporate defendant when, as frequently occurs, the alleged violation involves a complicated statute and the question of criminal liability hinges on subtle distinctions about what constitutes wrongful conduct. A district judge or magistrate may be better able than a jury to consider the nature of sophisticated financial transactions or the limitations of corporate control of an agent's actions*”, es decir que, en opinión del autor, un tribunal profesional puede ser un método más adecuado para juzgar un caso en que el acusado es una persona jurídica cuando, como ocurre frecuentemente, la presunta violación envuelve una ley complicada y la cuestión de la responsabilidad penal depende de sutiles distinciones sobre lo que constituye una conducta ilícita. Un Juez de distrito o un magistrado podría ser más capaz que un jurado para examinar la naturaleza de sofisticadas transacciones económicas o las limitaciones del control corporativos sobre las acciones de sus agentes (la traducción es mía).

En otro orden de ideas, también se plantea la menor imparcialidad de los jurados, manifestando una preocupación por la no infrecuente parcialidad de los jueces legos al procederse contra los entes morales, de un lado, y la singular sensibilidad social ante el enjuiciamiento de una organización pluripersonal, de otro. Razones que, en opinión de PEDRAZ PENALVA, también desaconsejarían la intervención del tribunal popular en el enjuiciamiento de las personas jurídicas²⁴⁰. Esta presunta falta de imparcialidad podría estar relacionada con la falta de los conocimientos técnicos y jurídicos apropiados para decidir sobre la responsabilidad del ente. De tal forma que, siempre según el citado autor, *“el problema con estas atribuciones (...) es que la decisión de los jurados, desde una ausencia de formación y comprensión, no siempre subsanable con la prueba pericial, es intuitiva y fácilmente influenciable por razones que nada tienen que ver con los criterios que deberían ser los decisivos en la formación de la voluntad del órgano”*²⁴¹.

Sin desechar de plano las argumentaciones esgrimidas hasta el momento, si cabría realizar una crítica de principio a las mismas, en tanto que pretenden erigirse en especificidades del enjuiciamiento de las personas jurídicas cuando, algunas de ellas, constituyen, más bien, críticas genéricas, que podrían hacerse extensibles a la institución del Tribunal del Jurado²⁴². Por ejemplo, la mayor o menor complejidad fáctica²⁴³ de un proceso es una cuestión casuística que, en principio, no sirve para excluir las causas seguidas contra las personas físicas ni cabe generalizar a todos los procesos penales entablados contra una persona jurídica, ni siquiera a todas las causas relativas a un mismo delito les corresponde siempre un nivel de complejidad idéntico en el terreno fáctico. Del mismo modo, la necesidad de contar con especiales conocimientos técnicos irá asociada, más bien, al tipo de delito y no tanto al hecho de que se responsabilice a una persona física, a una persona jurídica o a ambas y en vista de la heterogeneidad delictiva imputable a las personas jurídica no se debería, tampoco sobre este extremo, realizar generalizaciones. Así mismo, la mayor capacidad de influir en los jurados en vista de su falta de formación jurídica, supone una crítica de principio a la esencia del Jurado como institución, sin que se acierta a adivinar porqué tal hándicap se agrava al enjuiciar a un ente colectivo. Una renombrada empresa, generalmente conocida por el público, podrá verse perjudicada o beneficiada por esas sospechas de parcialidad, al igual que un personaje popular o un implicado en un delito de amplia repercusión mediática, y no por ello se sustrae el enjuiciamiento de las personas célebres o de los casos mediáticos del conocimiento del Jurado²⁴⁴.

²⁴⁰ Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 69.

²⁴¹ PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 72.

²⁴² Así pues, como críticas generales a la institución del Jurado se han esgrimido, tradicionalmente, entre otras, argumentos técnico-jurídico, como la imposibilidad de disociación entre juicio de hecho y de derecho, argumentos sociológicos, como el desconocimiento del Derecho o argumentos psicológicos, como el enjuiciamiento emocional de los Jurados. Ver, en este sentido, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., *La participación popular en la...*ob. cit., pp. 98-117.

²⁴³ Señala GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 92, como criterio para excluir a las personas jurídicas del Tribunal del Jurado, entre otras, la extrema complejidad fáctica de estos asuntos.

²⁴⁴ En este sentido, cabe referir el AAP A Coruña, Sección 6º, en el que se rechazó que la divulgación “excesiva” del caso Asunta afectase a la “imparcialidad” del jurado. Al respecto, la AP sostiene, en respuesta a los alegatos de la defensa, que *“no es más que una apreciación subjetiva y excesiva de la acusada y su defensa técnica, que se asienta en una profunda desconfianza acerca de la capacidad de*

Considero que el criterio determinante para decidir sobre la conveniencia o inconveniencia de someter a las personas jurídicas acusadas al enjuiciamiento por el Tribunal del Jurado debe limitarse estrictamente a analizar si, para el caso de que el sujeto pasivo del delito sea una persona jurídica, como regla general, la complejidad fáctica y/o jurídica del enjuiciamiento se ve incrementada de forma relevante. Es decir, habrá que resolver si la necesidad de valorar elementos jurídicos en orden a integrar la conducta típica o la culpabilidad del ente, o la complejidad del entramado fáctico, se acrecienta, de forma relevante, en las causas seguidas contra las personas jurídicas, frente a las que se entablan frente a una persona física.

Así pues, en primer lugar, en cuanto a la complejidad jurídica, habrá que precisar si en tales causas concurren elementos normativos en la descripción de la conducta típica, esto es, elementos no comprensibles por la mera observación sensorial, sino sólo accesibles a través de un *“proceso de comprensión intelectual o espiritual o un proceso valorativo- según algunos reservado al juez- para comprenderlos o aprehenderlos en toda su significación”*²⁴⁵. Su concurrencia, haría la valoración de la responsabilidad empresarial especialmente compleja en términos jurídicos, obligando a los jurados a valorar, con criterio técnico-jurídicos, ciertos elementos integrantes de la conducta típica. Ahora bien, obviamente, la concurrencia de tales elementos dependerá de los concretos tipos seleccionados por el juzgador como imputables a las personas jurídicas, y no de que la calidad de ente colectivo del sujeto pasivo del proceso. Por eso, la especificidad en cuanto a la complejidad jurídica habrá que buscarla, no tanto en los elementos normativos del tipo penal, sino más bien en el componente normativo de la modalidad de participación de la persona jurídica en el delito, en la configuración de su culpabilidad y, en definitiva, en lo que de normativo tiene, en general, el juicio de imputación que ha de realizarse en relación con la persona jurídica para que esta puede ser declarada responsable por un delito materialmente cometido por otro sujeto.

Pues bien, en mi opinión, el juicio de imputación de la persona jurídica, que se hace depender de la apreciación de elementos con contenido normativo, tales como la actuación en nombre o por cuenta de la entidad, y en su provecho, la condición de órgano de control o de sujeto facultado para tomar decisiones en nombre de la entidad del individuo integrado en la estructura jurídica de la entidad o la ausencia del debido control, el defecto de organización o el incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, sobre los que construye la responsabilidad penal de la entidad, precisa de una valoración jurídica más compleja y técnica que la necesaria para realizar un juicio de imputación de culpabilidad en relación con una persona física. En el juicio de imputación de una persona jurídica, podría ser necesario

los ciudadanos de participar en la impartición de la Justicia con todas las garantías de objetividad, imparcialidad y responsabilidad en sus decisiones”. En este sentido, remarca que todas las partes, *“también las acusadoras y, sobre todo, el Ministerio Fiscal, pueden velar sobre el acceso al tribunal de personas que adolezcan de tales características por haberse formado ya una opinión inmutable sobre el fondo”*. Además, sostiene que *“sólo en el caso de que en ese momento no sea posible garantizar la composición de un tribunal imparcial es cuando podría plantearse de nuevo esta cuestión, por haber resultado ser insuficientes los medios legales previstos para lograr que el órgano encargado de juzgar goce de las debidas imparcialidad y objetividad”*.

²⁴⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos...* ob. cit., pp. 44 y 54-76, p. 45.

valorar en qué medida la entidad ha implementado cautelas o medidas de control eficaces para mantener los riesgos delictivos inherentes a su actividad en niveles jurídico-penalmente aceptables, para lo cual, en ocasiones, podría ser necesario, incluso, conocer la normativa administrativa reguladora de su actividad en cuestión, así como el sistema de organización y gestión interno de la entidad.

En cuanto a la complejidad fáctica o probatoria de tales causas, parece posible afirmar que, como regla general, será mayor que en los procesos seguidos frente a las personas físicas. Así pues, la complejidad de la estructura organizativa del ente, la multiplicidad de sujetos que han podido intervenir en la actuación delictiva, la descentralización en la realización de funciones y en la toma de decisiones en el desarrollo de la actuación criminal, la producción de daños a diversas personas o, incluso, geográficamente descentralizados, así como la relevancia que, previsiblemente, ostentarán las pruebas documental y pericial en este tipo de causas, son otros de los elementos que podrían desaconsejar la intervención de jueces legos en tales procesos, en vista de la evidente mayor complejidad fáctica que, en principio, cabría esperar de los mismos. A mayor abundamiento, la necesidad de valorar documentos contables de cierta complejidad técnica o pruebas periciales, en relación con la eficacia de los protocolos de actuación para prevenir delitos o con la idoneidad de los programas de cumplimiento penal implementados por la entidad, implica un grado de tecnicidad, en cuanto a los medios de prueba que, *a priori*, podría conducir igualmente a sostener la necesidad de sustraer estos delitos de la competencia del Tribunal del Jurado.

De ahí que, de *lege ferenda*, se proponga la modificación de la LOTJ, en orden a detraer del ámbito competencial del Tribunal del Jurado, los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁴⁶. Si bien, como ya se ha señalado, cabe recordar en este punto que, entre tanto no se produzca tal modificación legal, y el art. 1.2 LOTJ continúe atribuyendo a este tribunal los delitos de cohecho y de tráfico de influencias, sin establecer excepción alguna para el caso de que la acusada sea una persona jurídica, se debe convenir que no existe base legal para sustraer del conocimiento del Tribunal del Jurado los referidos delitos cuando los mismos resultan imputables a entes colectivos. Por lo que, a pesar de la inconveniencia de tal atribución competencial, cabe reiterar que la detracción de tales asuntos del conocimiento del Jurado implicaría una flagrante vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, del cual las personas jurídicas también son titulares, cuando vienen llamadas a un proceso.

²⁴⁶ Si la Propuesta CPP 2013 hubiese llegado a entrar en vigor ya no existiría este problema en tanto que la competencia del Jurado quedaría limitada al enjuiciamiento de los delitos consumados de homicidio doloso y asesinato (art. 32.1 Propuesta CPP), que no son imputables a las personas jurídicas.

4.1.2.2.- La AN y los Juzgados Centrales

Asimismo, algunos de los delitos por los que responden las personas jurídicas entrarían dentro de la competencia de la AN que, en el orden penal, tiene atribuida una competencia especial por razón de la materia. Todos ellos, que serán detallados a continuación, serán instruidos por los Juzgados Centrales de Instrucción y enjuiciados por el Juzgado Central de lo Penal o por la Sala de lo Penal de la AN en función de la gravedad de la pena establecida en abstracto para el delito cometido por la persona física²⁴⁷, aun cuando sólo se siga el proceso contra una persona jurídica, ya que, al depender la distribución de competencias entre la AN y los Juzgados Centrales de lo Penal de la gravedad de las penas, resultará de aplicación la regla de competencia derivada prevista en el art. 14 bis LECrim, que ya ha sido objeto de análisis.

En particular, los delitos imputables a las personas jurídicas que corresponden al ámbito competencial de la AN serían: las defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 65.1 c) LOPJ). En este precepto encajarían el delito de estafa (tipificado en el art. 248 CP e imputable a las personas jurídicas ex art. 351 bis CP), así como los delitos de alteración de los precios en el mercado (tipificados en los arts. 281 y 284 e imputables a las personas jurídicas ex art. 288 CP). La competencia para el enjuiciamiento de tales delitos se atribuiría a la AN, siempre que tales conductas fuesen susceptibles de producir un grave quebranto a la economía nacional, al tráfico mercantil o un perjuicio patrimonial a una generalidad de personas en varias provincias. Lo esencial para apreciar esta última circunstancia no es que la persona jurídica tenga sedes u opere de forma, más o menos estable, en distintas provincias del territorio español, sino que su conducta produzca resultados graves para el orden socioeconómico o para una multiplicidad de personas en más una provincia. En este sentido, es perfectamente posible que, por ejemplo, una empresa con sede en Madrid, y que opera únicamente en el territorio de esa comunidad, provoque una alteración en los precios de cotización de un determinado valor bursátil, a través del uso de información privilegiada. Conducta que podría tener efectos para una pluralidad de personas en todo el territorio nacional y que, por lo tanto, debería ser enjuiciada por la AN²⁴⁸.

²⁴⁷ Esta atribución competencial a la AN para conocer de algunos de los delitos imputables a las personas jurídicas es constatada también por FGE, Circular 1/2011, p. 102; Véase, así mismo, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...*ob. cit., p. 55.

²⁴⁸ Como ejemplo, cabría traer a colación la querrela interpuesta contra BANKIA S.A, admitida a trámite por el JCI núm. 4 de la AN. En este supuesto existe una pluralidad de sujetos pasivos dispersos por el territorio de varias Audiencias. En concreto, hay más de 3.500 accionistas y miles de inversores titulares de participaciones preferentes que se han visto perjudicados, e igualmente se ha provocado una grave repercusión a la economía nacional, hasta el punto de que se ha necesitado el mayor rescate público de una entidad financiera española, que asciende a unos 23.465 millones de fondos públicos, con lo que se ha convertido en uno de los mayores rescates financieros de Europa. Para profundizar en este caso se puede ver MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso BANKIA” en M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2014, pp. 289-320.

Otro delito por el que una persona jurídica será enjuiciada por este órgano es el de tráfico de drogas o estupefacientes tipificado en el art. 368, con los correspondientes tipos agravados que describe el art. 369, ambos del CP, imputables a las personas jurídicas ex art. 369 bis CP. Lo mismo cabe decir de los fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales (arts. 359 a 365 CP) de los que, a partir del 1 de julio de 2015, también han de responder las personas jurídicas (art. 366 CP)²⁴⁹. Tales delitos serán juzgados por la AN²⁵⁰, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas AA.PP. Para determinar cuando una persona jurídica puede ser considerada como una banda o grupo organizado hay que acudir a las definiciones del CP contenidas en los arts. 570 bis 1. II²⁵¹ y 570 ter 1. II²⁵², así como a la interpretación que, de los mismos, viene realizando la doctrina y la jurisprudencia²⁵³. Así pues, tomando en la debida consideración la jurisprudencia del TS acerca de los requisitos que han de concurrir para entender que existe un grupo u organización delictiva²⁵⁴, parece fácil que una

²⁴⁹ Inicialmente, de forma ciertamente incomprensible, el legislador dejó fuera de la responsabilidad de las personas jurídicas el resto de delitos contra la salud pública relativos a la elaboración, suministro y comercialización de productos alimentarios, farmacéuticos o medicinales que puedan dañar la salud (arts. 359 a 365 CP). Sin embargo, con la modificación introducida por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, en el art. 366 CP se ha extendido la responsabilidad penal de las personas jurídicas a estos otros delitos.

²⁵⁰ De hecho, el primer auto de procesamiento frente a una persona jurídica, ha sido dictado en un delito de tráfico de drogas en el ámbito de la AN (AJCI núm. 6, de 11 de octubre de 2011 (Rec. 19/2011)).

²⁵¹ Este precepto dispone que “*se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos*”.

²⁵² Según el cual, “*se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos*”.

²⁵³ Para un estudio exhaustivo sobre esta materia ver FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

²⁵⁴ En relación con el concepto de organización criminal, según jurisprudencia reiterada del TS, “*La mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos. Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión*”. (STS (Sala 2ª), núm. 759/2003, de 23 de Mayo, RJ 2003/6378, F. J. 3º). En este sentido, entiende el TS que para poder hablar de una “organización delictiva” ha de atenderse a los siguientes criterios: a) Existencia de una estructura más o menos formalizada y establecida; b) Pluralidad de personas previamente concertadas; c) Distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; d) Existencia de una coordinación; e) Estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido; f) Puesta en común de medios o instrumentos para la ejecución de los ilícitos (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 200/2013, de 12 marzo, RJ 2013\2723, F. J. 1º). Así mismo, señala el Alto Tribunal que “*para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas entre sus miembros con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes*

persona jurídica caiga dentro de tal calificación, en tanto que los elementos determinantes de las organizaciones criminales son comunes a los de cualquier otra organización, es decir, ambas cuentan normalmente con una estructura estable, formada por una pluralidad de personas, coordinadas y organizadas funcionalmente para la consecución de un fin y, además, no se excluye que, en las organizaciones criminales, pueda concurrir el plan criminal con otras finalidades lícitas. En este sentido, se advierte, tal y como se señaló al tratar el ámbito objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que pueden darse problemas concursales y de delimitación entre las figuras delictivas de organización y grupo criminal frente a los supuestos de codelincuencia entre personas físicas y personas jurídicas penalmente responsables²⁵⁵.

También para los delitos de financiación del terrorismo (imputables a las personas jurídicas ex art. 576 bis CP) resulta competente la AN en virtud de la LO 4/1988. Asimismo, para todos aquellos cometidos en el extranjero (art. 65.1.e) LOPJ) cuyo conocimiento corresponda a la jurisdicción española, o bien por tratarse del enjuiciamiento de una entidad española, o bien en virtud de los principios de defensa o de justicia universal, en tanto que, como ya se expuso en el epígrafe I, del presente capítulo, relativo a la jurisdicción, diversos delitos señalados en el art. 23 LOPJ, apdos. 3º y 4º, están expresamente contemplados en la nómina de tipos penales imputables a las personas jurídicas²⁵⁶. Además, para proceder contra personas jurídicas responsables de delitos cometidos en el extranjero, podría acudir al 570 quáter 4 CP siempre que tales entidades puedan ser consideradas organizaciones o grupos criminales y lleven a cabo cualquier acto penalmente relevante en España (art. 570 quáter 3 CP), supuesto en el que las autoridades españolas, en concreto la AN, deberán acordar su disolución.

4.1.3.- La competencia objetiva por razón de la persona

El art. 14 bis LECrim limita su aplicación, como se ha señalado *ut supra*²⁵⁷, a la competencia objetiva por razón de la gravedad de la pena y no afecta, por lo tanto, a otros criterios de atribución competencial, como los referidos a la persona investigada o encausada. En tales supuestos, la regla de competencia derivada no resultará aplicable, lo cual resulta coherente con el carácter personalísimo de los aforamientos²⁵⁸.

Así pues, sólo se seguirán las reglas que marque el aforamiento si la persona física aforada es efectivamente juzgada de forma conjunta con la persona jurídica, en vista

riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codelincuencia o, incluso, de grupos criminales” (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 371/2014, de 7 mayo, RJ 2014\2373, F. J. 2º)

²⁵⁵ TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso...*ob. cit., p. 95.

²⁵⁶ Cfr. ZARZALEJOS NIETO, J., “La competencia judicial...ob. cit., p. 145.

²⁵⁷ En concreto en el apdo. 4.1.1.2 de este epígrafe que lleva por título la regla de competencia derivada del art. 14 bis LECrim.

²⁵⁸ SÁNCHEZ MELGAR, J., *Inviolabilidad e inmunidad de Diputados...*ob. cit., p. 101.

de que se trata de un privilegio personal, que no es razonable extender a personas ajenas al cargo o función que lo motiva y que además, por su carácter excepcional, no es posible interpretar extensivamente. Por lo que, si para proceder frente al aforado, supuestamente autor del delito, falta una condición de procedibilidad, por ejemplo, no haberse solicitado y concedido el preceptivo suplicatorio y, por lo tanto, éste no puede ser juzgado, al igual que si muere o se sustrae a la acción de la justicia, la persona jurídica será juzgada por el órgano correspondiente según el tipo de delito y la pena que lleve aparejada, sin tener en cuenta la competencia *ratione personae*.

En este sentido, en supuestos de conexidad, en los que hay encausados aforados y no aforados, el no aforado pasa a depender de estos altos tribunales, perdiendo así la posibilidad de ejercer el derecho a la doble instancia que, en otro caso, le correspondería²⁵⁹. Sin embargo, recientemente, el TS, en el conocido caso de los ERE, decidió asumir la competencia únicamente de los aforados, haciendo alusión a una posición jurisprudencial relativa a los macro procesos, que permite formar piezas separadas en procesos con numerosos coencausados y que ha tenido su reflejo legal en la reciente modificación del art. 17 LECrim. El TS señala que la “*extensión de la competencia a hechos cometidos por personas no aforadas ante el Tribunal Supremo solamente será procedente cuando se aprecie una conexión material inescindible con los imputados a las personas aforadas*”²⁶⁰. Así pues, cabe deducir, como regla general, que, por razones de conexidad, cuando entre los acusados hay algún aforado, tal foro competencial es prevalente y el resto de acusados se ven arrastrados por él. Ahora bien, tal conexidad ha de interpretarse restrictivamente, reservándola a aquellos supuestos en que el enjuiciamiento separado implique romper la continencia de la causa²⁶¹.

En definitiva, dada la intensa conexidad que existe entre la persona física y la persona jurídica, que responden por el mismo delito, en la hipótesis de que la persona física estuviere aforada, sería entonces competente el Tribunal correspondiente (Sala de lo civil y penal del TSJ o Sala segunda del TS) en tanto que, para evitar dividir la continencia de la causa, lo más correcto será atribuir la competencia al Tribunal superior, esto es, al competente para enjuiciar al aforado, en virtud del principio general según el cual “quién puede lo más, puede lo menos” y de los criterios de conexidad previstos en la LECrim (arts. 17, 272, 300, 303, 304). Pero, si por cualquier motivo, el aforado y la persona jurídica fuesen enjuiciados separadamente, al procederse únicamente contra esta última, la competencia determinada en razón de la persona perdería su razón de ser²⁶².

²⁵⁹ Esta pérdida de la posibilidad de recurrir que sufre el no aforado por causa de la conexidad es justificada, entre otras, en la STC 64/2001, de 17 de marzo.

²⁶⁰ ATS (Sala 2ª, Sección 1ª), de 13 de noviembre de 2014, JUR 2014\272065, F. J. 3º

²⁶¹ Esta es la postura expresada por SÁNCHEZ MELGAR, J., *Inviolabilidad e inmunidad de Diputados...* ob. cit., pp. 179-180, 200-202 y 267-269.

²⁶² Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...” ob. cit., p. 72.

4.2.- La competencia territorial

Como se apuntaba al inicio de este epígrafe, el legislador ha sido parco en el establecimiento de criterios de competencia específicos para el enjuiciamiento de las personas jurídicas, limitándose a señalar la regla de competencia derivada contenida en el art. 14 bis LECrim para la determinación de la competencia objetiva por razón de la gravedad del delito. Sin embargo, no ha establecido ninguna especificidad en relación con los criterios de competencia territorial y funcional, por lo que se hace necesario, en relación con los mismos, acudir a las reglas generales.

La Ley establece como fuero principal o preferente el lugar de comisión del delito o *forum commissi delicti* (art. 14 LECrim). Sin embargo, no indica la forma en que se han de concretar tal lugar, por lo que, tradicionalmente, se han barajado diversas criterios tendentes a fijar el lugar de comisión de los delitos. En particular, existen tres teorías o criterios interpretativos, a los que ya se ha hecho referencia en el epígrafe relativo al estudio de la jurisdicción. Estos son: a) el criterio de la actividad (atendiendo al lugar donde se desarrolla la acción); b) el del resultado (atendiendo al lugar donde se produce el resultado); c) y el de la ubicación (que determina la competencia atendiendo al lugar donde se desarrolla la acción o donde se produce el resultado según la estructura del tipo penal y las circunstancias del caso concreto)²⁶³.

A la dificultad ínsita a la cuestión de la competencia territorial penal, se añade ahora una nueva complicación, derivada de la posibilidad de que sea una persona jurídica la que ocupe la posición pasiva del proceso penal. Las nuevas dudas se derivan de dos posibles circunstancias que podrían concurrir en un delito imputable a una persona jurídica. Se trata de la estructura típica del ilícito imputable al ente y de la posible descentralización territorial de su actividad, que podrían contribuir a oscurecer y a dificultar la determinación del *locus commissi delicti*. En este sentido:

-Por un lado, hay que reparar en la estructura compleja del ilícito imputable al ente, integrada por un conjunto de requisitos típicos que permiten atribuir a la persona jurídica responsabilidad por el delito cometido por determinadas personas físicas. Como consecuencia, la acción típica es más compleja, en tanto que, a la descrita en la Parte Especial, se le añaden nuevos requisitos típicos (art. 31 bis CP), que no tienen por qué verificarse en unidad de acto, esto es, en el mismo espacio y tiempo que los elementos típicos del delito

²⁶³ Sobre las distintas teorías que sirven para determinar el lugar de comisión del delito se puede ver PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X. X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 109-112, con numerosas referencias jurisprudenciales; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; CUBILLO LÓPEZ, I., *La competencia de los tribunales...* ob. cit., p. 89; También ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas...* ob. cit., p. 229, haciendo expresa referencia a su utilidad para los delitos económicos por constituir, en ocasiones, delitos a distancia, esto es, aquellos en los que la actividad criminal se realiza en un lugar y el resultado se genera en otro, dificultándose, en tales casos, la determinación del lugar de comisión del delito.

base²⁶⁴. De tal forma que el defecto del control debido sobre los subordinados podría tener lugar en un territorio, mientras que la acción dañosa y el daño derivados de tal omisión del control debido podrían materializarse en otro distinto.

-Por otro lado, hay que tomar en cuenta el hecho de que las personas jurídicas, casi siempre dotadas de una estructura jurídica y de reglas de división del trabajo, muchas veces, cuentan con una organización, no sólo funcionalmente, sino también territorialmente, descentralizada, lo que supone, a todas luces, una dificultad añadida para ubicar espacialmente el delito en un lugar concreto. En relación con esta última idea resulta conveniente recordar que los delitos de naturaleza económica cometidos en el seno de personas jurídicas muchas veces son delitos a distancia. Es decir, que la actividad criminal se desarrolla en un sitio y el resultado o mutación del mundo exterior se manifiesta en un lugar distinto²⁶⁵.

En principio, los problemas que puedan surgir en relación con los delitos en que el *iter criminis* se inicia en un territorio y su resultado se produce en otro son solventados recurriendo a la teoría de la ubicuidad, que considera una sola unidad tanto la acción como el resultado punible²⁶⁶. Por lo tanto, para los delitos cometidos a distancia, por ejemplo, por no coincidir el lugar de ejecución y el de consumación, la teoría de la ubicuidad permite que la competencia territorial se fije en cualquiera de los dos lugares²⁶⁷, con lo que deja espacio a la consideración de otros criterios prácticos, como la cercanía con las pruebas que facilitan el enjuiciamiento. En este punto, nada cambia con la introducción de las personas jurídicas en el sistema penal, más allá del posible incremento de las posibilidades de que se cometan delitos a distancia.

²⁶⁴ En esta línea, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...ob. cit., pp. 224-225 nota 91 entiende que, en muchos supuestos, por la pluralidad y diversidad de hechos, objeto de enjuiciamiento, no será fácil de concretar el *forum commissi delicti*.

²⁶⁵ Cfr. ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas*...ob. cit., p. 229; Ocurre algo similar con delincuencia informática, caracterizada por su comisión a distancia. Ver, en este sentido, VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través*...ob. cit., p. 47.

²⁶⁶ Así lo entiende PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit.

²⁶⁷ Por esta teoría opta, igualmente, para la delincuencia informática, VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través*...ob. cit., p. 56, sosteniendo que “*el delito informático, de tracto mutante e itinerante, y que establece sus efectos en múltiples ubicaciones geográficas, se produce en todos y cada uno de los sitios donde se manifiestan sus efectos, lo que incluye tanto el lugar de la acción como el del resultado y hace competente, ab initio, a cualquier juzgado de instrucción en cuyo partido se haya evidenciado la exteriorización de cualquier parte del tracto comisivo de la acción penal*”. De hecho, la teoría de la ubicuidad, es la seguida, generalmente, por el TS, sobre todo cuando la teoría del resultado no ofrece una solución satisfactoria, como ocurre en los ilícitos penales de pura actividad, en los que el tipo no exige un resultado, en las tentativas, en los delitos continuados, permanentes, de habitualidad, etc. Por ello el TS, afirma que “*el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que haya realizado algún elemento del tipo. En consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa*” (TS (Sala 2ª) Acuerdo no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, sobre los criterios de atribución de la competencia: por razón del territorio y el principio de ubicuidad, JUR 2005\73172). Ver, entre otras resoluciones, ATS (Sala 2ª) de 25 de noviembre 2005, RJ 2006\402, ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) de 18 de mayo 2011, JUR 2011\184268; ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) de 6 de marzo 2013, JUR 2013\110602

Sin embargo, existen algunas otras cuestiones sobre las que resulta conveniente reflexionar a la luz del nuevo sistema de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas. En primer lugar, es necesario preguntarse si la estructura típica del ilícito imputable al ente tiene alguna repercusión en la determinación del *locus commissi delicti*. En segundo lugar, y dado que normalmente existirá una responsabilidad conexa de personas físicas y jurídicas, será necesario determinar de qué manera podría afectar tal conexidad a la competencia territorial. Por último, acudiendo a los criterios de competencia territorial que se encuentran en el Derecho extranjero y en el Derecho comunitario, es necesario pronunciarse sobre la conveniencia o no de realizar una modificación legal expresa al respecto y, en su caso, formular una propuesta de *lege ferenda* que clarifique la cuestión.

En relación con la primera cuestión planteada, de forma análoga al razonamiento sostenido en relación con el principio de territorialidad como determinante de la jurisdicción, en el apdo. 3.1, del epígrafe I, del presente capítulo, existen dos alternativas de interpretación. O bien, entender que responsabilizar a la persona jurídica no afecta al lugar de comisión del delito, que en sentido estricto, sigue siendo la acción típica realizada por un representante, administrador o subalterno de la entidad, o bien, interpretar los requisitos exigidos en el art. 31 bis CP, esto es, el provecho de la entidad y la omisión de los deberes de supervisión, vigilancia y control, como integrantes del hecho típico imputable a la persona jurídica, siguiendo a esa parte de la doctrina penal que considera las normas de participación como una expresa ampliación de los diferentes tipos²⁶⁸, con la consecuencia de que el acaecimiento de tales hechos en un territorio, distinto de aquel en que se cometió el delito base, permitiría considerar tal espacio físico como lugar de comisión del delito, en virtud de la teoría de la acción. En este último sentido, allí donde se materializase el provecho de la entidad, o donde se produjese la omisión del control debido, se podría considerar que se han desarrollado actos de ejecución necesarios y, por lo tanto, tales lugares también integrarían el *locus commissi delicti*. En definitiva, sería preciso determinar si el provecho o la omisión del debido control pueden erigirse en actos típicos determinantes de un foro de competencia territorial adicional para el enjuiciamiento de las personas jurídicas.

A favor de la posibilidad de ampliar el concepto del *locus commissi delicti*, integrando en el mismo el lugar en el que se produjo el defecto de organización, o donde se materializó, en su caso, el provecho para la entidad, se muestran la mayor parte de los autores que se han pronunciado sobre este particular²⁶⁹. En esta línea, se afirma que, siendo los hechos o conductas que con mayor rigor determinan la imputación de la persona jurídica los internos, esto es, los determinantes del defecto

²⁶⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley...* ob. cit., (1951), p. 305.

²⁶⁹ Se pueden ver, entre otros, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...* ob. cit., p. 58; ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., pp. 77-78; 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*, 3 de noviembre de 2010; GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., p. 11; JUANES PECES, A., “Necesidades en la regulación procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Cuadernos penales de José María Lidón*, núm. 8, Bilbao, 2011, pp. 39-44, p. 39; PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...” ob. cit., pp. 397-398.

de organización y de la falta de control²⁷⁰, también cabría entender cometido el delito en el domicilio social²⁷¹ o, en su caso, en el lugar en el que se encuentre la sucursal, la filial o el establecimiento donde desarrolle sus funciones el directivo que debió controlar al empleado que cometió el delito²⁷². Del mismo modo, se argumenta que fundándose la responsabilidad de la persona jurídica en la ausencia de control interno, será también lugar de comisión del hecho el de la sede social o donde radica la dirección efectiva de la organización, como foro adicional al de la actuación de la persona física que realice la acción delictiva²⁷³. Por su parte, ZARZALEJOS NIETO justifica que la sede de la persona jurídica es *locus commissi delicti* en tanto que sería el “lugar en que se habrían producido los efectos últimos del delito (aprovechamiento de sus consecuencias), así como los demás vínculos de imputación a la persona jurídica previstos por el CP (actividad social de la empresa, defectos de control sobre los empleados...)”²⁷⁴. A mayor abundamiento, a favor de la tesis que admite como *locus commissi delicti* la sede social, el domicilio de la persona jurídica o su centro de dirección efectiva, puede ser útil advertir que, en materia de criminalidad organizada, existe una línea jurisprudencial que opta por atribuir la competencia al juzgado del lugar donde se dirigen y controlan las operaciones delictivas, en vez de acudir al lugar donde efectivamente se cometen las concretas acciones delictivas²⁷⁵.

Sin embargo, es necesario indicar que el legislador español establece como preferente el lugar de comisión del delito, sin distinguir si el proceso se dirige sólo contra una persona jurídica o también contra una persona física²⁷⁶. Por eso, cuando ambos sujetos sean enjuiciados conjuntamente, que será el escenario más habitual, como regla general, la competencia territorial vendrá determinada por el lugar en que se cometió el hecho de referencia, aunque la entidad tenga su sede social en otro

²⁷⁰ En este sentido, el Preámbulo de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en su párrafo III, señala que es, precisamente, el quebrantamiento del “debido control” el que permite fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica.

²⁷¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 93, quien mantiene su postura inicial, al respecto, en GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...*ob. cit., p. 58; También ROMA VALDÉS, A.; I. Escosz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., pp. 77-78, señala el domicilio social como foro de competencia territorial cuando el delito se encuentre vinculado con un defecto de organización en la persona jurídica.

²⁷² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...*ob. cit., p. 58.

²⁷³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.; En idéntico sentido GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., p. 11, entiende que el lugar de comisión del hecho -por la omisión del control- será la sede social o donde radica el centro de dirección efectiva de la organización, fuero adicional al de la actuación de la persona física que realice la acción delictiva; También se puede ver al respecto JUANES PECES, A., “Necesidades en la regulación procesal...ob. cit., p. 39; Del mismo modo, entiende PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...ob. cit., p. 398, que podrá ser considerado “*como punto de anclaje territorial a efectos de determinación de la competencia el lugar donde se encuentre la sede social o donde se halle la dirección efectiva de la persona jurídica cuando la responsabilidad penal de la persona jurídica provenga de la omisión del deber de control atendidas las circunstancias del caso*”.

²⁷⁴ Así se expresa ZARZALEJOS NIETO, J., “La competencia judicial...ob. cit., pp. 148-149.

²⁷⁵ STS (Sala de lo Penal) núm. 2375/1993 de 25 octubre. RJ 1993\7955, F. J. 2º, se entiende que, existiendo “*actividad delictiva de una banda organizada, la competencia debe reconocerse a favor del Juzgado del partido donde tal banda venía desarrollando su principal actividad, y no en favor de aquél en cuyo territorio haya tenido lugar una concreta acción de las varias que configuran en el caso la compleja conducta punible*”.

²⁷⁶ Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., pp. 72-73.

emplazamiento o el defecto de control se haya producido en otro lugar²⁷⁷. Y es que, aunque existiese una regla legal expresa que estableciese como nexo para fijar la competencia territorial la sede o el domicilio de la persona jurídica, o aun cuando se asumiese que el lugar donde se omitió el control debido integra el *locus commissi delicti*, en caso de que se enjuiciasen conjuntamente la persona física y la persona jurídica, no resultaría adecuado que el criterio de conexión del ente colectivo arrastrase a la persona física. Esta postura podría entenderse, en cierto sentido, respaldada por el art. 14 bis LECrim que, aunque referido a la competencia objetiva, contiene la regla general según la cual, el criterio prevalente de atribución competencial es el previsto para la persona física que se extiende a la persona jurídica y no a la inversa²⁷⁸. Ahora bien, en vista de la claridad que demandan las reglas competenciales, como garantía del juez ordinario predeterminado por la ley, de *lege ferenda*, para la competencia territorial, debería introducirse una regla análoga a la del art. 14 bis LECrim en el art. 18 LECrim.

En definitiva, si se acepta el lugar donde se omitió el control debido, el lugar de la sede de la persona jurídica o aquel en que se materializó el provecho de la acción delictiva, como parte del lugar de comisión del delito, tales nexos competenciales sólo resultarían aplicables cuando fuese juzgada autónomamente la persona jurídica. Sin embargo, de admitirse este foro competencial alternativo, podría darse el problema de que la competencia no quedaría fijada *ab initio* en tanto que, si avanzada la instrucción, se descubriese o apareciese el autor material del delito inicialmente fugado, habría que trasladar la competencia al órgano del lugar en que hubiese sido cometido el hecho de referencia o delito base. En este sentido, cabe reparar en que, la determinación del objeto del proceso penal es progresiva²⁷⁹, lo cual se traduce, durante la instrucción, en la posibilidad de cambios en cuanto a la competencia, no sólo territorial, sino también objetiva.

Aunque cabe entender que la omisión del debido control o el defecto de organización constituyen, en determinados casos, en particular, cuando delinquen los subalternos, un requisito típico del ilícito imputable al ente²⁸⁰, la redacción del art. 31 bis CP deja claro que el delito es uno y único y que es cometido por una persona física, mientras que el defecto de organización no se constituye como un delito o infracción autónoma²⁸¹. Por consiguiente, en tanto no se introduzca en la ley un criterio

²⁷⁷ Cfr. MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., pp. 8-9.

²⁷⁸ Ídem, pp. 8-9.

²⁷⁹ En palabras de GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tomo I Bosch, Barcelona, 1947, el proceso penal se desenvuelve escalonadamente; MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 130-135.

²⁸⁰ En un sentido similar, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en M. Bajo Fernández; B. J., Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 109-133, p. 122, que “*el equivalente funcional de la tipicidad objetiva o de la conducta no permitida de la persona física es el defecto de organización de la persona jurídica*”.

²⁸¹ Otra podría ser la solución si, tal y como preveía el Proyecto de CP publicado el 4 de octubre de 2013 en el BOCCGG y disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF, la no adopción de medidas de prevención delictiva se tipificase como delito. En este sentido, el art. 286 seis

específico de atribución de competencias para el enjuiciamiento de las personas jurídicas –como podrían ser la sede social, el domicilio, el centro de dirección efectiva etc.- es dudoso que exista una base legal para ubicar la competencia en donde se omitió el control debido, cuando tal defecto organizativo se ubique espacialmente en lugar distinto a aquel en que la persona física realizó la acción típica o a aquel en donde se materializó el resultado lesivo.

Dicho esto, se propone, de *lege ferenda*, introducir en el art. 15 LECrim, como criterio alternativo para cuando se juzga exclusivamente a una persona jurídica y no conste el lugar en que se haya cometido el delito, el del domicilio o sede social de la entidad, por la cercanía con las pruebas, documentales o de otro tipo, que la entidad podría guardar en su centro de dirección. Esta es, por otra parte, la tendencia dominante en las legislaciones extranjeras que han sido objeto de análisis. En ese sentido, se observa que, en aquellos ordenamientos jurídicos que cuentan con reglas especiales de competencia territorial para el caso de que el proceso se dirija únicamente frente a la persona jurídica, los criterios preferentes son el domicilio de la persona jurídica y el del lugar de la filial, sucursal o establecimiento en que se hubiera producido el delito base²⁸², aunque tales reglas varían de un país a otro. Según la StPO alemana § 444 III, procediéndose, en exclusiva, contra el sujeto moral, corresponde la competencia al órgano jurisdiccional del lugar en que aquél tenga su sede (*Sitz*) o una sucursal (*Zweigniederlassung*). En la VbVG austríaca, § 15 (2), dirigiéndose únicamente el proceso contra la persona jurídica, será competente el órgano del lugar en que tenga su sede; si la tuviere fuera de Austria se atenderá al lugar en que desarrolle su actividad (*Ort des Betribes*) o aquel en el que tenga una filial (*Niederlassung*), en su defecto serán competentes los Tribunales de Viena. En Francia, el art. 706-42 CPP señala como criterios de conexión alternativos para el caso en que se proceda sólo contra la persona jurídica el lugar de comisión de la infracción y el lugar en que la persona jurídica tenga su sede. Por su parte, en Italia, existe una regla de competencia derivada, similar a la española, pero que se refiere a la competencia en general, no sólo a la determinada por razón de la gravedad de la infracción (art. 36.1 D. Lgs. 231). De esta forma, en la República italiana, la competencia para el enjuiciamiento del ilícito imputado al ente, corresponde al Juez competente para los delitos de los que el mismo depende y, consecuentemente, la competencia territorial quedará determinada por el lugar de comisión del delito base.

de aquel proyecto, que finalmente fue suprimido durante la tramitación parlamentaria, disponía lo siguiente “Será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para el ejercicio de la industria o comercio por tiempo de seis meses a dos años en todo caso, el representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan exigibles para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida”; También en Alemania esa omisión en la adopción de medidas de control se configura como infracción autónoma.

²⁸² Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y...* ob. cit., p. 57.

4.3.- La competencia funcional

En cuanto a la competencia funcional, que no presenta particularidad alguna para el caso de que el sujeto pasivo del proceso sea una persona jurídica, sería competente para la fase de instrucción, como regla general, el Juez de instrucción del partido en el que el delito se hubiese cometido (art. 14.2), resultando de aplicación las conclusiones alcanzadas en relación con la determinación de tal lugar atendiendo a la dinámica delictiva de las personas jurídicas, o bien, los Juzgados Centrales de Instrucción, respecto de los delitos cuyo enjuiciamiento corresponda al Juzgado Central de lo Penal o a la Sala de lo Penal de la AN.

En cuanto a la fase de enjuiciamiento, corresponderían al Juzgado de lo Penal aquellos delitos cuya pena *in abstracto*, para la persona física, fuese de multa, o no superase los cinco años de prisión o los diez años tratándose de otras penas restrictivas de derechos. En tal caso, la impugnación de la sentencia de condena se encauzaría por medio del recurso de apelación, cuya resolución corresponde a la AP correspondiente al partido en el que se encuentre el órgano de primera instancia (art. 82.1.2º LOPJ).

Por otro lado, en el supuesto de que el delito tuviese prevista, para la persona física, una pena *in abstracto* superior a los cinco años de prisión, o superior a los diez años tratándose de otras penas restrictivas de derechos, se encomendaría su enjuiciamiento a la AP correspondiente. En tal supuesto, la apelación sería competencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ (art. 73.3.c) LOPJ) y, el recurso de casación sería competencia de la Sala de lo Penal del TS (art. 57.1.1º LOPJ).

5.- Las causas de abstención y recusación como garantía del derecho a un Juez imparcial

En este apdo. se pretende determinar si un Juez que ha juzgado a una persona física por unos hechos determinados estaría prevenido para conocer posteriormente de la causa entablada, frente a una persona jurídica, a la que se imputa el mismo hecho de referencia o viceversa. Evidentemente, la hipótesis de partida consiste en que ambos sujetos sean enjuiciados separadamente y que el Juez ordinario predeterminado para enjuiciarlos, en aplicación de las correspondientes normas constitucionales y legales de competencia, así como de las normas de reparto, sea el mismo. Esto se debe a que las causas de recusación concurren respecto del Juez o magistrado individual, y no respecto de un órgano²⁸³. Si se concluye que tal Juez, llamado a conocer por segunda vez de los mismos hechos, está prevenido y, por tanto, cabe razonablemente dudar de

²⁸³ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley...* ob. cit., (1951), p. 5.

su imparcialidad objetiva²⁸⁴, entonces habrá que indagar sobre las posibilidades legales que existen para apartarle del conocimiento del segundo proceso, sin olvidar que está en juego el derecho del justiciable a ser juzgado por un Juez imparcial (art. 24.2 CE) y, por lo tanto, el derecho al proceso equitativo o con todas las garantías²⁸⁵.

5.1.- La hipótesis de incompatibilidad del Juez llamado a juzgar a la persona física y a la persona jurídica en procesos distintos

En las hipótesis en que la persona física y la persona jurídica sean juzgadas en procedimientos separados, cabe la posibilidad de que ambas causas resulten, en aplicación de las reglas de reparto, atribuidas al mismo órgano judicial. A la producción de tal eventualidad contribuye decisivamente la regla competencial del art. 14 bis según la cual la competencia objetiva por razón de la gravedad de la pena atenderá exclusivamente a la prevista para la persona física, siendo indiferente a estos efectos la penalidad establecida para la persona jurídica, aun cuando sea la única acusada. Cabe plantearse, a la vista de tal posibilidad, si el Juez que ha decidido previamente sobre la responsabilidad penal del ente quedaría impedido, por causa de parcialidad objetiva, para conocer del ulterior proceso contra la persona física. En este sentido, el previo contacto y valoración por parte del Juez con algunos de los elementos integrantes del objeto del segundo proceso podría conducir a dudar, razonablemente, sobre su imparcialidad.

Piénsese, por ejemplo el supuesto de que la inicial indeterminación o sustracción a la acción de la justicia por parte del autor material de los hechos, impidiese el enjuiciamiento conjunto, y que, sólo posteriormente, una vez que la persona jurídica ya ha sido juzgada, se individualizase o se localizase al sujeto individual, supuestamente responsable. Del mismo modo, podría ocurrir, aunque sería quizás menos probable, que una vez enjuiciada la persona física, posteriormente, se iniciase un nuevo procedimiento contra el ente por los mismos hechos. En tales casos, si el segundo proceso se atribuye al Juez que conoció del primero, resulta evidente el riesgo de que tal juzgador se encuentre prevenido o contaminado por su relación anterior con el material fáctico.

El Juez que conoce de la causa contra la persona jurídica y posteriormente es llamado a enjuiciar al autor material de los hechos habrá tenido, cuando menos, un contacto previo con el *thema decidendi* del segundo juicio. No cabe desconocer que el enjuiciamiento de la persona jurídica exige pronunciarse sobre la tipicidad y

²⁸⁴ Para un estudio exhaustivo sobre la extensa jurisprudencia relativa a la imparcialidad judicial se puede ver CALVO SÁNCHEZ, M^o del C., *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional. Un estudio jurisprudencial*, Atelier, Barcelona, 2009.

²⁸⁵ En este sentido, sostiene ESCALADA LÓPEZ, M. L., *Sobre el juez ordinario...* ob. cit., pp. 406-407, que mientras que la imparcialidad abstracta es la tutelada por la predeterminación legal del Juez, e integrada en el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, el derecho a la imparcialidad concreta, tutelado por las causas de abstención y recusación, se integraría en la dimensión funcional del debido proceso. Así pues, tales causas actuarían “*como sobrevenidos correctores de la degeneración de la independiente imparcialidad abstracta, en procesal parcialidad concreta*”.

antijuridicidad de la conducta atribuida a los sujetos de un determinado nivel organizativo. Si se toma en consideración que el juzgador que ha expresado valoraciones de fondo sobre elementos determinantes de la responsabilidad penal de un tercero, que no fue parte en el proceso, debería abstenerse al ser posteriormente llamado a enjuiciar a ese tercero en un ulterior proceso sobre los mismos hechos o sobre hechos conexos, habría que convenir que quien juzgó a la persona jurídica no debería ser, posteriormente, llamado a enjuiciar al autor material de los hechos atribuidos a aquélla.

En esta línea, afirma el TEDH que la asunción de indicios suficientes de culpabilidad para disponer el “reenvío” del encausado a juicio, implicaría una contaminación del juzgador si, posteriormente, pretendiese decidir sobre la culpabilidad o inocencia del reo, con lo que se vulneraría el art. 6.1 del Convenio, en tanto que existirían dudas legítimas sobre la aptitud del Tribunal para juzgar la causa de forma imparcial²⁸⁶. Por su parte, la Corte Constitucional italiana, señala que se vulnera el principio de la imparcialidad si el Juez ha llevado a cabo, *aunque sea en otro procedimiento*, un acto que implique valorar el contenido y la consistencia de la hipótesis acusatoria y una deliberación, no formal, sino de fondo, del objeto del proceso, susceptible de condicionar el sucesivo juicio. Se tiene en cuenta, para realizar esta afirmación, el poder de la prevención (*forza della prevenzione*), es decir, la natural tendencia a mantener un juicio ya expresado o una actitud ya asumida en otro momento decisional referida a los mismos hechos²⁸⁷. En este sentido, habiéndose pronunciado el Juez sobre la existencia de un hecho, así como sobre su tipicidad y su antijuridicidad, cabe presumir fundadamente que su ánimo estará en parte guiado por esa tendencia natural a mantener sus previos pronunciamientos. Por otra parte, cabe plantearse la posibilidad de que la sentencia dictada en el precedente proceso, sea admitida como prueba documental en el ulterior juicio para que, descartada *ex lege* su eficacia vinculante, sea valorada conforme a las reglas de la sana crítica. En tal supuesto, la libre valoración de tal resolución, se encontraría, previsiblemente, condicionada por una presunción de corrección, cuando el Juez que deba valorarla sea el mismo que la haya dictado.

Tal razonamiento conduce, en mi opinión, a que el Juez deba abstenerse cuando, después de haber pronunciado una sentencia contra el ente, sea llamado a juzgar a la persona física, presunta autora del hecho de referencia, investigado y valorado para juzgar a la entidad. En la sentencia dictada frente a la persona jurídica, el juzgador, como ya se ha comentado *ut supra*, debe pronunciarse, sobre la subsistencia del hecho de referencia, sobre su calificación jurídica, así como sobre su tipicidad y su antijuridicidad, en tanto que tales extremos integran la actuación típica imputable al ente y, por ende, fundamentan su responsabilidad penal. Esto podría resultar suficiente para afirmar la falta de idoneidad del órgano que previamente absolvió o condenó al ente para juzgar al autor material de los hechos. Pero, a mayor abundamiento, es preciso reparar en que la individualización del autor del delito, aunque sólo sea en relación con su cargo o función, así como con su posición en el

²⁸⁶ STEDH de 27 de noviembre de 1987. Caso Ben Yaacoub c. Bélgica, párrafo 15.

²⁸⁷ Cfr. CIRO SANTORIELLO, “Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale nel processo alle società”, *Rivista 231: La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, núm. 1, 2006, pp. 123-134, p. 132

organigrama empresarial, son cuestiones esenciales para juzgar a la persona jurídica, en tanto que de ellas depende el sistema de imputación que procede aplicar a la entidad, que es diferente si delinque un sujeto apical o un subalterno (art. 31 bis CP), así como la posibilidad de aplicar sanciones interdictivas y, en su caso, la extensión de las mismas, que se hace depender del puesto que en la estructura organizativa ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control (art. 66 bis 1º c) CP). En definitiva, se pone de manifiesto que el Juez, en el enjuiciamiento del ente, ha de pronunciarse sobre cuestiones determinantes de la identidad y la responsabilidad de la persona física, con lo que su imparcialidad para juzgar a esta última, en un proceso posterior, quedaría en entredicho.

Del mismo modo, cuando, a juzgar la responsabilidad del ente, sea llamado el mismo Juez que, previamente, se ha pronunciado sobre la culpabilidad del sujeto, persona física, presunto autor del hecho de referencia, debe entenderse que tal juzgador sufre una incompatibilidad para enjuiciar la posición del ente²⁸⁸. En este sentido, debe tomarse en consideración que la mera circunstancia de que el Juez declare culpable a uno de los sujetos comprendidos en las categorías del art. 31 bis 1 CP, por un delito imputable a las personas jurídicas, supone una evidente anticipación del juicio frente al ente colectivo²⁸⁹. Ello es así porque, antes del desarrollo del proceso frente al ente, el Juez ya se habría pronunciado, en sentido afirmativo, sobre al menos tres de los elementos que fundamentan su responsabilidad²⁹⁰: la efectiva existencia del hecho, su tipificación como un delito imputable a las personas jurídicas y su atribución a un sujeto cualificado para generar la responsabilidad penal de éstas. Asimismo, es posible, y aun probable, que en el enjuiciamiento de la persona individual, sea declarada la circunstancia de haberse cometido el delito en el interés o ventaja del ente, aun cuando se trate de un pronunciamiento *obiter dictum* o, incluso, puede ocurrir que, sin que la resolución contenga un pronunciamiento expreso sobre tal extremo, tal circunstancia se deduzca del relato de hechos probados. Lo mismo cabe predicar de otras circunstancias determinantes de la responsabilidad del ente como, por ejemplo, en qué medida la operativa ordinaria de la entidad, la forma en que esta se organiza o los instrumentos de prevención y control con los que cuenta han permitido, facilitado incentivado o, en su caso, obstaculizado la comisión del delito, circunstancias igualmente determinantes de la responsabilidad del ente²⁹¹.

²⁸⁸ Cfr. CIRO SANTORIELLO, “Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale...ob. cit., p. 127; En contra de tal hipótesis, se pronuncia RIGO, F., “Il giudizio”, en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, 2002, pp. 351- 377, p. 365, que sólo admite la incompatibilidad para juzgar a la persona jurídica del juez que previamente ha enjuiciado al ente colectivo. Sin embargo, según el autor, a la inversa no se apreciaría tal impedimento porque el juez no se habrá pronunciado, para juzgar a la persona física, sobre los elementos que fundamentan la culpabilidad de la entidad.

²⁸⁹ La posible relación prejudicial que podría darse entre ambos objetos procesales cuando la persona física y la persona jurídica fuesen enjuiciadas sucesivamente en procedimientos diversos será objeto de tratamiento específico en el capítulo 3, epígrafe VII, apdo. 2.

²⁹⁰ En términos semejantes, aunque en relación con la regulación italiana, se pronuncia CIRO SANTORIELLO, “Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale...ob. cit., p. 133.

²⁹¹ En la doctrina italiana, repara en tales posibilidades CIRO SANTORIELLO, “Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale...ob. cit., p. 134.

5.2.- La lista tasada de causas de abstención y recusación y su interpretación a la luz de la garantía de la imparcialidad

En definitiva, el sistema de responsabilidad vicarial o por transferencia da lugar a un estrecho e ineludible vínculo entre el juicio de la responsabilidad de la persona individual y de la responsabilidad de la persona jurídica en cuyo beneficio se realizó el hecho de referencia, en tanto que ambos objetos procesales comparten un núcleo fáctico común, con la consiguiente e inevitable superposición de las relativas decisiones sobre su culpabilidad²⁹². Sin embargo, con la regulación actual contenida en la LOPJ, sobre las causas de recusación y abstención, podría haber problemas para hacer valer el derecho a un Juez imparcial en el caso que *ut supra* descrito.

En efecto, el art. 219 LOPJ establece una lista tasada de causas de abstención y recusación entre las que no se recoge ninguna relativa a la previa actuación del Juez en otro procedimiento. El apdo. 11º del citado precepto se refiere a la participación del Juez en la Instrucción de la causa penal o en la resolución del pleito o causa en anterior instancia, limitándose, por tanto, a excluir una intervención previa en el mismo procedimiento. Tal circunstancia podría ampliarse, por vía interpretativa, a los supuestos de intervención previa del mismo juzgador en un procedimiento distinto seguido por los mismos hechos, si no fuera por el carácter *numerus clausus* que la jurisprudencia otorga a los motivos legales de abstención y recusación. En esta línea, el TC ha dicho, en repetidas ocasiones, que la enumeración de las causas del art. 219 LOPJ es taxativa y de carácter cerrado. De tal forma que cualquiera que sea la quiebra de imparcialidad que se alegue ha de ser reconducida a una de las mencionadas causas legales²⁹³. Sostiene, además, el Alto Tribunal que, en la medida en que las causas de recusación permiten apartar del caso al Juez predeterminado por la ley, la interpretación de su ámbito ha de ser restrictiva²⁹⁴.

Ahora bien, a pesar del carácter tasado de las causas de abstención y recusación y de la necesidad de interpretarlas de forma restrictiva, resulta innegable que el derecho a un juicio justo (art. 6 CEDH), así como el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), exigen que el órgano que ha decidido sobre la culpabilidad del sujeto pasivo, persona física, no pueda ser llamado a decidir la suerte del ente colectivo al que, presuntamente, se atribuyen los mismos hechos, ni viceversa, por lo que considero que, en caso de que le corresponda por turno de reparto, el Juez deberá abstenerse y, si no lo hace, el sujeto interesado podrá pedir su recusación.

²⁹² Ídem. p. 134.

²⁹³ En este sentido, el TC afirma tajantemente que fuera del ámbito de tales causas legales, las aprensiones o recelos que las partes puedan manifestar son jurídicamente irrelevantes. (ATC 180/2013, de 17 de septiembre, F. J. 2º, en el incidente de recusación promovido contra el presidente del TC Pérez de los Cobos). Ver, en el mismo sentido, el ATC 18/2006, de 24 de enero, F. J. 2º. A mayor abundamiento, un estudio exhaustivo de la jurisprudencia del TC en relación con la interpretación de las causas de abstención y recusación se puede ver en CALVO SÁNCHEZ, Mª del C., *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional...* ob. cit., pp. 209-229.

²⁹⁴ Ver, por todas, STC 162/1999, de 27 de septiembre, F. J. 8º; AATC 394/2006, de 7 de noviembre, F. J. 2; 383/2006, de 2 de noviembre, F. J. 3; 26/2007, de 5 febrero, F. J. 2º.

Por lo tanto, en orden a garantizar la genuina aproximación del juzgador al *thema decidendum*, se propone, de *lege ferenda*, la introducción de una nueva causa de recusación, como la prevista en la propuesta del CPP consistente en “*haber conocido de otro proceso por el mismo hecho*” (art. 42 .2 *in fine* propuesta CPP). En aplicación de tal motivo legal, independientemente del orden en que se juzguen la persona física y la persona jurídica, un mismo Juez no podría juzgar a ambos sujetos en procesos separados. En todo caso, y dado que la citada propuesta normativa no llegó a aprobarse, en mi opinión, deberían entenderse flexiblemente las causas legales de abstención, cuya delimitación debiera atender, primeramente, a garantizar el derecho fundamental al Juez independiente e imparcial que asiste a todo justiciable²⁹⁵.

6.-Recapitulación

En este epígrafe se ha determinado, en primer lugar, el ámbito objetivo del sistema de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas, esto es, el elenco de delitos imputables a los entes morales y el criterio que ha guiado al legislador a la hora de seleccionarlos. Así pues, tras constatar la heterogeneidad de ese listado y criticar algunas inexplicables ausencias, se ha llegado a la conclusión de que la selección de delitos se corresponde con la categoría del Derecho Penal de empresa, caracterizada por incluir delitos que, habitualmente, se cometen desde organizaciones empresariales, los cuales, a su vez, incluirían delitos económicos, así como otros más propios del crimen organizado. Ante esta heterogeneidad las propuestas de especialización de los órganos judiciales, atendiendo al criterio de ser el sujeto pasivo del proceso un ente colectivo, resultan inasumibles, sin perjuicio de la conveniencia de mejorar los planes de formación continuada que permitan a jueces y magistrados lidiar con cuestiones propias de las ciencias empresariales, así como mejorar sus conocimientos económicos, financieros y contables, en aras a mejorar la calidad de sus resoluciones y a reducir su vinculación a las opiniones de los peritos.

A continuación, se han detallado los criterios competenciales tradicionales, si bien aplicados al enjuiciamiento penal de las personas jurídicas. En este punto, resulta destacable el análisis del nuevo art. 14 bis LECrim que ha venido a establecer una norma de competencia derivada, según la cual, la pena prevista para la persona física determina, así mismo, el órgano competente para enjuiciar a la persona jurídica, aun

²⁹⁵ En el sentido de interpretar flexiblemente las causas de abstención y recusación, cuando esté en juego la independencia, la imparcialidad y la legítima confianza de los ciudadanos en los tribunales se pronunciaron los magistrados del TC, Luis Ignacio Ortega Álvarez y Fernando Valdés Dal-Ré, en sendos votos particulares al ATC 180/2013, de 17 de septiembre, que inadmitió *ad limine* el incidente de recusación promovido contra el presidente del TC Pérez de los Cobos por su militancia en el Partido Popular, dado que tal circunstancia no aparece expresamente prohibida en la LOTC cuando regula el estatuto jurídico de los Magistrados del TC. En concreto, señala Valdés Dal-Ré en su voto particular (F.J. 4º) que “*determinadas vicisitudes, incluso cuando posean cobertura constitucional, pueden revelar falta de imparcialidad ad casum, siempre que aflore en el examen correspondiente una inidoneidad específica para juzgarlo, ya por indebida relación con una de las partes, ya por contaminación respecto del objeto del procedimiento*”; Otras resoluciones en las que se hace hincapié la necesidad de interpretar las causas de abstención y recusación a la luz de la garantía de la imparcialidad serían, por ejemplo, AATC 61/2003, de 19 de febrero; 18/2006, de 24 de enero.

cuando el procedimiento se dirija exclusivamente frente a esta última. Esta regla favorece, entre otras cosas, el enjuiciamiento conjunto de la persona física y la persona jurídica, por si no fuese suficiente con la relación de conexidad que existe entre ambos objetos procesales. Igualmente relevantes resultan las críticas realizadas al Tribunal del Jurado al que se considera, por su carácter no técnico, un órgano inadecuado para conocer de los delitos imputables a las personas jurídicas, en vista de los elementos normativos que integrarían la conducta imputable al ente y, sobre todo, en atención a la complejidad fáctica que, previsiblemente, podrían presentar las causas penales seguidas frente a tales entes ficticios.

También la AN y de los JJ.CC. ostentarían competencias en determinados procesos seguidos frente a las personas jurídicas, en vista de los delitos que resultan imputables a éstas. Además, se ha hecho referencia a la cuestión de la conexidad, por ejemplo, para el caso de que una determinada persona jurídica fuese juzgada junto con un aforado, reflexionando, así mismo, sobre la posibilidad de romper la continencia de la causa en los denominados “macroprocesos”, con el fin de agilizar el proceso.

Por último, el tratamiento de la competencia territorial también es digno de mención en tanto que, se reproducen en este punto los problemas vistos en sede de jurisdicción a la hora de determinar el *locus commissi delicti*. Así pues, cabe entender que la sede de la entidad, el lugar de su actividad principal o aquel en que se produjo el provecho o la omisión del control debido, como circunstancias que fundamentan la responsabilidad de la persona jurídica, pueden ser considerados foros de comisión del delito por haberse realizado en ellos, al menos en parte, la conducta típica.

En otro orden de ideas, se ha hecho referencia al derecho de todo justiciable a que su causa sea conocida por un Juez, abstracta y concretamente, imparcial. En ese sentido, la imparcialidad concreta podría ponerse en entredicho cuando el Juez llamado a conocer de la causa seguida frente a una persona física, fuese, posteriormente, llamado a enjuiciar a la persona jurídica por los mismos hechos. O bien si, a la inversa, habiendo enjuiciado en un primer proceso a la persona jurídica, después, por avatares de la investigación, o por haber sido localizada la persona física, autora material del delito, tuviese que determinar la responsabilidad de este individuo, por el mismo hecho delictivo, ya enjuiciado en el primer proceso. El problema surge por el carácter *numerus clausus* de las causas de abstención y recusación entre las que no se prevé haber conocido del mismo hecho o asunto en un proceso anterior. Ahora bien, siendo la finalidad de tales causas la garantía de la imparcialidad del juzgador, resulta preciso realizar una interpretación teleológica de las mismas, que atienda a garantizar el derecho a un proceso con todas las garantías.

III. Capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación y ámbito subjetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

1.- Planteamiento

La novedad que supone el hecho de que las personas jurídicas puedan ocupar la posición de parte pasiva en un proceso penal conduce a replantearse temas clásicos como son los presupuestos procesales relativos a las partes, esto es, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal en el marco del juicio penal.

Las personas jurídicas han actuado tradicionalmente en el marco de los procesos civiles, laborales o administrativos. También en los procesos penales, el TC les ha reconocida legitimación para personarse como acusación, popular o particular, según el caso²⁹⁶. Por lo tanto, la verdadera novedad radica, no en su genérica capacidad para ser parte en un proceso²⁹⁷, sino en su capacidad para ser parte pasiva en un proceso penal, en tanto que tal lugar ha venido tradicionalmente estando reservado a las personas físicas vivas. Esto conduce a estudiar su capacidad para ser parte, su capacidad de obrar procesal y su legitimación, desde esta nueva posición jurídica.

En líneas generales, dentro del ámbito de la justicia penal, las personas que ocupan el lado pasivo de la relación jurídico procesal penal son, precisamente, los potenciales sujetos activos del delito imputado, por lo que la cuestión, a pesar de su autonomía como materia procesal, viene, en parte, mediatizada por el Derecho Penal material²⁹⁸. Así pues, hay que tomar en consideración que el “*el concepto de pena es esencial para construir el de proceso*”²⁹⁹ y que “*la correspondencia de la pena con el delito se afirma en dos momentos sucesivos: primero, en la sanción penal establecida por el legislador (nulla poena sine lege); después en la imposición de la pena en el caso concreto por el juez*”³⁰⁰. En este sentido, para saber quién puede ser parte pasiva en un proceso penal, habrá que establecer qué entes pueden ser responsables penales y, por tanto pasibles de penas, y cuáles no, para lo cual resulta necesario determinar qué personas jurídicas quedan excluidas *ex lege* o de *facto* del régimen de responsabilidad penal. Para ello, primeramente, se hace necesario delimitar el ámbito

²⁹⁶ Entre otras, SSTC 241/1992, de 21 de diciembre; 34/1994, de 31 de enero; 79/1999 de 26 de abril; 129/2001, de 4 de junio y 67/2011, de 16 de mayo, en las que se reconoce a las personas jurídico-públicas como titulares de la acción popular. Igualmente, el TS admite, generalmente, la legitimidad de las personas jurídicas para ejercer la acción popular. En este sentido, se pronuncian en la STS (Sala 2ª, Sección 1ª), núm. 1197/2009, de 1 de diciembre, RJ 2010\182, en la que se admite la personación como actor popular de una sociedad mercantil o en el ATS (Sala 2ª), de 20 de enero 2003, RJ 2003\251, en el que se admite la personación como actor popular de un gobierno autonómico frente a un Juez en un delito de prevaricación.

²⁹⁷ La capacidad para ser parte de las personas jurídicas, ha sido general reconocida sin discusión. Véase, en este sentido, KISCH, W., *Elementos de derecho procesal civil*, L. Prieto Castro (trad.), Revista de Derecho privado, Madrid, 1932, pp. 101-104.

²⁹⁸ ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas*...ob. cit., p. 233.

²⁹⁹ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., p. 30.

³⁰⁰ Ídem., pp. 32-33.

objetivo y subjetivo de aplicación del art. 31 bis CP y concordantes. Es decir, determinar en qué supuestos y qué sujetos pueden ser penalmente responsables de acuerdo con la reforma que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento.

En línea de principio, cabe afirmar que la reforma se dirige a las personas jurídicas, por lo que será necesario definir qué entiende, a estos efectos, el CP por persona jurídica para lo cual habrá que acudir a otras ramas del ordenamiento. Por otra parte, las sociedades pantalla o las que carezcan de una cierta complejidad organizacional, difícilmente, podrán ser centro de imputación de culpabilidad o sujetos de derechos, independientemente de sus miembros, en atención a la ausencia de alteridad entre la entidad y sus agentes, por lo que será preciso determinar si el criterio de la personalidad jurídica resulta adecuado y si es suficiente para determinar qué entidades tienen capacidad para ser parte y cuáles no. Además, la propia regulación excluye del sistema de responsabilidad penal a ciertas personas jurídicas, en virtud de su carácter público y de las actividades que desempeñan.

Por otra parte, parece evidente que las personas jurídicas, en tanto que posibles responsables penales, ocuparán la posición de parte pasiva en el proceso penal en que se enjuicie su responsabilidad. Pero, cabe preguntarse en qué condición intervendrán los entes sin personalidad que, sin ser pasibles de penas, resultan acreedores de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, cuya naturaleza jurídica resulta incierta.

A continuación se hará referencia a la capacidad procesal de las personas jurídicas, así como a la forma en que serán representadas y defendidas en el proceso. Una vez analizados los presupuestos de las partes³⁰¹, esto es, la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, se señalarán los procedimientos por los que, en su caso, se verificará el cumplimiento de los mismos.

Por último, se hará referencia al requisito de la legitimación que, en el proceso penal, se fundamenta en el juicio de imputación. Sin embargo, el acto de imputación, así como la determinación del momento adecuado para proceder a imputar a la entidad, se tratarán, más detalladamente, en el capítulo 2, relativo a la instrucción de las causas penales seguidas frente a personas jurídicas, en concreto en el epígrafe II.

³⁰¹ Se trataría, según COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 104., de presupuestos procesales de la acción.

2.- La capacidad de las personas jurídicas para ser parte pasiva en el proceso penal

La capacidad para ser parte, en particular, para ser parte pasiva del proceso penal, se corresponde con la aptitud abstracta para ocupar las posiciones de sospechoso, encausado, acusado y, eventualmente, condenado en un juicio penal y viene determinada por el Derecho Penal³⁰². De tal suerte que “*posee capacidad para ser sujeto pasivo del proceso quien, según la legislación penal sustantiva, puede aparecer como parte activa de la relación delictiva*”³⁰³ y puede, por ende, ser centro de imputación de responsabilidad penal. En este sentido, cabe afirmar que la capacidad para ser parte se corresponde con la aptitud para ser “imputado” o, según la nueva terminología legal, para adquirir la condición de investigado o encausado, en un proceso penal³⁰⁴ o, en otras palabras, con la aptitud genérica para ser objeto de una imputación penal que, a su vez, dependerá de la posibilidad de que un determinado sujeto pueda ser declarado penalmente responsable.

Tradicionalmente, los estudios dedicados al imputado, ahora denominado investigado o encausado, han partido de la afirmación de que sólo las personas físicas vivas podían ser objeto de una imputación penal³⁰⁵, en tanto que sólo tales sujetos podían cometer una infracción criminal y, por lo tanto, responder penalmente de la misma, dado el carácter personal e intransferible de la responsabilidad criminal. En este sentido, a principios de los años cincuenta, señalaba GÓMEZ ORBANEJA que “*Inculcado en el proceso penal (como autor, cómplice o encubridor) sólo puede serlo, sin excepción alguna, una persona física: un individuo humano actualmente vivo*”³⁰⁶. Mientras que, a principios de los 90, seguía afirmando FAIRÉN GUILLÉN que, “*es un principio aun no quebrado el de la incapacidad de las personas jurídicas para delinquir, luego no tienen capacidad para ser parte ni capacidad procesal en el proceso penal*”³⁰⁷.

³⁰² Esta dependencia que la capacidad para ser parte en el proceso penal tiene en relación con el Derecho Penal se observa, asimismo, en lo que al respecto señalaba, en su momento, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1951)...ob. cit., p. 274, al disponer que “*La acción penal no puede ser propuesta contra colectividades de individuos o personas jurídicas o morales. La razón es que aquella va dirigida al “castigo del culpable” y es fundamento del derecho penal vigente que la responsabilidad penal alcanza sólo a individuos*”.

³⁰³ Ver PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 157.

³⁰⁴ Cfr. MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso*...ob. cit., pp. 52-53; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 157.

³⁰⁵ Cfr. RENEDO ARENAL, M^o. A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Ramón Areces, Madrid, 2007, pp. 278-279.

³⁰⁶ Así lo indicaba, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1951)...ob. cit., pp. 273-274, señalando además que “*El problema doctrinal de lege ferenda de la posibilidad de delinquir las personas morales no interesa directamente al derecho procesal penal*”.

³⁰⁷ FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992, p. 291.

En este contexto, en el que, al menos en los países del *Civil Law*, regía la máxima *societas delinquere non potest*, en el año 2001³⁰⁸, CORDERO escribía lo siguiente: “*Sarebbe un finto processo se il pubblico ministero perseguisse fantasmi intellettuali, diavoli ovvero santi, cose inanimate, bestie, persone giuridiche, enti collettivi, cadaveri. Bisogna che l'imputazione evochi una persona fisica (qualunque animale umano vivo sopra o sotto i 14 anni inclusi gli abnormi) esista o no in carne ed ossa. Stiamo parlando dei presupposti mancando i quali il processo sarebbe pura apparenza*”³⁰⁹. En una línea similar se expresaba MUÑOZ ROJAS, algunos años antes, señalando que para poder atribuir una acción antijurídica a una persona era necesario que ésta pudiese realizar la acción que se le atribuía. De tal afirmación deducía el autor que las personas jurídicas no podían ser objeto de imputación, por la misma razón que no podrían resultar encausados el *nasciturus* o al difunto, esto es, porque ni unos ni otros podían delinquir. Consecuentemente, imputado debía de ser siempre una persona física, viviente al tiempo de la comisión del hecho y al hacersele la imputación³¹⁰.

Desde entonces hasta el día de hoy, los cambios en la política criminal han provocado modificaciones legislativas que han llevado a la pérdida de vigencia de tales afirmaciones que, en su momento, se erigían como presupuestos básicos e indiscutibles del proceso penal. De hecho, actualmente, en la mayor parte del continente europeo, las personas jurídicas pueden ser sujeto de imputación penal al igual que las personas naturales. Así ocurre, entre otros países, en Francia, Italia, Bélgica, Austria, Hungría, Polonia, Eslovenia, Chipre, Estonia, Letonia, Lituania, Albania, Países Bajos, Suiza, Suecia etc. También se han introducido regímenes de responsabilidad penal o cuasi-penal para las personas jurídicas en muchos países de América Latina, tales como Chile, Guatemala o México, manteniéndose en otros, como Perú o Nicaragua, el sistema de consecuencias accesorias.

Antes de la reforma del CP del año 2010, se razonaba del siguiente modo: si para poder imputar responsabilidad penal a una persona es necesario que ésta pueda realizar la acción antijurídica que se le atribuye, las personas jurídicas no pueden resultar imputadas porque es principio general que las personas morales no pueden

³⁰⁸ Justo antes de que se aprobase el D. Lgs. 231 italiano que, actualmente, regula el sometimiento al proceso penal de las personas jurídicas y otros entes sin personalidad.

³⁰⁹ Así, se expresaba CORDERO, F., *Procedura penale*, 6º ed., Milano, 2001, pp. 232-233, señalando que sería un falso proceso si el público ministerio persiguiese fantasmas intelectuales, diablos o santos, cosas inanimadas, bestias, personas jurídicas, entes colectivos, cadáveres. Es necesario que la imputación evoque una persona física. Estamos hablando de presupuestos (*a parte rei*) faltando los cuales el proceso sería pura apariencia; En la edición de 2012 el autor se limita a añadir, a continuación de esta gráfica disertación, que existen normas *ad hoc* que regulan la responsabilidad administrativa derivada de delito (y el relativo enjuiciamiento) de las personas jurídicas, sociedades y asociaciones (CORDERO, F., *Procedura penale* (2012)... ob. cit., p. 237). Con esta simple añadidura, pero manteniendo aquella inicial afirmación, el autor parece dar a entender que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas deja inamovibles los presupuestos del proceso penal, en particular el de entender al imputado como persona física viva. A mi modo de ver esta visión, al menos aparentemente, subestima el profundo cambio que la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídica implica en relación con los presupuestos procesales de las partes en el proceso penal ya que, aunque en Italia, la responsabilidad de las personas jurídicas derivada de delitos es formalmente de naturaleza administrativa, lo cierto es que se determina en un proceso penal en el que la persona jurídica es asimilada *ex lege* al imputado.

³¹⁰ Cfr. MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso...* ob. cit., p. 47.

delinquir³¹¹. Desde esta perspectiva, y asimilando la capacidad para ser parte a la aptitud genérica para ser objeto de una imputación judicial³¹², se negaba la capacidad para ser parte de las personas jurídicas en un proceso penal; todo ello a pesar de que las mismas podían ser sujetos pasivos de medidas cautelares o consecuencias accesorias (art. 129 CP conforme a la redacción anterior a la Ley 5/2010, de 22 de junio)³¹³.

Pues bien, cabe preguntarse si el cambio derivado de la introducción, en nuestro ordenamiento, de un auténtico sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas envuelve una verdadera novedad en este punto. En este sentido, resultan interesantes las reflexiones de la doctrina procesal ante las propuestas legislativas, anteriores a la reforma llevada a cabo en el año 2010, que proyectaban introducir un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas. A la vista de aquellos intentos frustrados de modificación del CP se afirmaba, sin ambages que, si llegasen a prosperar, tanto las personas físicas como las personas jurídicas tendrían capacidad para ser parte³¹⁴.

Sin perjuicio de lo que luego se dirá en relación con los entes sin personalidad, no cabe desconocer que la introducción del sistema de responsabilidad penal del art. 31 bis CP y concordantes, sustituyendo, para las personas jurídicas, a las consecuencias accesorias del art. 129 CP, supone una intensificación del derecho a estar presente en el proceso³¹⁵. El motivo principal radica en que, frente a la indeterminación doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias, con la regulación actual, no cabe duda de que las personas jurídicas son pasibles de auténticas penas. Además, se da la posibilidad, nada remota, de que entre la persona física y la persona jurídica coencausadas exista un conflicto de intereses, que aboga por permitir que ambas sean escuchadas en el proceso, so pena de causar indefensión a la entidad y, asimismo, por el hecho de que, con la nueva regulación, el proceso penal podría dirigirse, exclusivamente, frente a la persona jurídica, en tanto que sus sanciones han dejado de ser accesorias respecto de una pena principal y, en tal caso, el único sujeto pasivo y, por ende, parte necesaria del proceso penal, sería la persona jurídica. Tales circunstancias no dejan lugar a dudas sobre el hecho de que la persona jurídica ostenta capacidad para ser parte en el proceso, que adquiere la condición de parte pasiva a través de su imputación y que, en tal condición, goza de un estatuto jurídico muy similar al de cualquier persona, investigada, encausada o acusada.

En el contexto descrito, limitar la intervención de las personas jurídicas en el proceso a la audiencia de sus representantes, que incluso pueden estar siendo personalmente investigados o encontrarse formalmente encausados por los mismos hechos, con el consiguiente potencial conflicto de intereses, puede subyugar la estrategia defensiva de la entidad, a la que se debe reconocer autonomía procesal, en coherencia con la

³¹¹ Ídem. p. 47.

³¹² Cfr. RENEDO ARENAL, M^o. A., *Problemas del imputado...ob. cit.*, pp. 278-279, para quien la capacidad para ser parte “sólo podrá predicarse de las personas (...) que sean imputables (...) en el sentido de poder ser objeto de imputación judicial”.

³¹³ Ídem. p. 280.

³¹⁴ Ídem. p. 282.

³¹⁵ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 732.

autonomía que se predica de su responsabilidad penal. En este orden de ideas, la FGE afirma que, más allá de la responsabilidad cuasi automática prevista en el derogado art. 31.2 y en el art. 129 CP anterior a la reforma de 2010, en el modelo vigente del art. 31 bis CP, la persona jurídica pasa a ser auténtico sujeto pasivo del proceso, de modo que puede defenderse por sí misma y de forma independiente frente a los intereses de quienes aparezcan acusados de cometer el delito en su provecho³¹⁶.

En definitiva, con la regulación actual, las personas jurídicas pueden ser criminalmente responsables y, por ende, pasibles de auténticas penas. Esta modificación legislativa, trasladada al ámbito del proceso penal, tiene como consecuencia la inclusión de las mismas en el círculo de sujetos susceptibles de ser objeto de una imputación penal, adquiriendo, sucesivamente, la condición de investigados o encausados y, por ende, con capacidad para ser parte pasiva en un juicio criminal. En definitiva, la persona jurídica, en tanto que inculpada, es parte necesaria del proceso en el que se dirime su responsabilidad penal. Además, puede ser la única parte pasiva del proceso en tanto que la regulación sustantiva admite que se le exija responsabilidad penal a la entidad, aun cuando el procedimiento no se dirija contra el autor material de los hechos. Por otra parte, a pesar de que la entidad necesita de un representante para intervenir en determinadas actuaciones procesales, la única y verdadera parte procesal será la persona jurídica³¹⁷ y no su representante, con lo que sobre ella deberá recaer la responsabilidad de asumir las cargas y aprovechar las posibilidades inherentes a tal condición.

Ahora bien, es preciso aclarar que no todas las personas jurídicas pueden ser sujetos de una imputación penal. En este sentido, el CP establece ciertas exclusiones. En particular el art. 31 quinquies 1 CP deja fuera del sistema de responsabilidad penal al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público y a aquellas otros organismos que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas³¹⁸. Todas estas entidades carecerían, por lo tanto, de capacidad para ser parte pasiva en los procesos penales³¹⁹, sin perjuicio de que su errónea imputación las facultase para personarse en el proceso

³¹⁶ FGE, Circular 1/2011, p. 34.

³¹⁷ No cabe entender, por lo tanto, como sostiene GÓMEZ COLOMER, J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., pp. 207-208, que la persona jurídica es parte en forma espiritual o virtual por el hecho de que su actuación requiere de una persona física. Este tipo de afirmaciones pueden oscurecer el hecho de que la auténtica parte es la persona jurídica y no el representante que por ella actúa.

³¹⁸ Cabe señalar que, conforme a la anterior redacción del precepto, vigente hasta el 1 de julio de 2015, y cuya modificación se produjo por la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ya citada, las sociedades mercantiles públicas que ejecutasen políticas públicas o prestasen servicios de interés económico general también estaban excluidas. Sin embargo, la regulación actual les atribuye capacidad para ser parte pasiva en el proceso penal, aun cuando sólo se les podrán imponer las penas de multa e intervención judicial o, cualesquiera otras, si se aprecia que han sido creadas con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal (art. 31 quinquies 2 CP).

³¹⁹ Cfr. MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 14, que sostiene que el juez, tras constatar que la entidad tiene personalidad jurídica, tendrá que analizar si tiene capacidad para ser parte en el proceso o si, por el contrario, está exenta de responsabilidad penal ex art. 31 quinquies CP.

y alegar su falta de capacidad que, de ser apreciada por el Juez, debiera conducir indefectiblemente a declarar nulo el acto inicial de imputación³²⁰.

2.1.- El ámbito objetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su limitada capacidad para ser parte

Por otra parte, es preciso recordar que aquellas entidades que responden penalmente, no lo hacen por la generalidad de los delitos tipificados en el CP, sino tan sólo por algunos de ellos. Como consecuencia de tal delimitación objetiva del ámbito de responsabilidad penal de las personas jurídicas, no se puede afirmar que estas tengan capacidad para ser parte pasiva en el proceso sin realizar ciertas matizaciones. En esta línea, el listado *numerus clausus* de delitos imputables a las personas jurídicas, ha conducido a GIMENO SENDRA a afirmar que “*la capacidad para ser parte y de actuación procesal penal de las personas jurídico-privadas es relativa o limitada a la presunta comisión de los referidos delitos*”³²¹. El motivo es que, según se dispone en el CP, no toda vinculación de una persona jurídica con un hecho delictivo resulta penalmente relevante y, por lo tanto, las entidades colectivas sólo tendrían capacidad para ser parte en aquellos procesos que enjuicien un delito por el que, según el CP, puedan responder.

Esta lista de delitos, que ya ha sido referida en el apdo. 2 del epígrafe II relativo al ámbito objetivo del sistema de responsabilidad penal, responde, tal y como se comentó *ut supra* a una opción legislativa. Así pues, a lo largo de Parte Especial, el legislador ha ido introduciendo, en determinadas figuras delictivas un nuevo artículo, o un apartado, según el cual, las personas jurídicas deberán ser condenadas y se les deberá imponer una determinada pena cuando, de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis CP, puedan ser consideradas responsables por el delito en cuestión.

Por lo tanto, fuera de ese elenco de delitos seleccionados por el legislador, la persona jurídica no puede ser sujeto pasivo del proceso penal³²², con lo que carecería de capacidad para ser parte. Como consecuencia de esta capacidad limitada, un cambio en la calificación jurídica de los hechos, que podría tener lugar durante la fase de instrucción o, incluso, tras la práctica de las pruebas en el juicio oral, podría provocar una incapacidad sobrevenida para ser parte que conduciría al sobreseimiento del proceso en relación con la entidad o a su libre absolución. En este punto, cabe traer a colación las palabras de FAIRÉN GUILLÉN al señalar que “*La capacidad para ser condenado en un proceso penal se confunde con la capacidad para delinquir pero ello no evita que, por razones del mecanismo de seguridad que el proceso supone,*

³²⁰ Un supuesto similar planteaba SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, p. 678, especulando sobre qué debería ocurrir si el juez por ignorancia dictase un auto de procesamiento contra una persona jurídica, argumentando que dicho auto sería radicalmente nulo, en cuanto no sería susceptible de producir efectos jurídicos, si bien, precisando, al mismo tiempo que, no por ello se podría negar a la persona jurídica procesada la aptitud para comparecer en el proceso penal y realizar en los mismos actos tendentes a desvirtuar ese juicio de imputación.

³²¹ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal*, Aranzadi: Civitas, Navarra, 2012, p. 207.

³²² BARONA VILAR, S., “La persona jurídica como responsable penal...ob. cit., p. 85.

*dicha persona pueda y deba “ser imputada” aunque, con la prueba de su inimputabilidad –establecida, como se ha dicho, en el mismo proceso y no fuera de él- el proceso termine sin condena, por falta de este presupuesto”*³²³.

En definitiva, cabe entender que la persona jurídica sólo resulta imputable y, por lo tanto, sólo tiene capacidad para ser parte pasiva en el proceso penal, en relación con determinados delitos. Aunque tal afirmación podría chocar con el entendimiento de la capacidad para ser parte como aptitud *genérica y abstracta* para ocupar tal posición en cualesquiera procesos, hay que tomar en consideración que, a estos efectos, el proceso penal es, en cierto modo, peculiar, en tanto que la determinación de quién puede ser parte depende de una decisión relativamente discrecional del legislador. En este sentido, por ejemplo, los menores de 14 años no responden penalmente y, por lo tanto, carecen de capacidad para ser parte pasiva en un proceso penal. Sin embargo, una modificación legislativa rebajando la edad penal supondría reconocerles capacidad para ser parte. Y si esa reducción de la edad penal se produjese sólo para ciertos delitos podría plantearse, al igual que ocurre con las personas jurídicas, que los mismos ostentasen una capacidad para ser parte limitada a ciertas figuras delictiva.

2.2.- El ámbito subjetivo de la responsabilidad penal y la personalidad jurídica como criterio determinante

El nuevo sistema de responsabilidad penal tiene como sujetos destinatarios a las entidades que hayan adquirido personalidad jurídica conforme a Derecho en tanto que el 31 *bis* 1 CP se refiere expresamente a las personas jurídicas. Sólo a tales entidades, en tanto que cuenten con personería jurídica, cabe imputar responsabilidad penal en sentido estricto³²⁴ y, por ende, sólo éstas resultan pasibles de auténticas penas. De hecho, para las “*empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas*” carentes de personalidad se mantiene el sistema de consecuencias accesorias previsto en el art. 129 CP³²⁵.

El legislador ha optado, tanto en la LO 5/2010, de 22 de junio, como en la posterior modificación producida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, ambas citadas, por mantener este doble régimen de imputación, a través de la vigencia de las consecuencias accesorias, como las sanciones apropiadas para los entes sin

³²³ *Teoría general del Derecho...ob. cit.*, p. 286. Si bien, el citado autor está pensando en el caso del loco contra el cual se procede hasta que se prueba su inimputabilidad, no es menos cierto que, las personas jurídicas, en relación con los delitos no incluidos en esa lista tasada continúan siendo inimputables, como lo eran antes de que se regulase la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento.

³²⁴ En este sentido, dispone el 31 *bis* 1 CP que “(…) *las personas jurídicas serán penalmente responsables (...)*”, sin que quepa interpretar extensivamente las normas penales para ampliar la responsabilidad a otros entes sin personalidad.

³²⁵ En Italia, sin embargo, el propio título del D. Lgs. 231 que regula esta cuestión se refiere a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, las sociedades y las asociaciones privadas de personalidad jurídica.

personalidad, a pesar de las dificultades, constatadas en el seno de la doctrina penal, para determinar su naturaleza jurídica y sus criterios de imposición³²⁶. Estos y otros obstáculos, tales como la excesiva gravedad de las referidas consecuencias accesorias, la inexistencia de un procedimiento regulado para su imposición o la falta de cultura de los jueces españoles, en lo que a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere, se han visto reflejados en su práctica inaplicación por parte de los tribunales de justicia³²⁷.

En todo caso, la referencia expresa del art. 31 bis CP a las personas jurídicas y la imposibilidad de aplicar extensiva o analógicamente las normas penales, junto con el específico régimen previsto en el art. 129 para los entes sin personalidad, no deja lugar a dudas sobre el hecho de que la nueva regulación se limita a entes *con personalidad jurídica*, excluyéndose las entidades a las que la ley no haya concedido esa cualidad, aun cuando pudieran tener apariencia de tal³²⁸. A ello conduce inexorablemente una interpretación literal e histórica, en tanto que esa ha sido la inequívoca voluntad del legislador, claramente plasmada en la letra de la regulación legal.

Ahora bien, el mantenimiento de estas peculiares sanciones para los entes sin personalidad jurídica, además de implicar ciertas incongruencias sistemáticas, obliga a una reflexión sobre la participación que, en su caso, deban tener tales entidades en el proceso penal en el que se decide sobre la imposición de tales sanciones. En este sentido, es preciso advertir que, en la definición de parte procesal, normalmente, se hace referencia a aquellos sujetos que resultan afectados por la resolución final del proceso³²⁹. Además, GÓMEZ ORBANEJA afirma de forma tajante que *“en ninguna circunstancia es admisible juzgar en la sentencia a quien no haya sido personalmente designado como sujeto pasivo de la acción”*, a lo que añade que, *“a todo inculpado corresponde, por el hecho de serlo (...) en un sentido formal, la posición jurídica de parte”*³³⁰.

³²⁶ Un planteamiento de las principales cuestiones problemáticas y resumen de las posturas doctrinales al respecto se puede ver ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., pp. 262-271; Así mismo, en ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas...* ob. cit., pp. 101-118, obra en la que, además, se analizan las cuestiones procesales relativas a la imposición de las consecuencias accesorias (pp. 215-324); Así mismo, el debate doctrinal también ha surgido en aquellos países iberoamericanos en los que se ha implantado el sistema de las consecuencias accesorias, como por ejemplo, en Perú; En este sentido, ver, LÓPEZ WONG, R. S., “Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: ¿sanción penal o medida administrativa?”, disponible en www.alfonsozambano.com/doctrina_penal/respo_pjuridicas.doc, última consulta 09/02/2015.

³²⁷ Un análisis exhaustivo sobre la escasa aplicación de las consecuencias accesorias por los tribunales se puede ver en SILVA SÁNCHEZ, J. M., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias...” ob. cit., pp. 1-15; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., p. 272.

³²⁸ Cfr. BARONA VILAR, S., “La persona jurídica como responsable penal...” ob. cit., pp. 79-80.

³²⁹ En este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1987, pp. 289-314, p. 295, define a las partes como *“los sujetos esenciales del proceso, designados activa o pasivamente en su acto inicial, o comparecidos en nombre o interés propio en su curso, que resultan afectados por la resolución final del proceso”*.

³³⁰ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley...* ob. cit., (1951), p. 279.

Dicho esto, y tomando en consideración que los entes sin personalidad, a los que se pretenda imponer una consecuencia accesoria, van a verse irremediamente afectados por la resolución final del proceso, habrá que determinar si han de ser llamados al proceso como sujetos pasivos, o partes formales, y, sobre todo, cuál ha de ser su estatuto jurídico procesal y sus posibilidades de intervenir en las actuaciones procesales, ya sea en calidad de partes, ya sea en calidad de terceros afectados por la resolución judicial definitiva³³¹.

2.2.1.- La definición de persona jurídica a efectos penales

Más allá de la discutible idoneidad del criterio de la personalidad jurídica como forma de determinar qué sujetos deben responder penalmente y, por lo tanto, cuáles pueden ocupar la posición de parte pasiva del proceso penal, con todo lo que ello conlleva en términos de derechos y garantías, atendiendo a la regulación penal positiva, se hace necesario definir lo que ha de entenderse por persona jurídica a estos efectos.

El CP no aporta una definición de persona jurídica a efectos penales, por lo que obliga al intérprete a recurrir al concepto extrapenal, sin que quepan interpretaciones extensivas ni analógicas para aplicar el régimen de responsabilidad penal a realidades sociales o económicas similares, pero carentes de personalidad jurídica de acuerdo con la legislación civil o mercantil aplicable³³². Cabe entender que el art. 31 bis CP constituye una norma penal en blanco, que se refiere a la persona jurídica sin delimitar qué ha de entenderse por tal³³³. Así pues, es necesario acudir al concepto de persona jurídica, consolidado y definido en otras ramas del ordenamiento, para delimitar el ámbito subjetivo de esta reforma penal, que ha supuesto el derrumbamiento definitivo del principio *societas delinquere non potest*. En esta línea, para obtener el concepto de persona jurídica, de perfiles sin duda más amplios que los señalados en el art. 297 CP, que define lo que ha de entenderse por sociedad en relación con los delitos societarios³³⁴, se hace precisa una remisión a la legislación civil y mercantil (art. 35 CC, art. 116 CCo y arts. 20 y 33 TRLSC)³³⁵.

Según lo establecido en el CC, son personas jurídicas las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley desde que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. E, igualmente, ostentan tal condición las asociaciones de interés particular, civiles, mercantiles o industriales, a

³³¹ Esta cuestión será objeto de estudio en el apdo. 2.5 del presente epígrafe.

³³² Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 14.

³³³ Cfr. BARONA VILAR, S., “La persona jurídica como responsable penal...ob. cit., p. 78, quien sugiere acudir a la teoría jurídica general del derecho de la personalidad para completar la norma penal.

³³⁴ Señala este precepto que “a los efectos de este capítulo se entiende por sociedad toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado”.

³³⁵ FGE, Circular 1/2011, p. 14

las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados (art. 35 CC). En definitiva, será el ordenamiento jurídico el encargado de regular su constitución y de reconocerles personalidad jurídica, sin que, por lo tanto, una entidad pueda ostentar tal condición al margen de la ley y teniendo, como regla general, la inscripción en el Registro correspondiente, eficacia constitutiva³³⁶.

Por otra parte, hay que tomar en consideración que, en el caso de que el proceso se dirija contra una entidad extranjera que deba ser enjuiciada en España, a efectos de comprobar si la misma ostenta personalidad jurídica, habrá que estar a su ley nacional, que regirá en lo relativo a su constitución y a su capacidad (art. 9.11 CC)³³⁷. Es preciso señalar, en este punto, que la consulta del Derecho extranjero puede reportar soluciones de complejo encaje. Por poner un ejemplo, en el Derecho alemán existen fórmulas societarias, como la *Offene HandelsGesellschaft*, equivalente a nuestra sociedad colectiva en cuanto a su régimen de responsabilidad y el de sus socios, pero que, formalmente, no ostenta personalidad jurídica³³⁸.

Por último, cabe señalar que, al erigirse la ostentación de personalidad jurídica en un requisito determinante de la posibilidad de ser responsable penal y, por ende, de ocupar la posición de parte pasiva en un proceso, puede ser necesario realizar ciertas comprobaciones para constatar si una determinada entidad ostenta personalidad jurídica, antes de realizar ninguna actuación procesal frente a la misma. En definitiva, al ser distinto el régimen previsto para los entes con y sin personalidad jurídica, y depender de tal circunstancia el que una entidad responda penalmente y ostente capacidad para ser parte en un proceso penal, una de las primeras diligencias que deberán practicarse en el marco del proceso, cuando existan dudas sobre tal extremo, irá orientada a verificar si la entidad a la que se pretende juzgar tiene personalidad jurídica. A tal fin, resultarían particularmente útiles los mandamientos dirigidos al Registro correspondiente, en el que la entidad en cuestión debiera hallarse inscrita.

2.2.2.- La exclusión de la Administración y de otras personas jurídicas de naturaleza pública

Ahora bien, como ya se apuntó *ut supra*, no todas las personas jurídicas son pasibles de penas, sino que algunas de ellas se encuentran expresamente excluidas del citado régimen de responsabilidad por disposición legal. En particular, el régimen de responsabilidad penal dejaría fuera de su ámbito de aplicación al Estado, a las

³³⁶ En este sentido, en relación con las sociedades de capital, la ley señala que “*Con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido*” (art. 33 TRLSC).

³³⁷ Así se desprende de la literalidad del citado precepto al disponer que “*la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción*”; Véase también PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...ob. cit., p. 386; FGE, Circular 1/2011, p. 16.

³³⁸ Cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., p. 396.

Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas (art. 31 quinquies 1 CP).

En primer lugar, cabe señalar que, una vez que se opta por exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas, las exclusiones de algunas de ellas deben de estar debidamente justificadas e interpretarse restrictivamente, para evitar, por un lado, situaciones discriminatorias, y por otro, la creación de ámbitos de impunidad que pueden ser usados para canalizar la actividad delictiva³³⁹. Esta puede ser la causa del cambio de criterio del legislador que, inicialmente, excluía a los partidos políticos, a los sindicatos y a las sociedades mercantiles estatales del régimen de responsabilidad penal, pero que, actualmente, los contempla como entidades potenciales responsables, si bien limitando, en el caso de las sociedades mercantiles estatales, su penalidad a la multa y la intervención judicial (art. 31 quinquies 2 CP).

Esta suerte de exclusión generalizada de las Administraciones públicas y de algunos otros entes con personalidad jurídica, dispuesta en la ley penal, resulta criticable por su inconsistencia y su falta de claridad, en tanto que no ofrece un criterio tajante de exclusión, introduciendo anfibologías y repeticiones. La defectuosa técnica legislativa que se refleja en tal disposición dificulta la determinación de los potenciales responsables penales y, por ende, de aquellos sujetos con capacidad para ser parte pasiva en un proceso penal. En este sentido, se ha llegado a decir que **no** tiene sentido ir delimitando el contenido de cada uno de los conceptos en tanto que existen duplicidades, ambigüedades y ausencias, siendo el criterio general la exclusión de *“cualquier entidad, organismo, agencia o institución pública, con independencia de su modelo organizativo, estructura y funcionamiento o su sometimiento al Derecho privado, siempre que sus funciones se vinculen con un interés público que sea necesario preservar, que, en definitiva, debe ser el criterio teleológico de interpretación”*³⁴⁰. A pesar de ello, en este apdo. se intentará precisar, en la medida de lo posible, qué concretas personas jurídicas responden penalmente y cuáles no, procurando dotar de contenido específico a cada una de las exclusiones contenidas en el citado art. 31 bis quinquies 1 CP.

La primera exclusión que se señala es la del Estado³⁴¹. Esta excepción, siendo el Estado el titular del *ius puniendi*, esto es, quien monopoliza dentro de un territorio la

³³⁹ En este sentido, el AAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) núm. 260/2014, de 17 de diciembre de 2014 indicaba lo siguiente: *“No hay que olvidar que el artículo 31 bis 5 CP (actualmente el art. 31 quinquies CP), es una exclusión a la panorámica general de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, con lo que, hay que interpretarlo de forma restrictiva”*.

³⁴⁰ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en M. Bajo Fernández; B. J., Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 49-64, p. 61.

³⁴¹ Esta exclusión se recoge en algunas Directivas y Decisiones Marco de la UE en la que se define a las personas jurídicas como aquellas que gocen de tal régimen según el Derecho nacional con excepción expresa de los Estados. Entre las que recogen tal disposición, cabe referir, a modo de ejemplo, la D.M. 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras

violencia física legítima como medio de dominación³⁴², resulta, cuando menos, razonable³⁴³ e, incluso, cabe entender que obligada para el legislador. Sería un contrasentido que el Estado pudiese ejercer el poder de penar, del que es monopólicamente titular, contra sí mismo, sometiéndose a un proceso conducido por órganos estatales. Por otra parte, la personalidad del Estado en su conjunto es sólo admisible en el seno de la comunidad de los Estados³⁴⁴, mientras que la exigencia de responsabilidad a un Estado soberano, es una cuestión propia del Derecho Internacional Público en tanto que, por respeto a la soberanía nacional de los Estados, ninguna Nación soberana puede juzgar penalmente a otra. De hecho, frente a la CIDH y el TEDH, que pueden exigir responsabilidad internacional, que no penal, a los Estados que han aceptado su jurisdicción, la TPI, que enjuicia responsabilidades de naturaleza criminal, sólo juzga a individuos. En este sentido, en el art. 25 Estatuto de Roma se señala el principio de la responsabilidad penal individual, disponiendo que la Corte tendrá competencia respecto de las personas naturales (art. 25.1), lo cual no afectará a la responsabilidad del Estado conforme al Derecho internacional (art. 25.4).

Junto a esta primera exclusión, aparecen otras referidas a ciertas agrupaciones, organizaciones o asociaciones que, o bien por el carácter de las funciones que desarrollan, o bien por integrarse en la Administración Pública, el legislador ha optado por mantener fuera de la “rueda penal”.

En primer lugar, se exceptúan las Administraciones públicas, territoriales e institucionales. En definitiva, con esta fórmula se pretende excluir a la Administración pública, que para el Derecho administrativo es una persona jurídica³⁴⁵ y, por lo tanto, requiere de una exclusión expresa para no verse comprendida en el régimen general de responsabilidad penal. Desde otro punto de vista, la Administración Pública comprende un conjunto de entidades administrativas, esto es, de organizaciones de naturaleza pública que desempeñan

a la introducción del euro; la D.M. 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo; D.M. 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; la D.M. 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; la D.M. 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada. Así mismo, también se excluye expresamente al Estado en la mayor parte de los ordenamientos penales que regulan la responsabilidad de las personas jurídicas. Se puede ver, en este sentido, el art. 121.2 C.P. francés que establece que las personas jurídicas, con exclusión del Estado, son penalmente responsables. En la misma línea, el art. 1.3 D. Lgs. 231 italiano, señala que sus disposiciones no se aplican al Estado, a los entes públicos territoriales, a los otros entes públicos no económicos ni a aquellos que desarrollan funciones de relevancia constitucional.

³⁴² WEBER, M., *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1992, p. 92.

³⁴³ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal...*ob. cit., p. 41, señala que carece de sentido que el Estado se sancione a sí mismo.

³⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de derecho administrativo*. (I), 16º ed., Civitas, Navarra, 2013, p. 52.

³⁴⁵ En ese sentido, se puede ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de derecho administrativo*. (I)...ob. cit., p. 52, donde se afirma que “*La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y sine qua non del Derecho Administrativo*”; Así mismo, la LOFAGE señala que “*La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única*” (art. 2.2 LOFAGE)

funciones administrativas y de gestión del Estado, y que también están dotadas de personalidad jurídica³⁴⁶, las cuales, en principio, también quedarán excluidas del régimen de responsabilidad penal. Ahora bien, cuando el CP excluye a las Administraciones territoriales se está refiriendo a la Administración del Estado, a las Administraciones de las CC.AA. y a las Administraciones locales (art. 137 CE), mientras que, la Administración institucional, se refiere a aquellos entes administrativos, no territoriales, que pueden ser del Estado (RENFE-Operadora, INSS, etc.), de las CC.AA. o de cada uno de los entes locales (Empresa Municipal de Transportes, Patronatos de Viviendas etc.), caracterizados por limitar sus poderes a determinados habitantes, dentro del ámbito territorial al que se extiende su competencia, por la especialidad de sus fines o por limitarse su actividad a gestionar un servicio concreto que les ha sido atribuido por un ente territorial al que, normalmente, se encuentran afectos³⁴⁷.

La LOFAGE ha abandonado la tradicional denominación de Administración institucional, sustituyéndola por la de “*Organismos Públicos*”³⁴⁸, que agrupa a todas las Entidades de Derecho público, dependientes o vinculadas a la Administración General del Estado. Partiendo del concepto general, se distinguen después dos modelos básicos: Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales³⁴⁹. Además, estarían las Agencias Estatales que, aunque constituyen un tipo de organismo público, se registrarán por su normativa específica³⁵⁰ y, sólo supletoriamente, por la LOFAGE (art. 43.1.c) LOFAGE). Por último, deberían entenderse aquí incluidas, las que se han dado en llamar Administraciones independientes³⁵¹, que aparecen enumeradas en la D.A. 10ª LOFAGE bajo la rúbrica “régimen jurídico de determinados organismos públicos” y que serían, “*la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, las Universidades no transferidas, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, el Museo Nacional del Prado y el Museo Nacional Centro de Arte Reina Sofía*”.

³⁴⁶ Para un estudio exhaustivo sobre las distintas entidades administrativas dotadas de personalidad jurídica propia ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de derecho administrativo*. (I)...ob. cit., pp. 403-474.

³⁴⁷ Esta distinción entre las distintas Administraciones Públicas y entre los entes territoriales y no territoriales se puede ver en GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de derecho administrativo*. (I)...ob. cit., pp. 413-421.

³⁴⁸ Estos organismos son definidos, en términos generales, en la LOFAGE como los creados bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado, para la realización de cualquiera de las actividades de ejecución o gestión, tanto administrativa, de fomento o prestación, como de contenido económico, cuyas características justifiquen su organización y desarrollo en régimen de descentralización funcional (arts. 2.3 y 41 LOFAGE) que gozan de personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión (art. 42.1 LOFAGE). Se diferencian tres clases de tales organismos: los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las agencias estatales.

³⁴⁹ En estos términos se expresa la Exp. Mot. de la LOFAGE (apdo. XI), clasificación que luego se reflejará a los largo del articulado y, en particular, en el art. 43 de la citada Ley.

³⁵⁰ Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.

³⁵¹ Sobre las llamadas autoridades administrativas independientes se puede ver GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de derecho administrativo*. (I)...ob. cit., pp. 443 y 469-473.

Así pues, en primer lugar, resulta criticable que el CP emplee una terminología desfasada que las leyes administrativas ya no emplean, como es la de Administración Institucional, lo cual puede confundir al intérprete. Por otra parte, el hecho de que se excluyan las Administraciones Públicas Institucionales y, a continuación, se haga referencia expresa a las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, que a la postre integran la Administración institucional, resulta redundante. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que la Administración institucional, en sí misma considerada, tiene personalidad jurídica y, a su vez, se encuentra integrada por entes dotados de personalidad jurídica propia e independiente, sin perjuicio de la dependencia de estos últimos respecto de la Administración institucional como matriz o creadora. Este desdoblamiento podría justificar la exclusión expresa de Agencias y Entidades Públicas Empresariales, pero siempre y cuando se realizase una enumeración exhaustiva de los organismos públicos que integran la Administración institucional. En este sentido, se echaría en falta una referencia expresa a los organismos autónomos que también se integran en la denominada Administración institucional. En todo caso, considero que lo más correcto habría sido excluir a los *organismos públicos* que tienen personalidad jurídica (art. 42.1 LOFAGE) y que se clasifican en Organismos autónomos, entidades públicas empresariales y Agencias Estatales (art. 43.1 LOFAGE).

En cuanto a las Administraciones independientes, dado que su existencia responde, precisamente, al fin de asegurar unos espacios libres del control gubernamental que permitan una cierta autonomía funcional de tales entidades³⁵², parece correcto que los mismos queden excluidos del régimen de responsabilidad penal. Ahora bien, algunos de tales organismos públicos son, a su vez, organismos reguladores, por lo que, de nuevo, su posterior exclusión expresa podría resultar redundante. Sin embargo, no todos los organismos reguladores están en tal listado por lo que, al excluirse estos expresamente, se debe entender que tampoco responden penalmente, entre otros, el Banco de España, la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones o la Comisión Nacional del Sector Postal. Se trata de entes sujetos al Derecho público, que ejercen potestades administrativas, por lo que, aun cuando no se excluyeran expresamente, no responderían penalmente en atención al ejercicio de tales potestades públicas, criterio de exclusión previsto autónomamente en el art. 31 bis quinquies I CP.

Por su parte, las Entidades Públicas Empresariales aparecen definidas en el art. 53 LOFAGE y tienen encomendada la realización de *actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación*. Como ejemplo de este organismo se podría señalar el INSS. Por su parte, las Agencias estatales, cuyo régimen jurídico se encuentra en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, son un tipo de organismo público creado por el Gobierno *para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado*. Un ejemplo de este tipo de organismo sería la

³⁵² Ídem. p. 470.

Agencia Estatal de la Administración Tributaria³⁵³. Ambos organismos responden a necesidades de descentralización funcional, por eso se puede afirmar que estarían integradas en la tradicionalmente denominada Administración institucional, que abarcaría, asimismo, un tercer tipo de organismos públicos denominados organismos autónomos que, a pesar de no ser mencionados en el art. 31 quinquies 1 CP, también deberían entenderse excluidos por razones sistemáticas. Como ejemplo de organismo autónomo se podría señalar el Instituto Nacional de Estadística o la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación que, recientemente, ha dejado de ser una fundación para convertirse en un organismo autónomo³⁵⁴.

En cuanto a la Administración territorial, esto es, aquella cuya descentralización se articula en razón del territorio, se encontrarían aquí incluidas la Administración General del Estado, las Administraciones autonómicas y las Administraciones locales, cada una de las cuales cuenta con personalidad jurídica propia³⁵⁵. A su vez, dentro de cada uno de tales entes, hay órganos que, en función de que su competencia se extienda a la totalidad del territorio de la administración a la que pertenezca o se limite a una fracción de éste, constituirán, respectivamente, la Administración central y la Administración periférica. Todos ellos deben entenderse excluidos, por lo tanto, en cuanto que integrados en la Administración territorial. Así mismo, las agencias y organismos autónomos de las administraciones locales y autonómicas deberían entenderse igualmente excluidos.

Del mismo modo, aparecen expresamente exentas de responsabilidad penal las *organizaciones internacionales de derecho público*, atendándose, de esta forma, al mandato contenido en las distintas Decisiones Marco y Directivas que excluyen, de entre las personas jurídicas susceptibles de ser sancionadas por ciertos delitos, entre otras, a las organizaciones internacionales públicas³⁵⁶. Se trata de las organizaciones intergubernamentales, cuyos miembros son Estados soberanos, tales como las NN.UU, el Consejo de Europa o la Organización Mundial del Comercio. Precisamente, el hecho de que se encuentren integradas por Estados soberanos aconseja su exclusión de los regímenes penales nacionales en aras de respetar la soberanía de los distintos pueblos y naciones.

³⁵³ Asimismo, se incluirían en esta categoría, entre otras, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, la Agencia Estatal Antidopaje, la Agencia Estatal de Meteorología y la Agencia Estatal de Seguridad Aérea.

³⁵⁴ Así lo establece el art. 8.1 de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (B.O.E núm. 226, de 17 de septiembre de 2014), según el cual “*Se crea la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA), como organismo autónomo de los previstos en el artículo 43.1.a) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, al que corresponden las funciones previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades*”.

³⁵⁵ En atención a la inclusión de la Administración territorial, no se puede compartir la crítica vertida por FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “La persona jurídica como sujeto...ob. cit., p. 62, según la cual el CP sólo hace referencia a la Administración General del Estado, lo que obligaría a buscar las equivalencias en las administraciones autonómicas y locales.

³⁵⁶ En este sentido, pueden verse D.M. 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo excluye de la definición de persona jurídica a los Estados u otros organismos públicos en el ejercicio de su potestad pública y de las organizaciones internacionales públicas.

Igualmente, resultan expresamente excluidas las “*organizaciones (...) que ejerzan potestades públicas de soberanía -o potestades- administrativas*”. En esta categoría se podrían comprender realidades tan diversas como las Universidades o los Colegios profesionales. Con esta desafortunada expresión el legislador introduce una cierta dosis de deliberada incertidumbre en la determinación del ámbito subjetivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En primer lugar, porque al utilizar el término genérico e inconcreto de “organizaciones” no delimita adecuadamente a qué entes pretende excluir, abriendo las puertas a interpretaciones extensivas que llevarían a excluir a cualquier entidad u organismo, público o privado, que ejerciese, aun eventualmente o de forma secundaria o delegada, alguna potestad pública soberana o administrativa.

En este sentido, sería más oportuno, para evitar interpretaciones excesivamente amplias, que redundasen en la creación de injustificados ámbitos de impunidad, acoger los términos usados por los instrumentos normativos comunitarios que excluyen a los organismos públicos *en el ejercicio* de su potestad pública. De tal suerte que, no sería suficiente con que se tratase de un organismo público, ni que una determinada entidad ejecutase eventualmente una actividad de naturaleza administrativa, sino que debería exigirse que ambos elementos concudiesen simultáneamente, quedando excluidos de responsabilidad los organismos públicos, sólo en tanto en cuanto se encontrasen desarrollando potestades soberanas o administrativas.

Para las entidades excluidas de responsabilidad, por tanto carentes de capacidad para ser parte pasiva en un proceso penal, es preciso señalar que su errónea imputación constituiría un acto nulo³⁵⁷, en tanto que se habría dictado contra persona incapaz de responder penalmente, lo cual condicionaría la validez misma del proceso, dado que es requisito de validez del juicio que las partes sean capaces³⁵⁸. La nulidad de tal acto podría encontrar acomodo en los arts. 240.1 LOPJ y 227.1 LECiv que se refieren a “*los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin*”³⁵⁹. En todo caso, a pesar de que la falta de capacidad para ser parte no se encuentre expresamente prevista como causa

³⁵⁷ Un supuesto similar planteaba SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal...* ob. cit., p. 678, mucho antes de que las personas jurídicas pudiesen responder penalmente, especulando sobre qué debería ocurrir si el juez, por ignorancia, dictase un auto de procesamiento contra una persona jurídica. Concluía el autor que dicho auto sería radicalmente nulo, en cuanto no sería susceptible de producir efectos jurídicos. Considero que tal análisis puede hacerse, actualmente, extensible al supuesto en que una persona jurídico-pública resulte encausada, con la diferencia de que el error aquí es más probable, por tratarse de entidades más homogéneas entre sí, que las personas físicas y las personas jurídicas.

³⁵⁸ El general entendimiento de la capacidad de las partes, como presupuesto de validez del proceso, puede resultar discutible, en tanto que tales presupuestos sólo pueden determinarse desde el análisis de una concreta regulación legal y en vista de que la nulidad tiene un origen normativo inequívoco. Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineffectividad de la LOPJ*, Forum, Oviedo, 1995, p. 93.

³⁵⁹ Sobre esta causa de nulidad se puede ver LOURIDO RICO, A. Mª., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC. Texto adaptado a la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ*, Comares, 2ª ed., Granada, 2004, pp. 152-157.

de nulidad en el ordenamiento jurídico español (arts. 238 LOPJ y 225 LECiv), la consideración de la nulidad como técnica de protección del ordenamiento jurídico³⁶⁰, junto con el general entendimiento de la capacidad de las partes como presupuesto del proceso, conducen a considerar que un acto de imputación dictado frente a quien no tiene capacidad para ser parte en el juicio penal, está destinado a no producir efectos jurídicos y, por ende, a ser considerado nulo.

Por último, es preciso referirse a aquellas *sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*, las cuales, hasta el 1 de julio de 2015, resultaban también expresamente excluidas de responsabilidad penal. Estas entidades son de naturaleza jurídico-privada quedando, en general, sus actividades sujetas al ordenamiento jurídico-privado salvo en las materias en que les resulte de aplicación la normativa pública presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación (DA 12ª LOFAGE). Se caracterizan por estar, total o mayoritariamente, participadas por la Administración General del Estado, o por sus organismos autónomos, de forma directa o indirecta. Asimismo, se asimilan a las sociedades mercantiles estatales, aquellas sociedades que, sin estar participadas por el sector público estatal en un porcentaje superior al 50% de su capital social, se encuentran controladas por la Administración General del Estado o por sus organismos públicos, según la noción de control empleada en la definición de grupo del CCo³⁶¹.

La exclusión de las sociedades mercantiles estatales reclamaba una interpretación especialmente restrictiva, que atendiese a sus justos términos legales y a la finalidad de la disposición, para no convertirse en una inaceptable fuente de impunidad. Seguramente, para evitar esta última consecuencia, finalmente, el legislador decidió incluir a tales entidades entre las penalmente responsables (art. 31 quinquies 2 CP). En este sentido, es preciso tomar en consideración que, cada vez en mayor medida, se acude a entidades privadas para satisfacer la prestación de servicios públicos, por eso, parte de la doctrina, acertadamente, venía considerando que la irresponsabilidad penal de las sociedades mercantiles estatales debía limitarse a aquellos supuestos en los que estuviesen, efectivamente, ejerciendo funciones justificativas de su inmunidad frente a la justicia penal, es decir, cuando estuviesen ejecutando, de forma real y efectiva, *políticas públicas o prestando servicios de interés económico*

³⁶⁰ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal...* ob. cit., pp. 114-129.

³⁶¹ Según el art. 42 CCo “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.

general, y no cuando estuviesen actuando en el ejercicio de actividades privadas³⁶² o desviándose de sus fines y de su lícito objeto social para obtener un enriquecimiento ilícito³⁶³. En una línea similar, FGE afirma que, el mero hecho de que parte de su capital se encuentre directa o indirectamente en manos de entes u organismos públicos, no es motivo suficiente para excluir a tales entidades del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁶⁴.

Del mismo modo, cuando la regulación actual reserva un tratamiento penológico más favorable, limitado a las penas de multa y de intervención judicial, a aquellas “*Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general*”, no cabe entender incluidas en el precepto a aquellas entidades que, a pesar de su naturaleza formalmente pública, actúan en el mercado como agentes económicos privados o que emplean su apariencia de entidades públicas para perseguir intereses privados o para enriquecerse ilícitamente³⁶⁵. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la entidad financiera BANKIA, en la que el Estado, a través del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria, se convirtió en el accionista mayoritario de BFA, matriz del grupo Bankia. El hecho de que el Estado ostente una participación del 45% del capital de la entidad, no parece motivo suficiente para que la misma no pueda ser pasible de una pena de suspensión de actividades, de cierre de locales o de inhabilitación para obtener subvenciones, en tanto que, tal entidad no ejecuta políticas públicas ni presta servicios de interés económico general. Ahora bien, ello no obsta a que, en la determinación de la pena que le corresponda, deba tenerse en cuenta el interés general y, por supuesto, preservar el capital público, que no debería responder de los delitos cometidos en la gestión privada de las empresas públicas.

³⁶² Del mismo modo, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “La persona jurídica como sujeto de...ob. cit., p. 59, entiende que lo decisivo es el elemento teleológico de la ejecución de políticas públicas o la prestación de servicios de interés económico general.

³⁶³ En este sentido, resulta especialmente relevante el AAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) núm. 260/2014, de 17 de diciembre de 2014, confirmando el AJCI núm. 5, de 25 de junio de 2014 en el que se imputaba a una sociedad mercantil estatal por delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales, por delitos contra la Hacienda Pública y por blanqueo de capitales, por apropiarse los directivos de la entidad, a través de un concierto con funcionarios angoleños, de elevadas sumas de dinero, con la excusa de la celebración de un contrato de material policial con el país africano, a través de un complejo entramado societario. Así pues, en la primera resolución citada, la AN señala que, al actuar de este modo, la sociedad mercantil estatal DEFEX S.A., se habría distanciado de las políticas públicas o de la prestación de servicios de interés económico general que la identificaban y que justificaban su inimputabilidad penal, utilizando, en definitiva, su lícito objeto social y finalidad pública con la única y exclusiva finalidad de obtener un enriquecimiento ilícito por parte de sus directivos (F. J. 2ª).

³⁶⁴ En este sentido, sostiene la FGE, Circular 1/2011, p. 8, que “*En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto*”.

³⁶⁵ En este sentido, cabe advertir que el concepto de interés económico general adolece de una gran indeterminación, por lo que exige ser cauteloso al interpretar estas excepciones de forma restrictiva, evitando que tal indeterminación se utilice como vía de escape que fomente la impunidad de tales entidades o que les asegure un tratamiento penológico más favorable de forma injustificada. Por su parte, el D. Lgs. 231 italiano sólo excluye, del régimen de responsabilidad por la comisión de delitos, a los entes públicos *no económicos* (art. 1.3 D. Lgs. 231), por lo que todas empresas que actúan en el tráfico económico, independientemente de la actividad que realicen, quedan sometidas a la jurisdicción penal.

La referida limitación penológica en favor de las sociedades mercantiles estatales tampoco será aplicable “cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal” (art. 31 quinquies 2 *in fine* CP) ³⁶⁶. Así pues, la apreciación de tal circunstancia sirve para equiparar, a efectos penológicos, a las sociedades mercantiles estatales y al resto de las personas jurídicas potencialmente responsables sin que, en tal caso, el castigo de aquéllas deba limitarse a la multa y/o a la intervención judicial. En tal caso, parece claro que la constitución de la sociedad no se justificaría ni por la ejecución de políticas públicas,

³⁶⁶ En su redacción original, esta “excepción de la excepción” (según la cual los entes excluidos de responsabilidad penal por el art. 31 bis 5 CP, actualmente derogado, podrían ser declarados penalmente responsables cuando fuesen consideradas formas jurídicas creadas por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal) resultaba aplicable a los partidos políticos y sindicatos, así como en las sociedades mercantiles estatales, en tanto que entidades generalmente excluidas del régimen de responsabilidad penal, respecto de las cuales cabría plantearse su creación fraudulenta con el fin de delinquir impunemente. Así pues, aunque formalmente tal disposición resultaba aplicable a cualquier persona jurídica excluida de responsabilidad penal, como por ejemplo al Estado o las Administraciones Públicas, carecía de sentido pensar en la creación fraudulenta de entidades típicamente públicas u orgánicamente integradas en la Administración. Es por eso que tras la recentísima inclusión de las sociedades mercantiles estatales a través de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, así como de los partidos políticos y sindicatos, sometidos al régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el 17 de enero de 2013, como consecuencia de la entrada en vigor de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, la circunstancia de haberse creado una forma jurídica con el fin de eludir responsabilidades penales tiene un ámbito de aplicación distinto del que tenía inicialmente, limitado a las sociedades mercantiles estatales y con consecuencias distintas, ya que su apreciación sólo supone la inclusión de tales sociedades mercantiles estatales en el régimen ordinario de sanciones. Por el contrario, con la anterior regulación, más allá de lo indeterminado de la fórmula que se refiere a la creación fraudulenta de una entidad con el fin de eludir responsabilidades penales, se evidenciaba un grave problema en tanto que se hacía depender un presupuesto del proceso (esto es, la posibilidad de ser responsable penal, y por ende, la ostentación de capacidad para ser parte pasiva en el proceso) de un elemento fáctico incierto, precisado, por lo tanto, de prueba, y que podría resultar desmentido como resultado del juicio. En todo caso, con aquella regulación, la imputación de alguna de las entidades excluidas de responsabilidad exigiría afirmar, incluso aportando un principio de prueba que apoyase tal indiciaria aseveración, que la entidad había sido creada con la fraudulenta intención de eludir una responsabilidad penal. Esto podría resultar suficiente para afirmar la capacidad para ser parte de tal persona jurídica, así como para legitimarla pasivamente en ese concreto proceso. Sin embargo, si tal extremo fuese desacreditado durante la instrucción o si, abierto el juicio oral y tras la práctica de la prueba, no quedase suficientemente acreditado, aun cuando existiese prueba de cargo suficiente sobre la comisión de un delito en su seno, la entidad tendría que ser absuelta por inimputable o por falta de capacidad para ser parte pasiva del proceso penal. Así pues, tal y como señala FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del Derecho...* ob. cit., p. 285, aunque pensando en “*el caso del loco contra el cual se procede hasta que se prueba su ininputabilidad*”, “*hay que tener en cuenta la dinamicidad del proceso en general, y en especial del proceso penal, que puede iniciarse con partes formales pero quedar truncado por falta de capacidad para ser parte de una de ellas*”. Y es que, en este sentido, tal y como subraya ENCISO CALVO, A., “*Acción y personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la ley de enjuiciamiento civil*”, *Revista de Derecho Privado*, abril de 1936, pp. 126-133, p. 129, justo es reconocer que el examen de los presupuestos procesales de las partes tiene lugar, generalmente, en el proceso y no de forma previa al mismo, lo cual ha llevado a algún autor a negar el carácter de presupuestos procesales, tanto de la capacidad para ser parte como de la capacidad procesal. Ver, en este sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, M., “*Precisiones en torno a los conceptos de parte...* ob. cit., p. 300.

ni por la prestación de servicios de interés económico general, con lo que tampoco encontraría justificación la referida limitación de su responsabilidad.

En todo caso, la actual regulación de la responsabilidad de las sociedades mercantiles estatales resulta, a mi entender, mucho más adecuada, en tanto que centra la especificidad de tales entes, no en su capacidad de incurrir en responsabilidad penal, sino en su sistema de sanciones, de tal forma que se asegura, en mayor medida, la continuidad de la ejecución de las políticas públicas y la no interrupción en la prestación de los servicios de interés económico general. Con tal finalidad, cabrían dos opciones, o bien restringir la exclusión de las sociedades mercantiles estatales a aquellos supuestos en que su enjuiciamiento penal hiciese peligrar la ejecución de tales políticas o la prestación de tales servicios, o bien limitar las penas aplicables a tales entes, de forma que sólo resultasen imponibles aquellas que no afectasen negativamente a la ejecución de tales políticas públicas o a la prestación de tales servicios³⁶⁷.

Pues bien, el legislador, finalmente, ha optado por limitar la especificidad de estas entidades al sistema de sanciones, derogando su general exclusión del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En una línea similar, el ordenamiento italiano prevé una medida mucho menos drástica que, además, preserva de forma mucho más eficaz los intereses generales en juego, criterio que, en mi opinión, debería guiar al legislador en este punto. Así, el D. Lgs. 231 establece la posibilidad de sustituir las penas que provoquen la interdicción de la actividad del ente, por el nombramiento de un comisario o interventor judicial, cuando el ente desarrolla un servicio público o un servicio de pública necesidad cuya interrupción pudiese provocar un grave perjuicio a la colectividad (art. 15.1.a) D. Lgs 231)³⁶⁸.

En este punto, cabe traer a colación las preocupaciones expresadas por la OCDE en su informe anual del año 2013 sobre corrupción en el que, tras criticar la escasa beligerancia de España frente a los sobornos de funcionarios extranjeros, señaló que, a pesar del adelanto que supone la regulación, por vez primera en España, de un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que ofrece amplias posibilidades para castigar a las empresas por delitos de cohecho con funcionarios públicos extranjeros, le preocupa seriamente que este nuevo régimen de responsabilidad excluya de su ámbito a las empresas propiedad del Estado y recomienda que la reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas

³⁶⁷ En una línea similar FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “La persona jurídica como sujeto de...ob. cit., pp. 62-63, entiende que si sólo una parte de la actividad de una sociedad mercantil estatal tiene que ver con políticas públicas o servicios de interés económico general, tales personas podrían ser sujetos de imputación pero habría que excluir las penas que afectasen al sector de interés público, tomando en consideración la evitación de la perturbación de los servicios públicos.

³⁶⁸ En este sentido, el citado precepto señala que “*Se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessita' la cui interruzione puo' provocare un grave pregiudizio alla collettività (...)*”.

jurídicas se complete con la eliminación de esta excepción³⁶⁹. Y así lo ha hecho el legislador en la última modificación del CP introducida por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, señalando que podrán ser responsables penales las sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, si bien, limitando las posibilidades sancionadoras a la pena de multa y a la de intervención judicial, salvo para el caso de que tales entidades hayan sido creadas para eludir una eventual responsabilidad penal, supuesto en el cual podrán imponérseles las mismas penas que a cualquier otra persona jurídica (art. 31 quinquies 2 CP).

A mayor abundamiento, no cabe desdeñar la importancia de la criminalidad cometida dentro y desde corporaciones, empresas y entidades públicas, especialmente en delitos de corrupción³⁷⁰. En este sentido, ZUÑIGA RODRÍGUEZ considera que, si tales entidades tienen personalidad jurídica, deben encontrarse sometidas a la discusión de la responsabilidad penal, ya que lo contrario supondría darles un trato privilegiado y crear intolerables ámbitos de impunidad³⁷¹. De hecho, en EE. UU., algunos de los primeros casos de responsabilidad criminal de las corporaciones estuvieron relacionadas con omisiones culposas, realizadas por corporaciones cuasi-públicas, como los municipios, que eludían realizar determinadas tareas públicas, causando lesiones y perjuicios a los ciudadanos, y sólo posteriormente se extendió tal responsabilidad a las corporaciones comerciales³⁷². Ahora bien, tal y como acaba de referirse, hay que plantearse esta cuestión, asimismo, desde la perspectiva de la pena ya que, aunque en un sistema de autonomía fiscal, como el americano, podría tener sentido culpar a entidades locales o estatales, en un sistema como el español, imponer multas a entidades públicas que se van a satisfacer con el erario público, podría resultar contraproducente.

Por otra parte, cabe subrayar que la exclusión de los entes de carácter público del régimen de responsabilidad penal constituye tan sólo una opción legislativa como lo pone de manifiesto el hecho de que en otros ordenamientos comparados se haya optado por otras alternativas. Por ejemplo, en el ordenamiento holandés y en el norteamericano se permite exigir responsabilidad penal a las corporaciones públicas. Sin embargo, se debe entender que las exclusiones del CP limitarían a la jurisdicción española para proceder contra personas jurídicas extranjeras que posean atributos

³⁶⁹ Así pues, el Informe anual de la OCDE del año 2013, disponible <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/AntiBriberyAnnRep2012.pdf>, última consulta 12/01/2015, confeccionado por el Grupo de Trabajo sobre cohecho señala que “the entry into force, in 2010, of Spain’s first regime of liability for legal persons, which offers a wide range of possibilities for holding companies criminally liable for offences of foreign bribery, was an important step. However, the Working Group is seriously concerned that this new regime of liability excludes from its scope State owned enterprises and recommends that the reform of the regime of criminal liability of legal persons be completed with the removal of this exception”.

³⁷⁰ Cfr. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., p. 66.

³⁷¹ Ídem. p. 66.

³⁷² AINSLIE, E. K., “Indicting corporations revisited: lessons of the Arthur Andersen prosecution”, *American Criminal Law Review*, núm. 43, 2006, pp. 107-142, pp. 110-111.

equivalentes a los que tienen las personas de derecho público en el ordenamiento español³⁷³.

2.2.3.- La exclusión inicial de los partidos políticos y los sindicatos

En cuanto a los partidos políticos y a los sindicatos, en un primer momento, el legislador decidió excluirlos expresamente del régimen de responsabilidad penal. Tal exclusión inicial fue criticada por una parte de la doctrina³⁷⁴ y justificada por otra, en atención a las funciones de canalización de derechos fundamentales que tales entes tienen encomendadas³⁷⁵. Sin embargo, una modificación legal posterior los eliminó de la lista de personas jurídicas exentas de responsabilidad penal³⁷⁶, justificando su inclusión en el régimen general, en el intento de *superar la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política*³⁷⁷.

Para los partidos políticos existe una regulación específica de la L.O. 6/2002, de Partidos Políticos, lo cual explicaría, para algún autor, la exclusión de los partidos político del régimen penal³⁷⁸. Sin embargo, esta norma tiene un ámbito de aplicación distinto, limitándose, en el orden jurisdiccional penal, a los casos en que el partido pueda ser considerado una asociación ilícita en los términos del CP (art. 10.2 a) LOPP)³⁷⁹ y previéndose, en tal caso, como únicas sanciones la disolución y la suspensión judicial.

De hecho, la doctrina descarta el carácter penal del procedimiento de disolución de partidos regulado en la LOPP, señalando que, *“uno de los principales leitmotiv de éste específico proceso fue poner en manos de los tribunales una vía alternativa a la criminal para la ilegalización de partidos políticos cuyas actividades u organización fuesen contrarias a los principios democráticos, aun sin producirse la efectiva realización de tipo penal alguno por parte de sus representantes, y así fue reflejado*

³⁷³ Cfr. ESTEBAN DE LA ROSA, F., “Competencia internacional de los tribunales españoles...ob. cit., p. 389.

³⁷⁴ Cfr. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2011)...ob. cit.; Del mismo autor “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2012)...ob. cit., p. 363; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...ob. cit., p. 207; También se ha criticado que los partidos políticos y los sindicatos no encajarían en la regulación penal. En esta línea, QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 859, 7 de marzo de 2013, p. 8, observa que, aunque no hay un razonamiento objetivo para negar la imputación de delitos a estos entes, la selección de las figuras delictivas, los conceptos de administrador de hecho o de derecho y el conceptos de provecho y beneficio, están pensados más bien para su aplicación en un contexto empresarial, por lo que su aplicación a Partidos y Sindicatos podría resultar un tanto difícil.

³⁷⁵ Cfr. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “La responsabilidad penal de las...ob. cit., p. 37.

³⁷⁶ En concreto, fue a través de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, de modificación del CP, ya citada.

³⁷⁷ Preámbulo de la L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, ya citada.

³⁷⁸ Así, GÓMEZ-JARA, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 7534, 23 de diciembre de 2010.

³⁷⁹ LOPP.

en los debates parlamentarios”³⁸⁰. Se señala, en este sentido, el carácter no penal de la disolución y, por lo tanto, del proceso mismo, atribuyéndole, por el contrario, naturaleza civil, en tanto que son los tribunales civiles los competentes, como regla general, para la disolución de asociaciones y los que gozan de *vis atractiva*, en relación con aquellas materias que no han sido expresamente atribuidas a otro orden jurisdiccional (art. 9.2 LOPJ)³⁸¹. Por eso, en principio, no existiría ninguna incompatibilidad aun cuando los Partidos respondiesen penalmente conforme al CP y, además, les resultase de aplicación la Ley de Partidos, como, de hecho, ocurre con la legislación vigente, tras la modificación introducida en el año 2012, sin perjuicio de que, en buena técnica legislativa, ambas normas debieran ser coherentes.

Se aprecia una contradicción entre lo dispuesto en el CP y en la LPP, en tanto que el primero prevé la posibilidad de disolver un partido siempre que cometa alguno de los delitos que resultan imputables a las personas jurídicas y concurren además las circunstancias requeridas por el art. 66 bis CP para imponer tal pena. Mientras que el art. 10.1 LPP señala tajantemente que “*sólo procederá la disolución de un partido político (...) por decisión de la autoridad judicial competente y en los términos previstos en los apartados 2 y 3 del presente artículo*”, esto es, exclusivamente cuando pueda atribuírsele un delito de asociación ilícita. Siendo ambas normas de rango orgánico, en mi opinión, la citada contradicción debiera resolverse a favor de la LPP, por tratarse de una legislación especial por razón de la materia. Consecuentemente, los Partidos Políticos no podrían ser disueltos en un proceso penal en el que se les imputase un delito distinto del de asociación ilícita (art. 10.1 LPP), con lo que el resto de conductas delictivas, que según el CP podrían atribuírseles, podrían ser sancionadas con una pena de multa, o con cualesquiera otras penas restrictivas de derechos, salvo con la disolución. Por ejemplo, la suspensión judicial de un partido político sí podría imponerse por la comisión de otros delitos distintos del de asociación ilícita, en tanto que según la LPP procederá si así lo dispone el CP (art. 10.3 LPP). Otra interpretación posible pasaría por entender que, siendo la regulación del CP posterior en el tiempo a la LPP, el CP habría venido a crear una nueva causa de disolución de los partidos políticos. Todo dependerá de si se aplica el criterio de la especialidad o el de la temporalidad para resolver el concurso de normas.

En el Derecho extranjero se pueden encontrar diversas posiciones al respecto. En Italia los partidos políticos y los sindicatos estarían excluidos del régimen de responsabilidad administrativa dependiente de la comisión de un delito, en tanto que el art. 1.3 D. Lgs 231 excluye a los entes que desarrollan funciones de relevancia constitucional, salvedad que hace referencia, según la doctrina italiana, a partidos políticos y sindicatos³⁸². Por su parte, la legislación francesa (arts. 131-39 ult. C.P.) admite, en línea de principio, la responsabilidad penal de partidos políticos y

³⁸⁰ FERREIRO BAAMONDE, X-X., *El proceso de disolución de partidos políticos*, Iustel, Madrid, 2008, p. 46.

³⁸¹ Ídem., pp. 46 y 54-56.

³⁸² DE SIMONE, G., “I profili sostanziali della responsabilità c.d. Amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del D. Lgs. 8 giugno 2001 N. 231”, *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato* (dir. G. Garuti), Cedam, Padova, 2002, pp. 57-125, p. 83.

sindicatos, pero excluye frente a ellos la posibilidad de aplicación de las sanciones más invasivas: disolución y subordinación a vigilancia judicial.

El remedio del ordenamiento francés ha sido apuntado por algunos como solución de equilibrio entre una exención total y una inclusión idéntica a la del resto de las personas jurídicas. Por una parte, esta medida sería más adecuada que una exclusión total de tales agentes del régimen de responsabilidad penal, que implicaría desconocer la realidad criminógena que los mismos protagonizan en materia electoral, urbanística, financiera etc. Y por otra, se evitaría una inclusión pareja a la del resto de las personas jurídicas, que obviase el papel que se les encomienda constitucionalmente, de servir de cauce para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales y libertades públicas de primer orden. Por eso, se propone establecer, para tales entidades, un régimen específico, como el previsto para las sociedades mercantiles estatales, que permita la imposición de algunas penas, como la multa o la intervención judicial, rechazando de plano otras, como la disolución o la suspensión de actividades³⁸³.

2.3.- Los entes sin personalidad como sujetos pasibles de consecuencias accesorias

Tal y como se refirió en los apdos. anteriores, el CP señala como únicos sujetos colectivos que pueden ser responsables penales en sentido estricto y, por ende, pasibles de auténticas penas, a las personas jurídicas, es decir, aquellas entidades que han adquirido personalidad jurídica conforme a Derecho. Por su parte, las entidades carentes de personalidad jurídica, por los delitos cometidos en su seno, con su colaboración o por medio de las mismas, sólo pueden ser objeto de las denominadas consecuencias accesorias, según lo previsto en el art. 129 CP.

En contra de lo que cabría esperar, el art. 129 CP no contiene un listado de sanciones específicas, sino que se remite, en orden a integrar su contenido, a las penas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 CP, con exclusión de la multa y la disolución. Esta dualidad de regímenes crea la paradoja de que, en el mismo texto legal, coexisten sanciones de idéntico contenido, si bien unas se denominan penas y otras consecuencias accesorias. En definitiva, las personas jurídicas y los entes sin personalidad son objeto de sanciones prácticamente idénticas pero sólo las imponibles a las primeras se denominan penas (art. 33.7 CP), lo cual podría constituir un fraude de etiquetas³⁸⁴.

Por otra parte, sólo para las personas jurídicas se prevén criterios específicos de imputación de responsabilidad penal (art. 31 *bis* CP) y se regula su intervención en el proceso penal (arts. 119, 120, 409 bis, 544 quáter y 786 bis LECrim). Por el

³⁸³ Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Análisis de la regulación legal...ob. cit., p. 207.

³⁸⁴ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...*ob. cit., p. 256; GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal...*ob. cit., pp. 38-39.

contrario, para los entes sin personalidad no se señala criterio alguno en orden a decidir sobre la imposición de las consecuencias accesorias, ni requisitos específicos de imputación, ni una suerte de estatuto procesal penal o tan siquiera un trámite de intervención de tales entes en el juicio penal³⁸⁵. Así pues, la regulación procesal introducida por la LMAP en la LECrim no ha cubierto ese vacío legal, dejando, nuevamente, sin regular los aspectos procesales relativos a la imposición de las consecuencias accesorias a la pena. Laguna que existe desde que, en el año 1995, se aprobara el actual CP con el régimen de consecuencias accesorias que, en aquel momento inicial, se aplicaban, indistintamente, a entes con y sin personalidad jurídica. Pero más grave, si cabe, resulta la preterición de tal regulación en las dos últimas reformas de la LECrim, aprobadas en el año 2015³⁸⁶, que se han preocupado de sustituir el término imputado por el de investigado o encausado, pero han dejado pasar la oportunidad de determinar quién puede ocupar tal posición en el proceso. Consecuentemente, la LECrim sigue refiriéndose sólo a las personas jurídicas, relegando al olvido las cuestiones relativas a la intervención en el proceso de los entes sin personalidad, acreedores de las denominadas consecuencias accesorias.

2.3.1.- La falta de idoneidad de la personalidad jurídica como criterio determinante de la responsabilidad penal. El caso de los entes sin personalidad y de las sociedades pantalla

En este punto, es preciso reflexionar sobre lo apropiado de este dispar tratamiento para las organizaciones que ostentan personalidad jurídica y las que no. Igualmente, cabe plantearse si, el criterio de la personalidad jurídica es adecuado para determinar qué sujetos son penalmente imputables y, por ende, pueden ser sujetos pasivos del proceso penal, y cuáles no.

Pues bien, en contra de tal criterio, como determinante de la responsabilidad penal y, por ende, de la capacidad para ser parte pasiva en un proceso penal, se ha dicho que, en el ámbito penal, la personalidad jurídica no tiene la misma relevancia que en el Derecho civil, sino que lo realmente importante debiera ser la proyección delictiva

³⁸⁵ Antes de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, ya citada, el CP, al regular las consecuencias accesorias, que podían ser impuestas, tanto a personas jurídicas como a entes sin personalidad, se refería a la necesidad de celebrar una audiencia para oír a los titulares o representantes de la entidad. Desafortunadamente aquella disposición desapareció con la reforma del año 2010. Pero esto no excluye el interés legítimo que el ente sin personalidad, piénsese en una UTE o en una sociedad en formación, pueda tener en defenderse, alegando que no ha colaborado, ni ha sido medio o instrumento en la comisión de ninguna actuación delictiva o, incluso, alegando que la persona física a la que se imputa la comisión del delito base debe ser absuelta, lo cual redundaría en su propia absolución o, más concretamente, en la no imposición de consecuencias accesorias al ente en cuestión.

³⁸⁶ Ley 41/2015, de 5 de octubre y la L.O. 13/2015, de 5 de octubre. Este olvido resulta más sorprendente al tomar en consideración que tanto la propuesta de CPP, que no llegó a prosperar, como el ALOMECrim de 2014, modificado durante la tramitación parlamentaria, sí atribuían capacidad para ser parte pasiva del proceso penal, siguiendo en este punto la regulación contenida en la LECiv, no sólo a las personas físicas y jurídicas, sino también a las masas patrimoniales y patrimonios separados, a los entes sin personalidad y a los grupos, entrando todos estos entes en la definición de los términos encausado (art. 46 Propuesta CPP) o sujeto pasivo (art. 118 ALOMECrim de 2014), que venían a sustituir al tradicional “imputado”.

del sujeto en cuestión³⁸⁷. En esta línea, se plantea la posibilidad de formular un concepto específico de persona jurídica para el Derecho Penal que, en mayor o menor medida, debería estar vinculado con la capacidad de afectación al bien jurídico³⁸⁸. Se afirma, en este sentido, que “*las organizaciones de hecho, que estructuralmente son similares a las personas jurídicas pueden ser también objeto de un juicio de responsabilidad, en su caso, penal*”³⁸⁹.

Por el contrario, hay quien argumenta que la ostentación de personería jurídica, por parte de una entidad, es importante para reconocerle como sujeto de imputación jurídica, de tal forma que las corporaciones sin personalidad difícilmente podrían considerarse sujetos de responsabilidad, debiendo recibir el tratamiento de las asociaciones ilícitas³⁹⁰.

En el panorama comparado, existen diferencias importantes en la determinación de las organizaciones sujetas a responsabilidad penal³⁹¹. Así pues, si se acude al Derecho extranjero se observa como, por ejemplo, en Italia, la legislación que regula la responsabilidad administrativa derivada del delito, se aplica tanto a personas jurídicas como a entes sin personalidad³⁹². Igualmente, en Estados Unidos e Inglaterra, donde la responsabilidad penal de corporaciones y agrupaciones, cuenta con una mayor tradición, la personalidad jurídica no se usa como criterio delimitador. Así, en EE. UU., las *Sentencing Guidelines* emplean el término “*organization*” y lo definen, por exclusión, como “*cualquier otra persona diferente de la física*”, lo que integra a “*corporaciones, sociedades, asociaciones, sociedades anónimas, cooperativas, fideicomisos, fondos de pensiones, organizaciones no constituidas en sociedad, los gobiernos, y las subdivisiones políticas de los mismos y organizaciones sin fines de lucro*”³⁹³. Por su parte, la “*Interpretation Act*” británica

³⁸⁷ Cfr. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, p. 37.

³⁸⁸ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad...”ob. cit., p. 54.

³⁸⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...*ob. cit., p. 64.

³⁹⁰ En esta línea se pronunció, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ en un primer momento, si bien, posteriormente, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...*ob. cit., pp. 64-66, abandona tal postura, según reconoce la propia autora, tras un estudio más profundo sobre la teoría de las organizaciones. Su nueva posición al respecto emplea el grado de instrumentalización de la entidad como criterio para determinar si la misma ha de ser considerada penalmente responsable o tratada como una asociación ilícita en manos de los auténticos responsables penales que serían los individuos, concluyendo que una sociedad con fines ilícitos deberá ser tratada como una asociación ilícita, mientras que una sociedad no inscrita, a pesar de carecer de personalidad jurídica, respondería igualmente por su comportamiento organizacional.

³⁹¹ En este sentido, DE MAGLIE, C., “Models of Corporate Criminal Liability in comparative law”, *Washington University Global Studies Law Review*, enero de 2005, vol. 4, núm. 3, Centennial Universal Congress of Lawyer Conference, Lawyers and Jurists in the 21st Century, pp. 546-566, pp. 550-551, señala que la experiencia comparada sugiere tres grandes modelos: un enfoque que usa el término organización sin ninguna definición o restricción, otro que consiste en establecer un listado de los específicos tipos de organizaciones sujetos a responsabilidad y un tercer enfoque que consiste en limitar la responsabilidad penal a aquellas entidades que según el Derecho civil ostentan la condición de personas jurídicas; También se refiere a estas diferencias en la determinación de las organizaciones penalmente responsables BARONA VILAR, S., “La persona jurídica como responsable penal...”ob. cit., p. 77.

³⁹² Así, el art. 1.2 D. Lgs. 231 dispone que “le disposizioni in esso previste si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica”.

³⁹³ U.S.S.G 8A1.1.

de 1978, en relación con las leyes penales, cuando se refiere a la definición de persona, incluye a los grupos sin personalidad jurídica. También en Australia es posible condenar por responsabilidad penal a cualquier organización, sin límite. Con posturas más similares a la española se puede ver la legislación francesa, que sólo considera posibles responsables penales a las organizaciones cuya personalidad es reconocida jurídicamente (“*les personnes morales*”)³⁹⁴ o la austríaca, que tras referirse genéricamente a las personas jurídicas de derecho privado, a continuación, establece un listado de las concretas entidades sujetas a la exigencia responsabilidad penal, así como una serie exclusiones³⁹⁵.

El criterio de la personalidad jurídica presentaría un doble problema. Por un lado, incluiría a entes que, ostentando personalidad jurídica fuesen, en realidad, meras sociedades pantalla, creadas exclusivamente para delinquir, mientras que, por otro lado, excluiría a aquellas organizaciones que, aun contando con una estructura organizativa de cierta complejidad y desarrollando, de forma permanente, una determinada actividad, no ostentasen personalidad jurídica. Consecuentemente, cabría decir que este criterio peca de exceso y defecto en su delimitación de los sujetos penalmente imputables. Por eso, es preciso cuestionarse muy seriamente que constituya un principio adecuado para determinar diferencias tan relevantes en la exigencia de responsabilidades penales como las previstas en la legislación española.

En este sentido, se propone establecer criterios, alternativos o adicionales, al de la personalidad jurídica, que atiendan a la realidad fáctica de las organizaciones. Uno de tales criterios, implicaría valorar si la organización cuenta con un determinado grado de complejidad organizativa, que permita observar cierto grado de alteridad entre la entidad y sus socios, lo cual puede plantear dudas en relación con las sociedades individuales. También se sostiene la exclusión de aquellas entidades que, aun ostentando personalidad jurídica, constituyen meros instrumentos para la comisión de delitos, sin desarrollar, ni siquiera mínimamente, una actividad legal, supuesto en el cual, lo más adecuado podría ser acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica³⁹⁶.

Otros criterios que se han planteado, como adicionales al de la personalidad jurídica, serían la suficiente potencialidad de la organización para afectar bienes jurídicos o la capacidad económica para hacer frente a las eventuales multas que quepa imponerle como sanción penal³⁹⁷. Ahora bien, a mi entender, la capacidad lesiva quedaría confirmada por la comisión del supuesto delito, mientras que la capacidad económica para asumir las sanciones no debe servir como criterio excluyente, en tanto que, el CP prevé penas distintas a las pecuniarias, como la disolución o el cierre de locales.

³⁹⁴ Art. 121-2 CP francés.

³⁹⁵ Sección 1º, apdos. 3º y 4º de la Ley Federal sobre responsabilidad de las asociaciones por delito (*VbVG*) del año 2005.

³⁹⁶ Este último supuesto se analizará, más detenidamente, en el apdo. 2.4 de este mismo epígrafe, bajo el título de las sociedades pantalla.

³⁹⁷ BARONA VILAR, S., “La persona jurídica como responsable penal...ob. cit., pp. 80-81.

En todo caso, cabe concluir que, limitar el régimen de responsabilidad penal a los entes con personalidad jurídica es una opción legislativa válida. Sin embargo, el problema se plantea cuando el legislador, sin renunciar al castigo penal de los entes sin personalidad, establece un doble régimen de responsabilidad, llamando a unas sanciones penas y a otras consecuencias accesorias, sin que se aprecie ninguna diferencia sustancial en el contenido de unas y otras, pero sujetando, sin embargo, su imposición a requisitos, penales y procesales, totalmente dispares.

2.3.2.- Supuestos problemáticos de entes sin personalidad excluidos de la regulación

Las UTEs y las sociedades en formación o las devenidas irregulares son ejemplos de entidades sin personalidad jurídica que podrían servir, en mi opinión, para poner de manifiesto que, en ocasiones, el criterio de la personalidad jurídica resulta insuficiente en orden a justificar el establecimiento de regímenes penales y procesales penales tan distintos como los previstos en la legislación española.

Las UTEs constituyen un sistema de colaboración entre empresarios por un tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministros, dentro o fuera de España (art. 7.1 Ley 16/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional). Se trata, por lo tanto, de una agrupación de empresas orientada a la realización de una concreta obra o servicio. Es una realidad empresarial muy frecuente en ámbitos como la obra civil o la construcción. Lo relevante, a los efectos que aquí interesan, es que las UTEs carecen de personalidad jurídica (art. 7.2 Ley 16/1982, de 26 de mayo), a pesar de que cuentan con órganos propios, similares a los de una sociedad de capital ("Junta de empresarios" en vez de Junta General; "Comité de gerencia" en lugar de Consejo de Administración, etc.) y tienen establecimientos propios, así como un régimen tributario propio. En este caso, la propia entidad, aun careciendo de personalidad jurídica, podría ser sujeto autónomo de sanciones, en tanto que tiene locales propios, un patrimonio propio y una actividad propia y distinta de la de las personas físicas o jurídicas que la integran. Con este ejemplo, se pone de manifiesto que el criterio de la personalidad jurídica no siempre justifica una desigualdad de trato penal y procesal como el establecido en la legislación positiva.

Por su parte, las sociedades en formación, a pesar de carecer formalmente de personalidad jurídica, por no haber perfeccionada su constitución con la preceptiva inscripción en el RM (arts. 33 TRLSC), pueden realizar válidamente actos y celebrar contratos, con la particularidad de que, de su actuación responderán solidariamente quienes los hubieran celebrado en su nombre (art. 36 TRLSC). Creo que tales entidades debieran responder penalmente, al igual que las personas jurídicas, por su comportamiento organizacional³⁹⁸. De hecho, tanto el TS³⁹⁹, como la D.G.R.N.,

³⁹⁸ En el mismo sentido, se refiere ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., pp. 65-66, a la sociedad no inscrita o a la sociedad de hecho; En el mismo

afirman que las sociedades en formación tienen una especial personalidad, lo cual, incluso con la regulación vigente, podría justificar la exigencia de responsabilidad penal frente a las mismas. Sin embargo, a pesar de tal doctrina jurisprudencial, en atención a la prohibición de interpretaciones analógicas o extensivas que rige en el ámbito del Derecho Penal, no está claro que la sociedad en formación pueda, en sentido estricto, ser considerada responsable penal.

En todo caso, aunque se siga una interpretación restrictiva de la norma penal, la sociedad en formación seguiría siendo acreedora de las denominadas consecuencias accesorias (art. 129 CP)⁴⁰⁰, que lo son respecto de una pena principal impuesta a una persona física o a una persona jurídica, únicas posibles de auténticas penas. Pues bien, como acreedora de tales sanciones, la sociedad en formación debería poder actuar en el proceso con un estatus similar, sino idéntico, al de la persona jurídica investigada, encausada, procesada o acusada, según la fase procesal de que se trate, a los efectos de permitirle discutir las tesis de la acusación o la necesidad de las consecuencias punitivas solicitadas frente a ella.

Un problema similar se plantea con las sociedades devenidas irregulares que son aquellas en formación, respecto de las cuales, tras el paso de un lapso de tiempo, se entiende constatada su voluntad de no inscribirse en el correspondiente Registro. En relación con éstas, se dispone que los socios, administradores y representantes responderán solidariamente por sus actos (arts. 38.2 y 39.2 TRLSC) y, además, transcurrido un año sin que se haya practicado la preceptiva inscripción, se les aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil, si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones (arts. 39.1 TRLSC). En este caso, entiendo que, tales entidades, al menos cuando su objeto es

sentido, se pronuncia BARONA VILAR, S., “La persona jurídica como responsable penal...ob. cit., p. 81, nota 58, refiriéndose igualmente a las fundaciones no constituidas en escritura pública. En relación con todas ellas, la autora señala, a mi juicio acertadamente, que, en tanto que las mismas pueden operar en el tráfico mercantil, el incumplimiento por su parte de la norma que les conduce a perfeccionar su constitución no debería derivar en su impunidad. Si bien, sin cobertura legal, no puede predicarse su responsabilidad penal.

³⁹⁹ En este sentido, la STS (Sala 1ª) núm. 1/2001, de 17 de enero de 2001, RJ 2001\1314, F.J. 1º, sostiene, en relación con una entidad que “se hallaba constituida pero no inscrita” que “Esta situación no anula su capacidad operativa negocial, la que asiste a las sociedades en formación desde el momento de su válida constitución escrituraria, al estar dotadas de especial personalidad jurídica, con efectos no sólo «ad intra» (entre los socios), sino también «ad extra», respecto a los terceros que contratan con la sociedad, teniéndola en cuenta como tal, ya que el requisito de la inscripción registral resulta de acreditada condición formal, si bien resulta necesario para la plena operatividad negocial”. En la misma línea, se puede ver la STS (Sala 1ª), de 8 junio 1995, RJ 1995\4908.

⁴⁰⁰ Así lo entiende PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la persona jurídica según la nueva reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre de 2011, pp. 149-170, p. 160, para las sociedades en formación, no inscritas y, por ende, carentes de personalidad jurídica. Como observa el citado autor, tales entidades ostentan “administradores y patrimonio propio, respondiendo por sí misma si los contratos han sido celebrados tanto por los administradores, según las facultades que les otorga la escritura, como por los mandatarios nombrados por los socios para un encargo concreto”. Sin embargo, “en caso de cometer una acción punible le deben de ser de aplicación las medidas accesorias que el legislador ha mantenido para dichos supuestos, previo requisito de declarar la culpabilidad de la persona física”.

mercantil, gozarán de cierta personalidad jurídica⁴⁰¹ y, por lo tanto, serán acreedora de penas, teniendo en cuenta lo dicho para las sociedades en formación en relación con su estatuto jurídico-procesal.

En cuanto a los grupos de sociedades no es dable olvidar que, aunque el grupo en sí carece de personalidad jurídica, no es más que una agrupación de personas jurídicas, por lo que las sanciones que se impongan al grupo acabarán afectando a las concretas personas morales que lo integran. Precisamente por ello, tal y como observa DOPICO GÓMEZ-ALLER, no resulta admisible que los requisitos establecidos en los arts. 31 bis y 66 bis CP se exijan para penar a *una* persona jurídica, pero que, sin embargo, baste con considerar probado que el delito se ha cometido con la colaboración, a través o por medio del grupo, sin adicionales criterios de imputación, para penar a *dos o más*. Evidentemente, se trata de una conclusión inaceptable: si los requisitos de los arts. 31 bis y 66 bis CP rigen para penar a una persona jurídica, tanto más deberían exigirse si se trata de penar a varias personas jurídicas integradas en un grupo de sociedades⁴⁰².

Por eso, con la regulación vigente, en los casos de grupos, cada sociedad debe responder individualmente. Sin perjuicio de que la matriz, con capacidad de control sobre las filiales o participadas, pueda resultar responsable por la actuación delictiva de éstas, cuando tales filiales constituyan meros instrumentos para la elusión de responsabilidades penales, cuestión que ya fue tratada en el apdo. 3.2.1.1, del epígrafe I, del presente capítulo. En todo caso, el sujeto de imputación no será el grupo sino la concreta persona jurídica⁴⁰³. Sentado lo anterior, puede darse el caso de que una persona jurídica extranjera tenga sucursales o unidades de producción en España que, conforme al ordenamiento español, carezcan de personalidad jurídica. En tal supuesto cabrían dos posibilidades, o bien, limitarse a imponer las consecuencias accesorias del art. 129 CP a la sección española, o bien imputar a la persona jurídica extranjera el delito cometido en España por sus sucursales, o por sus filiales instrumentalmente empleadas para cometer delitos, debiendo, en tal caso, imponerles penas cuya ejecución resulte factible fuera del territorio nacional, como, por ejemplo, la de multa, y aplicando las consecuencias accesorias restrictivas de derechos a su centro de producción, sucursal o filial ubicado en territorio español⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Aunque la jurisprudencia es contradictoria, y algunas resoluciones niegan que las sociedades irregulares gocen de personalidad jurídica (ver, por todas, STS (Sala 1ª, Sección 1ª), núm. 740/2010 de 24 noviembre, RJ 2011\580), hay muchas otras que se reconoce que la personalidad jurídica, como instrumento eficaz para la creación de un centro de imputación de relaciones jurídicas útil en el tráfico jurídico, ni siquiera queda limitada a los supuestos en los que se ha otorgado escritura pública, de tal forma que del contrato, incluso aformal, cabe derivar cierto grado de personalidad (STS (Sala 1ª, Sección 1ª), núm. 121/2012, de 7 marzo, RJ 2012\5269. Tesis que, por otra parte, coincide con la mantenida por la resolución de la D.G.R.N. de 14 de febrero de 2001 que, rectificando la mantenida en otras anteriores, sostiene que "*de ciertos preceptos legales de reciente promulgación resulta que las sociedades mercantiles en formación e irregulares gozan de personalidad jurídica -o, al menos, de cierta personalidad-, suficiente para adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones*".

⁴⁰² Así lo expresa muy claramente DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/senoria-por-favor-clausureme-ese-grupo-de-sociedades>, última consulta 24/05/2011.

⁴⁰³ Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "La persona jurídica como sujeto...ob. cit., p. 63.

⁴⁰⁴ Cfr. Ídem., p. 58.

2.3.3.- El estatuto jurídico procesal de los entes sin personalidad

Desde la perspectiva procesal, el hecho de que la nueva regulación penal se refiera sólo a los entes con personalidad jurídica, manteniéndose el sistema de consecuencias accesorias para el resto de entes sin personalidad, se ha reflejado de forma automática y, a mi juicio, irreflexiva, en la LECrim, que sólo se refiere a las personas jurídicas como posibles sujetos de imputación penal (art. 119 LECrim).

Esta preterición de la ley procesal puede encontrar una explicación, que no una justificación, en la constatación de que las consecuencias accesorias ya estaban previstas en el CP, desde la aprobación del mismo en el año 1995 y, a pesar de las demandas de la doctrina⁴⁰⁵, nunca se modificó la legislación procesal para dotar a sus destinatarios de un estatuto jurídico procesal, ni para regular su intervención en el proceso. Por eso, al aprobarse una reforma penal que permite atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas e imponerles auténticas penas, dejando el régimen de las consecuencias accesorias para los entes sin personalidad, el legislador, no sin cierto retraso y de forma poco meditada⁴⁰⁶, modificó la ley procesal para dotar de un estatuto procesal a los sujetos señalados por la reforma como posibles responsables penales, sin colmar el vacío legal previo para los acreedores de las denominadas consecuencias accesorias. En este sentido, extender la reforma procesal a los entes sin personalidad, que continúan siendo destinatarios de consecuencias accesorias, como por otra parte hacía la Propuesta de CPP y el ALOMECrim del año 2014, supondría reconocer, por parte del legislador, que, durante casi veinte años, ha habido una laguna legal, en cuanto a la intervención en el proceso penal de las personas jurídicas, en tanto que pasibles de consecuencias accesorias.

Incluso, cabe afirmar que la reforma penal ha empeorado la situación de indeterminación procesal en relación con la imposición de las consecuencias accesorias en tanto que, inicialmente el art. 129 CP preveía la celebración de una audiencia con los representantes legales y titulares de la entidad, mientras que con la reforma del año 2010 tal requisito se suprimió. Sin perjuicio de retomar esta cuestión al tratar el derecho de defensa de los entes sin personalidad y su legitimación para actuar en el proceso penal, cabe señalar, en este preciso momento, que, vigente la anterior redacción del art. 129 CP que permitía imponer las consecuencias accesorias indistintamente a entidades, con y sin personalidad, la doctrina manifestaba, de forma casi unánime, que el reconocimiento del derecho de audiencia a la entidad, a través de sus titulares o representantes, era indispensable, incluso como exigencia

⁴⁰⁵ Muchos han sido los autores que han puesto de manifiesto la ausencia de una regulación procesal para la imposición de las consecuencias accesorias. Cabe destacar el estudio de ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas...* ob. cit., esp. pp. 215-234, en el que se contiene una suerte de propuesta de regulación de esa regulación procesal; Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J. M^a, “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias...” ob. cit., pp. 11-12, achacaba la escasa aplicación jurisprudencial de tales medidas, entre otras cosas, a que la ley obviaba la dimensión procesal.

⁴⁰⁶ Como lo demuestra que la LMAP, que adaptó la regulación procesal a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se aprobase un año más tarde que la reforma penal, a rebufo de las críticas de la doctrina y que, en su atropellada tramitación parlamentaria, sufriese modificaciones y vaivenes de considerable calado.

emanada del art. 24 CE⁴⁰⁷. Ahora bien, mientras una parte de la doctrina partía de la suficiencia de dar audiencia a los representantes o titulares de la entidad, sin que la misma adquiriese la condición de parte⁴⁰⁸, otros autores, desde una perspectiva más garantista, estimaban necesario que tales entes ocupasen la posición de parte en el proceso⁴⁰⁹, por lo tanto, con un estatus análogo al de la persona física objeto de imputación penal.

Las argumentaciones empleadas para defender que los sujetos pasibles de consecuencias accesorias debían ser parte en el proceso o, al menos, ser oídos en el marco del mismo, se basaban, principalmente, en la gravedad de tales sanciones, de naturaleza análoga a las penas⁴¹⁰, así como en principios básicos del proceso penal, tales como el de audiencia y el de contradicción. Así, se argumentaba que la posibilidad de imponer medidas tan gravosas como las del art. 129 CP, sin que su destinatario pudiese ejercer de una manera plena y eficaz su derecho de defensa, chocaba con el sistema de garantías constitucionales⁴¹¹. De lo que cabe deducir que tales opiniones se fundamentaban, no en la ostentación o no de personalidad jurídica

⁴⁰⁷ En este sentido, BACIGALUPO SAGGESE, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 286-289, llegó a sostener que el requisito procesal de la audiencia previa a los titulares o representantes legales era superfluo por constituir tal exigencia una consecuencia directa de la garantía constitucional recogida en el art. 24. 2 CE.

⁴⁰⁸ En este sentido, entendía DÍAZ PITA, M^o. P., “Perspectiva procesal del principio *societas delinquere non potest*” en AA.VV., F. Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1221-1238, p. 1236, que, del régimen legal de las consecuencias accesorias, no era imposible inferir, en absoluto, que la persona jurídica fuese considerada responsable penal del delito y, por ende, imputada desde el punto de vista del Derecho Procesal, debiendo, el órgano judicial, en aplicación del art. 129 CP, oír a los representantes legales o titulares del ente destinatario de las consecuencias accesorias, pero sin que de ello supusiese, en su opinión, reconocer a representante y persona jurídica como sujetos independientes a efectos procesales.

⁴⁰⁹ En esta línea, otro sector, más sensible con la necesidad de revestir la imposición de estas medidas de las máximas garantías inherentes al proceso penal, estimaban necesario que la entidad compareciese en el proceso como verdadera parte. Entre otros, GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...ob. cit.*, p. 317, para quien, a pesar de la vigencia del principio *societas delinquere non potest* por la gravedad de las medidas dispuestas en el art. 129 CP debería reconocerse a las personas jurídicas el estatus de parte en el proceso penal, con los derechos inherentes al mismo, especialmente el derecho de defensa; ZUGALDÍA ESPINAR, “Vigencia del principio *societas delinquere non potest*” en J. Hurtado Pozo; B. Del Rosal Blasco; R. Simons Vallejo, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 243-267, esp. pp. 256-257, que consideraba necesario que la persona jurídica, susceptible de ser objeto de una consecuencia accesoria, hubiese sido parte en un proceso con todas las garantías, siendo insuficiente la audiencia de sus representantes legales; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias como medidas cautelares en el proceso penal”, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 13, 2005, pp. 30-42, p. 45, estima que la posición procesal de la persona jurídica ha de ser la misma que la del acusado por exigencia del art. 24 CE; DE URBANO CASTRILLO, E., “Especialidades de las sentencias...ob. cit., p. 92, para quien la audiencia a los posibles perjudicados, que tienen que ser parte en el proceso, resulta ineludible para imponerles alguna consecuencia accesoria.

⁴¹⁰ De hecho, según RAMON RIBAS, E., *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Comares, Granada, 2009, p. 175, es su consideración como auténticas penas lo que conduce a que, además de la previa audiencia de los representantes de la persona jurídica, sea preciso su constitución como auténtica parte pasiva del proceso penal, con todas las garantías propias del sujeto pasivo investigado o encausado.

⁴¹¹ ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas...ob. cit.*, p. 240.

por parte de las citadas entidades, sino en el contenido altamente afflictivo de las consecuencias accesorias.

En este sentido, resulta importante recordar que el art. 129 CP, en el que se prevén las consecuencias accesorias aplicables a los entes sin personalidad, ni siquiera contiene un concreto listado de sanciones, sino que se remite a las penas previstas para las personas jurídicas en el art. 33.7 CP. De lo anterior se deriva que la regulación vigente constituye un fraude de etiquetas que usa la denominación de consecuencias accesorias cuando, en realidad, prevé la imposición de verdaderas penas, lo que conduce a cuestionar seriamente que el sujeto pasivo de las mismas no ostente la condición de parte en el proceso penal, ni goce de los derechos y garantías que corresponden al investigado o encausado en cuanto tal⁴¹². En definitiva, no cabe imponer medidas materialmente coincidentes con las penas y, por consiguiente, igualmente afflictivas, sin garantizar que quien las padece, aunque carezca de personalidad jurídica, pueda ser oído en el proceso⁴¹³.

Tal y como acaba de señalarse, en la doctrina hay dos posturas distintas al respecto. Los que optan por una interpretación más apegada a la letra de la ley y, por lo tanto, sólo reconocen capacidad para ser parte a los entes que han adquirido personalidad jurídica conforme a Derecho⁴¹⁴ y, aquellos otros, que, atendiendo a la finalidad a la que, teleológicamente, se orientan las normas procesales sobre la capacidad para ser parte en un proceso penal, cual es la de permitir el ejercicio legítimo del derecho de defensa a quienes puedan resultar afectados por la condena penal, optan por extender la aplicación de tales normas a los entes sin personalidad, en orden a garantizar su derecho a un proceso con todas las garantías sin indefensión⁴¹⁵.

Los autores que entienden que la personalidad jurídica actúa como un auténtico filtro de la genérica aptitud para ser sujeto de imputación penal, afirman que la capacidad para ser parte de las personas jurídico-privadas depende de la adquisición de personalidad jurídica, que tiene lugar en el instante en que, con arreglo a Derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas (art. 35 CC), de acuerdo con la normativa específica de cada tipo de entidad⁴¹⁶. Por lo tanto, las organizaciones sujetas al

⁴¹² Cfr. BARONA VILAR, S., "La persona jurídica como responsable penal...ob. cit., p. 88.

⁴¹³ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal...*ob. cit., pp. 38-39.

⁴¹⁴ Entre otros, MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M^a. J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.); M^a. J., Sande Mayo (coord.), *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 373-396, p. 377; BAJO FERNÁNDEZ, M., "Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español", en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 19-47, pp. 54-55.

⁴¹⁵ Cfr. PÉREZ GIL, J., "El proceso penal contra..."ob. cit., pp. 387-388; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad..."ob. cit., pp. 59-61; GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., pp. 105-106; Así mismo, desde el punto de vista penal, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad de personas jurídicas..."ob. cit., p. 38, sostiene que la imposición de las consecuencias accesorias debe someterse a los mismos requisitos que se señalan para las penas en el art. 66 bis CP.

⁴¹⁶ Cabe referirse, en este punto, al art. 22 LORDA, al art. 1679 CC para la sociedad civil; arts. 116 II y 119 CCo para las compañías mercantiles y al art. 33 TRLSC para las sociedades de capital; Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M^a. J., "La responsabilidad penal de las..."ob. cit., p. 377; En la misma línea, tendente a integrar el concepto de persona jurídica con la legislación civil o mercantil específica se pronuncia BAJO FERNÁNDEZ, M., "Vigencia de la RPPJ en el..."ob. cit., pp. 54-55, al constatar que el CP no adopta una definición específica de persona jurídica, con lo que no

régimen de las consecuencias accesorias no tendrían capacidad para ser parte, debiendo abstenerse el Juez de formular imputación contra las mismas⁴¹⁷. Desde esta perspectiva, su ausencia de personalidad jurídica impediría, desde la vertiente sustantiva, predicar de las mismas una genuina responsabilidad penal⁴¹⁸ y desde la vertiente procesal, que se pueda formular contra ellas una imputación o una acusación *stricto sensu*⁴¹⁹.

A favor de esta tesis, cabe argüir que la personalidad jurídica constituye un criterio relevante en orden a reconocer a un ente como sujeto de imputación jurídica, esto es, como sujeto con derechos y obligaciones, sin perjuicio de que las organizaciones de hecho que, estructuralmente, son similares a las personas jurídicas, pueden ser también objeto de un juicio de responsabilidad, en su caso, penal⁴²⁰. En apoyo de este mismo punto de vista, se podría esgrimir, igualmente, la literalidad de la LECrim. En este sentido, el art. 118 habla de *toda persona* a quien se impute un acto punible, sin que los entes sin personalidad puedan incluirse en la categoría de *persona*, mientras que el art. 119 LECrim se refiere, expresamente, a la imputación de las personas jurídicas.

Sin embargo, desde una perspectiva centrada en las garantías, a la que conduciría una interpretación teleológica de la regulación procesal penal, sería conveniente que los entes sin personalidad también fuesen objeto de un acto formal de imputación para asegurar, de este modo, su derecho de defensa. En definitiva, si se parte de que a igualdad de sanciones deberían corresponder análogas posibilidades de defensa⁴²¹, no quedaría más remedio que incluir a los entes sin personalidad entre los sujetos con capacidad para ser parte. En este sentido, se afirma que para irrogar una consecuencia accesoria frente a un ente sin personalidad es necesario que el mismo ostente capacidad para ser parte⁴²², conclusión que vendría avalada por la LECiv, de aplicación supletoria respecto de la LECrim, que en sus arts. 6.1.4º, 6.1.5º y 6.2 reconoce capacidad para ser parte a ciertos entes carentes de personalidad. A mayor abundamiento, en este punto, cabe recordar las palabras de GÓMEZ ORBANEJA al

queda más remedio que concluir que se trata de un concepto que se remite implícitamente a otras ramas del ordenamiento jurídico.

⁴¹⁷ Cfr. BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción” en J. Banacloche Palao; J. Zorzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 153-193, p. 165; También abogan por excluir la capacidad para ser parte de los entes sin personalidad, entre otros, MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 14, al afirmar que el juez debe comenzar valorando si puede imputar o no a la entidad considerando si tiene personalidad jurídica.

⁴¹⁸ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 38.

⁴¹⁹ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 165, entiende que el Juez de Instrucción debe abstenerse de formular imputación contra una entidad sin personalidad jurídica, pudiendo, únicamente acordar frente a ella, medidas cautelares (art. 129.3 CP) o consecuencias accesorias a la pena que se le imponga al autor principal (art. 129.1 CP); Del mismo modo, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 77-78, aunque cuando reconoce que los entes sin personalidad deben tener un estatuto jurídico similar al del imputado, entiende que no podrán ser considerados como tal, en sentido estricto, en vista de que carecen de personalidad jurídica.

⁴²⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...*ob. cit., pp. 63-64.

⁴²¹ ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales”, *Diario La Ley*, núm. 7632, 18 de mayo de 2011.

⁴²² GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., p. 105.

afirmar que “*en ninguna circunstancia es admisible juzgar en la sentencia a quien no haya sido personalmente designado como sujeto pasivo de la acción*”, a lo que añade que, “*a todo inculpado corresponde, por el hecho de serlo (...) en un sentido formal, la posición jurídica de parte*”⁴²³.

En realidad, la clave del problema reside en que el art. 129 CP permite imponer consecuencias gravísimas, de naturaleza incierta y sin establecer unos criterios claros de imputación, a un conjunto de organizaciones y entidades por el mero hecho de carecer de personalidad jurídica, lo cual resulta inaceptable en un Estado de Derecho⁴²⁴. Por eso, un sector doctrinal aboga por extender los criterios previstos en el art. 31 bis CP a la aplicación de las consecuencias accesorias, toda vez que la mera ostentación de personalidad jurídica no justificaría una diferencia sustancial en el trato, a la vista de la similitud de las sanciones y de la gravedad de las mismas⁴²⁵. Así, en la medida en que las consecuencias accesorias se asimilen a las penas, el estatus jurídico de tales entes sin personalidad deberá asimilarse al de cualquier otro imputado, siendo la premisa para hacerlo posible, el reconocimiento de capacidad para ser parte pasiva del proceso penal a pesar de no tener personalidad jurídica⁴²⁶, de tal forma que sean objeto de imputación y puedan ejercer, desde ese instante, su derecho de defensa⁴²⁷.

En definitiva, la identidad material entre las penas imponibles a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias, conduce a que las entidades susceptibles pasibles de estas sanciones penales *sui generis* previstas en el art. 129 CP, sean igualmente reconocidas como partes, en tanto que sobre ellas recaerán los efectos de la sentencia, lo cual justificaría que las mismas pudiesen intervenir en el proceso, haciendo las alegaciones y peticiones que tengan por conveniente para tutelar sus derechos e intereses legítimos. Considero, pues, que el hecho de que los entes sin personalidad puedan ser objeto de sanciones penales, independientemente de que su *nomen iuris* sea el de penas o el de consecuencias accesorias, es motivo suficiente para convenir que sean objeto de una imputación formal que garantice sus posibilidades defensivas. De tal suerte que ostentarán la condición de sujeto pasivo

⁴²³ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1951)...ob. cit., p. 279.

⁴²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/penal/economico/senoría-por-favor-clausureme-ese-grupo-de-sociedades>, última consulta 24/05/2011.

⁴²⁵ Cfr. PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...ob. cit., pp. 387-388; En la misma línea, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad...ob. cit., p. 59-61, que la identidad de las sanciones, entre las que sólo varía la denominación, de penas (art. 33.7 CP) a consecuencias accesorias (art. 129 CP), así como la gravedad de las mismas obligan, cuando menos, a considerar la posibilidad de aplicar requisitos similares de imputación en ambos casos, puesto que una diferencia sustancial de trato encuentra difícil justificación en la mera personalidad jurídica; Igualmente, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 38, sostiene que una interpretación sistemática conduce a la conclusión de que aquello que debe motivar al Juez o Tribunal en su resolución, para imponer las consecuencias del art. 129 CP, es lo mismo que debe tomar en cuenta para aplicar las penas de los apdos. c) a g) del art. 33.7. CP.

⁴²⁶ Véase GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., pp. 77-78, para quien, tal reconocimiento podría sustentarse en el art. 6.2 LECiv, que reconoce capacidad para ser parte pasiva del proceso a ciertos entes carentes de personalidad jurídica.

⁴²⁷ Sobre el contenido del derecho de defensa, tanto en su faceta de defensa técnica como de autodefensa, véase la obra fundamental de MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982.

del proceso penal adquiriendo sucesivamente las condiciones de investigado, encausado y acusado.

De hecho, la falta de personalidad jurídica no constituye impedimento alguno para ocupar la posición de parte pasiva en un proceso civil. En este sentido, los arts. 6.1.4º y 6.1.5º LECiv atribuyen capacidad para ser parte a las masas patrimoniales, a los patrimonios separados y a ciertos entes carentes de personalidad jurídica, mientras que el art. 6.2 del mismo texto legal establece que las entidades sin personalidad jurídica podrán ser demandadas. Del mismo modo, la Propuesta CPP, último intento frustrado de sustituir la LECrim por una nueva Ley Procesal Penal, en la línea de la legislación procesal civil, reconocía, igualmente, como posibles encausados, junto con las personas físicas y jurídicas, a las “*masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la ley*”⁴²⁸. Sin embargo, la última modificación de la LECrim no ha aclarado esta cuestión, en tanto que continúa refiriéndose al sujeto pasivo del proceso como “*toda “persona” a quien se atribuya un hecho punible*” (art. 118. 1 LECrim), lo cual, en una interpretación literal del referido precepto, podría llevar a excluir a los entes sin personalidad que, en sentido estricto, no son “personas”.

En cualquier caso, más allá interpretaciones apegadas a la letra de la ley, la idea fuerza que debe presidir la determinación de la capacidad para ser parte consistirá en incluir a todo sujeto que pueda resultar condenado en un proceso penal, ya sea con la imposición de una pena, de una medida de seguridad o de una consecuencia accesoria, en tanto que, sólo a través de su efectivo reconocimiento como parte, se puede garantizar, a los destinatarios de tales medidas restrictivas de derechos, la posibilidad de ejercer con plenitud su derecho de defensa, incurriéndose, en otro caso, en un evidente riesgo de indefensión. En este sentido, parece conveniente que las organizaciones, grupos o cualesquiera otras entidades o agrupaciones de personas carentes de personalidad jurídica, en tanto que pasibles de esas sanciones penales denominadas consecuencias accesorias (art. 129 CP), sean equiparadas, en términos de derechos procesales y de posibilidades de actuación e intervención en el proceso,

⁴²⁸ En este sentido, la Propuesta CPP 2013 señalaba que “*son encausados todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la Ley y sean investigados o encausado en el proceso penal*” (art. 46). Dejando a un lado la nefasta técnica legislativa que incurre en el flagrante error de incluir lo definido en la definición, la amplitud con que se reconocía en aquel texto pre-legislativo la cualidad de encausado ponía el acento en la no exclusión de ningún sujeto pasible de sanción penal, con lo que optaba por una alternativa más garantista del concepto de parte penal que el previsto actualmente en la LECrim. De igual modo, el Anteproyecto de L.O. de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica del año 2014 contenía un precepto muy similar que indicaba que “*son sujetos pasivos del proceso penal todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la ley y a los que indiciariamente les sea atribuida la realización del hecho punible*” (art. 118 ALOMLECrim 2014). Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria, la referencia a los entes sin personalidad desapareció y, refiriéndose la redacción final al investigado o encausado como “*toda persona a quien se atribuye un hecho punible*” (art. 118.1 LECrim)

a las personas físicas y a las personas jurídicas, siendo todas ellas consideradas sujetos pasivos del proceso penal.

Sin embargo, podría parecer excesivo incluir entre los posibles encausados a masas patrimoniales y patrimonios separados. El pre-legislador, tanto en el ALECRim 2011 y en la Propuesta CPP 2013⁴²⁹, ambos intentos frustrados de aprobar una nueva LECrim, como en el Anteproyecto de modificación de la LECrim del año 2014, pretendía trasvasar, de forma un tanto mecánica, la regulación civil al proceso penal, señalando como posibles encausados a todos los sujetos con capacidad para ser parte en el proceso civil. En mi opinión, en el caso de las masas patrimoniales y los patrimonios separados, la falta de alteridad entre tales patrimonios y sus titulares, la inexistencia de complejidad organizativa, la ausencia de peligrosidad instrumental o el escaso potencial lesivo de los mismos, podría desaconsejar su inclusión entre los sujetos potencialmente responsables penales y, por ende, entre los sujetos pasivos del proceso penal. Sólo es preciso imaginar lo absurdo que sería dirigir un reproche penal, por ejemplo, a una herencia yacente, debiendo proceder a su imputación autónoma para permitirle ejercer las posibilidades de defensa de cualquier sujeto pasivo del proceso. En cualquier caso, entiendo que, para determinar qué sujetos son penalmente imputables y, por tanto, ostentan capacidad para ser pasiva en un proceso penal, es preciso atender a un criterio material, y no a uno meramente formal como el de la personalidad jurídica⁴³⁰.

Desde otra perspectiva, en orden a determinar que sujetos ostentarían capacidad para ser parte, el acento podría ponerse, no tanto en la posibilidad de aparecer como parte activa en la relación delictiva⁴³¹, o de resultar merecedor de un reproche penal, sino más bien en la aptitud para ser titular de derechos y deberes procesales⁴³². Desde esta perspectiva, la capacidad para ser parte pasiva de un proceso debería venir determinada por la posibilidad de resultar afectado por decisiones jurisdiccionales, que resuelvan pretensiones de tutela jurídico-judicial, ya sea como beneficiario o como perjudicado por la sentencia, así como por los efectos ejecutivos y de cosa juzgada que de ella se derivan⁴³³. Y es que, como señala SERRA DOMÍNGUEZ, *“partes son los sujetos esenciales del proceso, designados activa o pasivamente en su acto inicial, o comparecidos en nombre o interés propio en su curso, que resultan*

⁴²⁹ El Anteproyecto de LECrim fue aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2011 (en adelante ALECRim 2011) mientras que la Propuesta de Código Procesal Penal, fue presentada por el Ministerio de Justicia el 25 de febrero de 2013 (en adelante Propuesta CPP 2013).

⁴³⁰ En este sentido, GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8341, 26 de junio de 2014, desarrolla el concepto de imputabilidad empresarial, señalando que existen sociedades imputables e inimputables, haciéndose depender, tal extremo un “*sustrato material suficiente*” o un “*mínimo de complejidad organizativa*”.

⁴³¹ Aspecto en el que se hace hincapié, por ejemplo, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; FERREIRO BAAMONDE, X.-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 157, donde se sostiene que “*posee capacidad para ser sujeto pasivo del proceso quien, según la legislación penal sustantiva, puede aparecer como parte activa de la relación delictiva*”.

⁴³² Cfr. BANALOCHE PALAO, J. “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 164.

⁴³³ Cfr. MONSALVE DEL CASTILLO, R., BERENGUER MORALES, Y; BIETE RIVAS, A., “Capacidad para ser parte de una sociedad extinguida”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2013, pp. 93-104.

*afectados por la resolución final del proceso*⁴³⁴. En concreto, se hace aquí referencia a la capacidad para ser parte en la posición pasiva de un proceso penal, lo cual se traduce en la aptitud para ser titular de los derechos y obligaciones procesales correspondientes al investigado, encausado, procesado, acusado o condenado, según el estadio del proceso que corresponda. Pues bien, desde este punto de vista, no cabe duda de que los entes sin personalidad puedan ostentar, cuando menos, *a priori*, capacidad para ser parte.

Cabe concluir, por lo tanto, que, aun cuando los entes sin personalidad no pueden ser juzgados ni sancionados de forma autónoma, dada la “accesoriedad” de sus sanciones respecto de una pena principal, una interpretación garantista conduce a afirmar que tales organizaciones o entidades, en tanto que afectadas por la eventual sentencia penal de condena que pudiera llegar a dictarse, tienen, como mínimo, un interés legítimo en defender su postura en el proceso penal. En este sentido, el hecho de que puedan ser condenados a la imposición de una sanción penal, ya se trate de una pena, de una medida de seguridad o de una consecuencia accesoria, parece motivo suficiente para reconocerles capacidad de actuación en el marco del proceso, ya sea teniéndolas por auténtica parte pasiva del proceso y, consiguientemente, reconociéndoles, sucesivamente, la condición formal de investigado, encausado y acusado, ya sea reconociéndoles, como mínimo, legitimación para actuar en el proceso, pero limitada a los hechos relevantes para determinar la procedencia de las consecuencias accesorias, de un modo similar a la capacidad de intervención que se reconoce a los terceros responsables civiles en el proceso penal (arts. 616 y 764. 3 II LECrim) o al tercero afectado por el decomiso (art. 803 ter b LECrim)⁴³⁵. Entre ambas opciones, dada la proximidad entre las consecuencias accesorias y las penas, parece que lo más adecuado sería proceder a imputar a los entes sin personalidad, de tal forma que pudiesen ejercitar sus derechos con la misma amplitud que cualquier otro investigado o encausado.

2.4.- Las sociedades pantalla

Por otra parte, el criterio de la personalidad jurídica también puede resultar defectuoso por exceso, es decir, por incluir en el sistema de responsabilidad penal a entidades de las que difícilmente se podrá predicar una culpabilidad propia y a las cuales carecería de sentido reconocer derechos autónomos y distintos de los de sus miembros. Se plantea, en este sentido, la cuestión de las sociedades pantalla, es decir, aquellas que no realizan ninguna actividad real y cuya personalidad jurídica responde a la finalidad de otorgarles una apariencia formal de legalidad. Se trataría de entidades creadas para la realización de actividades delictivas, por parte de una o varias personas físicas, que usarían tales personas jurídicas, como entidades interpuestas, con el objeto de ocultar su identidad personal tras el velo de la personalidad jurídica.

⁴³⁴ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Precisiones en torno a los conceptos de parte...ob. cit., p. 295.

⁴³⁵ Este precepto limita la intervención de la persona que pueda resultar afectada por el decomiso a los aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, especificando que no podrá extenderse a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del encausado.

Así pues, en los casos en que se detecte la existencia de sociedades *pantalla o de fachada*, caracterizadas por la ausencia de un cierto volumen de actividad lícita, así como por la falta de una organización, infraestructura y patrimonio propios, las cuales son utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación, a través del abuso de la forma social, el tratamiento jurídico de tales entidades, a efectos de exigencia de responsabilidad, debería pasar, o bien por apreciar un supuesto de simulación contractual, teniéndolas por no constituidas, o bien por acudir a la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo⁴³⁶ que trata, precisamente, de corregir los abusos que se producen cuando la personalidad jurídica se utiliza como cobertura para eludir responsabilidades y que sirve para hacer aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla⁴³⁷. Así, aun a pesar de que, desde el punto de vista estrictamente formal, una empresa pantalla puede gozar de personalidad jurídica y, por lo tanto, ser potencial responsable de conductas delictivas conforme al art. 31 bis CP, en los aludidos supuestos, lo más correcto será actuar directamente frente a las personas físicas que la controlan⁴³⁸. En esta línea, se afirma que las sociedades pantalla, o aquellas que no cuentan con una estructura, actividad, organización o infraestructura propias, mostrando, por lo tanto, una complejidad prácticamente nula, deberían ser consideradas instrumentos en manos de las personas físicas⁴³⁹.

Desde esta perspectiva, en términos excluyentes, se podría negar la posibilidad de responder penalmente y, por lo tanto, la aptitud para ser sujeto de una imputación penal o la capacidad para ser parte, de aquellos entes que, o bien por su escasa o inexistente complejidad organizativa, o bien por la ausencia de alteridad en relación con sus miembros, no deberían responder penalmente de forma directa y autónoma. Sería preciso, a tal fin, tal y como señala GÓMEZ-JARA DÍEZ establecer, además del presupuesto de inimputabilidad basado en la ausencia de personalidad jurídica, un ulterior criterio organizativo material, en tanto que sólo para las personas jurídicas con una mínima organización resultaría posible predicar algún tipo de culpabilidad⁴⁴⁰. En esta línea, se afirma que “*sólo pueden considerarse penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato material suficiente, constituyendo las sociedades pantalla o instrumentales un supuesto de personas*

⁴³⁶ En cuanto al levantamiento del velo, la jurisprudencia ha ido desarrollando esta doctrina, que tiene por finalidad evitar que se abuse de la personalidad jurídica, en fraude de ley o perjuicio de terceros, escudándose en que el ente social es algo distinto que sus elementos personales constitutivos cuando, en realidad, constituye sólo una ficción que pretende ocultar la realidad patrimonial subyacente de que el único titular de los bienes es la persona física que, a tal efecto fraudulento, instrumentaliza a la entidad. En este sentido, “*La idea básica es, por lo tanto, que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc.*” STS (Sala 2ª, Sección 1ª) Caso Ballena Blanca, núm. 974/2012, de 5 de diciembre, RJ 2013\217, F. J. 14º; También se refieren al levantamiento del velo, entre otras, la STS (Sala 2ª) núm. 867/2002, de 29 de julio, RJ 2002\6357 y la STS (Sala 2ª, Sección 1ª), Caso EKIN, núm. 480/2009, de 22 de mayo, RJ 2010\662, F. J. 23º.

⁴³⁷ Circular FGE 1/2011, pp. 16-17.

⁴³⁸ Ídem., pp. 16-17.

⁴³⁹ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 15.

⁴⁴⁰ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad...”ob. cit., pp. 55-56.

*jurídicas no imputables*⁴⁴¹. En la misma línea, se plantea, como propuesta de *lege ferenda*, que “*hubiera sido preferible un sistema que (...) se fijara más en la complejidad de la organización que en el dato formal de la personalidad jurídica, de tal manera que se impusieran penas a organizaciones (...) en las que se pudiera detectar realmente una dinámica propia diferente a la de sus miembros (lo que podría representar una especie de personalidad propia en el sentido jurídico-penal)*”⁴⁴².

Sin embargo, un sector doctrinal, sostiene que, con la regulación actual, “*no es posible establecer de partida distinciones dogmáticas entre personas jurídicas (...) en función de la complejidad de su sustrato organizativo*”. De tal forma que *esta cuestión puede afectar, a lo sumo, a la determinación de las sanciones a imponer adicionalmente a la multa, pero no permite excluir determinadas personas jurídicas del ámbito del art. 31 bis*⁴⁴³. En este sentido, el art. 66 bis CP deja claro que el sistema previsto en el art. 31 bis CP se aplica también a personas jurídicas utilizadas instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales⁴⁴⁴, en tanto que tal circunstancia es uno de los criterios específicamente previstos para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas interdictivas. Además, el CP señala que se considerará, en todo caso, que la persona jurídica se utiliza instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales, cuando su actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal. Por consiguiente, el hecho de que su actividad principal sea ilegal no la convierte en inimputable, sino que, simplemente, la hace acreedora de las penas más graves.

Por lo tanto, tomando en cuenta la referida regulación legal y razonando por exclusión, sólo podrían, en su caso, ser consideradas inimputables, aquellas entidades cuyo “*carácter instrumental excediese del referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que lo sea solo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos*”⁴⁴⁵. A mayor abundamiento, entiendo que la ausencia de alteridad en relación con sus miembros resulta crucial⁴⁴⁶. En tal caso, tratándose de una sociedad pantalla, caracterizada por carecer de una estructura, una organización, una actividad y un patrimonio, propios y distintos de los de sus miembros o de las personas físicas que la controlan o administran, no existiría propiamente un interés social distinto del de sus gestores, que debiese quedar legítimamente protegido en el marco del proceso. Tampoco habría agentes o grupos con intereses contrapuestos, toda vez que el interés del administrador, legal o de hecho, no se diferenciaría del de la sociedad, que no sería más que un instrumento

⁴⁴¹ GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal...ob. cit.

⁴⁴² FEJOO SÁNCHEZ, B. J., “La persona jurídica como sujeto...ob. cit., p. 56.

⁴⁴³ Ídem. p. 57.

⁴⁴⁴ Ídem. p. 56.

⁴⁴⁵ Así lo indica el AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de mayo de 2014, DD.PP. 26/2012, que ha sido objeto de los siguientes comentarios doctrinales: GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad...ob. cit., p. 3; NEIRA PENA, A. Mª., “Reseña al auto de la de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre de 2014, pp. 300-302.

⁴⁴⁶ En este sentido, la Circular FGE 1/2011, pp. 17-19 y 37, se refiere a la falta de alteridad como causa para acudir al levantamiento del velo imputando directamente a las personas físicas y no a la entidad.

en manos de aquél y, en ausencia de actividad legal, no existirían *stakeholders* inocentes a los que proteger. Lo cierto es que, en esta situación, parece evidente que “no tiene mucho sentido citar a declarar a una persona jurídica de pantalla o reconocerle derechos de defensa”⁴⁴⁷.

De igual modo, tratándose de entidades creadas con el objeto de eludir una responsabilidad penal, podría entenderse que su creación se ha realizado en fraude de ley, ignorándose su existencia a efectos de la exigencia de responsabilidad. Así mismo, si se tratase de entidades tapadera, creadas por grupos u organizaciones criminales, sin actividad lícita alguna, podría procederse a su disolución en el marco del proceso seguido contra las personas físicas implicadas en el delito (art. 520 CP), sin que, obviamente, la asociación ilícita ni las entidades creadas para desarrollar su actividad criminal, deban ser parte en el proceso ni objeto de una imputación autónoma.

En este sentido, hay que tener en cuenta que alguno de los tipos penales, que forman parte del ámbito aplicativo de la responsabilidad penal de los entes colectivos, rara vez serán ejecutados desde personas jurídicas con actividades lícitas, realizándose, más bien, desde organizaciones criminales que, por lo general, ni necesitan ni adquieren ningún tipo de personalidad⁴⁴⁸, salvo que lo hagan con una finalidad elusiva o fraudulenta, precisamente para dotarse de apariencia de legalidad. En este orden de ideas, cabe traer a colación las reflexiones de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ al advertir la necesidad de distinguir diversos grados de proximidad a la legalidad. En este sentido, la autora diferencia aquellas asociaciones que tienen fines ilícitos y, por ende, no pueden tener personalidad jurídica, que merecerían el tratamiento de las asociaciones ilícitas, de aquellas otras que son organizaciones legales, pero se encuentran instrumentalizadas por los fines ilícitos de sus miembros o por grupos. En tales casos, propone la autora, a mi juicio con acierto, resolver caso por caso, según el grado de instrumentalización de la organización, su tratamiento como asociación ilícita o no⁴⁴⁹.

En todo caso, la falta de alteridad de la entidad y sus miembros, la finalidad fraudulenta de su creación o su condición de grupo o asociación ilícita son extremos necesitados de comprobación que, muchas veces, no podrán ser apreciados hasta que haya avanzado la investigación o, incluso, hasta que se haya practicado la prueba pertinente a tal fin. En tales casos, la solución más garantista pasaría por imputar a todos los entes jurídicos implicados a los que, *a priori*, sería difícil considerar inimputables o carentes de capacidad para ser parte. Por consiguiente, sólo si desde la fase de instrucción se percibiese, de forma clara y manifiesta, esa falta de alteridad, derivada de la total instrumentalización de la entidad por sus gestores para la realización de actividades delictivas, podría prescindirse de la imputación autónoma a la persona jurídica, citando directamente a las personas

⁴⁴⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 15.

⁴⁴⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...”ob. cit., pp. 208-209.

⁴⁴⁹ Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación*...ob. cit., p. 65, quien distingue entre las asociaciones ilícitas y las asociaciones legales instrumentalizadas para fines ilícitos.

físicas implicadas en la trama delictiva⁴⁵⁰. Tal y como indica el citado AAN, de 19 de mayo de 2014, esta decisión, sobre si procede o no imputar a la persona jurídica, determinante del estatus jurídico que han de tener las entidades incurso en la investigación, tiene importantísimas consecuencias, por lo que es preciso que el Juez instructor se pronuncie sobre ella en una resolución motivada y jurídicamente fundada, que ha de dictarse tras el necesario debate procesal contradictorio⁴⁵¹. Así pues, el juzgador está obligado a dictar una decisión motivada, que justifique el estatus de “no imputado” de la persona jurídica en cuestión, mientras que la entidad, por su parte, podrá cuestionar dicho estatus, aportando contraindicios que acrediten el mínimo de complejidad organizativa necesario para ser considerada una persona jurídica independiente⁴⁵².

Por lo tanto, cuando no está claro, desde el inicio del proceso, que se trata de una sociedad pantalla, bien porque realiza alguna actividad con visos de legalidad, más allá de la que le sirve de coartada para sus propósitos criminales, o bien porque está integrada por una pluralidad de personas físicas, algunas de las cuales no son sospechosas de haber intervenido en la actividad ilegal, lo adecuado será imputarla, aun cuando su actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal⁴⁵³. En este sentido, si la entidad realiza una actividad económica real, y no como mera tapadera, o si constan como administradores o trabajadores de la misma, terceros ajenos a la trama delictiva, lo más correcto y garantista será imputar autónomamente a la persona jurídica y permitirle alegar, en calidad de investigada, lo que a su derecho convenga, sin provocarle indefensión. De este modo, a través de su condición de parte, se posibilita que los legítimos intereses de esos terceros, que podrían verse afectados por la disolución de la entidad o por la paralización de su actividad, sean efectivamente protegidos en el proceso, a través de la defensa del interés social. Por otra parte, la imputación del ente abre para el Juez un amplio abanico de posibilidades en orden a determinar la pena adecuada de entre las previstas en el art. 33.7.CP, sin tener que limitarse a acordar su disolución, determinada por su calificación como grupo u organización criminal o por su consideración, si se apreciase fraude de ley en su creación, como cosa, o conjunto patrimonial decomisible, y no como persona.

Sin embargo, resulta arriesgado que la determinación de la capacidad para ser parte se reduzca a una cuestión casuística. Por eso, tratándose de una entidad con personalidad jurídica, hay que partir de que su apariencia de legalidad que, cuando menos, habrá tenido en el momento de su constitución, ya que de otro modo no habría accedido al correspondiente Registro público. Precisamente, esa apariencia de

⁴⁵⁰ NEIRA PENA, A. M^a., “Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas: comentario del Auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN”, *Diario La Ley*, 7768, 3 de enero de 2012.

⁴⁵¹ AAN (Sala de lo Penal, Sección 2^a), de 19 de mayo de 2014, DD.PP. 26/2012, F. J. 6^o.

⁴⁵² GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad...ob. cit.

⁴⁵³ El hecho de que la actividad legal sea menor que la ilegal, dejando a un lado los problemas de cuantificación que presentará en la práctica, es el criterio contemplado en el art. 66 bis 2^o II b) y III b) CP para determinar cuándo una entidad está siendo instrumentalmente usada para cometer delitos. En tal caso, se permite llegar a imponer la pena de disolución y otras de muy larga duración, pero a través del sistema de imputación previsto en el art. 31 bis CP y en el marco de un proceso con todas las garantías en el que la entidad ha debido adquirir, previamente, la condición de encausada.

legalidad frente a la sociedad podría hacer que terceros, ajenos al delito, tuviesen intereses legítimos, y por tanto susceptibles de tutela jurídica, en que la entidad no fuese disuelta u objeto de decomiso, sin posibilidad de defenderse en el proceso. Ese puede ser uno de los motivos que conducen a GÓMEZ-JARA DÍEZ a sostener que la declaración del Juez instructor señalando que una persona jurídica no es penalmente imputable, por tratarse de una entidad puramente simulada, o sin sustrato organizativo real, no ha de implicar la total ausencia de un estatus procesal para la misma, sino que su personación, en el proceso penal, debiera permitirse en calidad de responsable civil⁴⁵⁴.

En definitiva, cabe concluir que negar la capacidad para ser parte a una persona jurídica debe ser una posibilidad excepcional y precisada de una resolución judicial motivada y alcanzada por el Juez de Instrucción tras el oportuno debate contradictorio. Así, sólo cuando resulte evidente que la actividad lícita de la entidad se limita a funcionar como tapadera de la verdadera y única actividad ilegal que constituye su objeto, y cuando no se aprecie una estructura organizativa que permita afirmar que existe alteridad entre la entidad y quienes la dirigen y controlan, podrá, tal persona jurídica, ser objeto de una resolución judicial en la que se declare su inimputabilidad y su falta de capacidad para ser parte pasiva del proceso penal, procediéndose, por lo tanto, sólo contra las personas físicas autoras de los delitos en cuestión y pudiendo, en su caso, acordar la disolución de la entidad y el decomiso de sus bienes, sin haber sido ésta parte en el proceso.

Ahora bien, tales extremos han de ser, tal y como se señaló *ut supra*, motivados por el Juez de Instrucción en el auto en el que impute a las personas físicas integrantes de la entidad. Y, en caso de duda sobre su concurrencia, ha de procederse a la imputación de la entidad que, en su condición de investigada, podrá ejercer plenamente su derecho de defensa. En este sentido, ha de ser el instructor el que ha de “*pronunciarse fundada y motivadamente sobre el estatus jurídico procesal de las personas jurídicas incurso en el procedimiento y en su caso efectuar la imputación a que se refieren los arts. 118 y 119 de la LECrim*”⁴⁵⁵, siendo la *ratio decidendi* la ausencia de actividad real, de sustrato organizativo material y de alteridad entre la entidad y sus gestores.

⁴⁵⁴ GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “La inimputabilidad organizativa en la responsabilidad...ob. cit.

⁴⁵⁵ AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de mayo de 2014, DD.PP. 26/2012.

3.- La capacidad procesal

Esta capacidad ha sido generalmente definida como “*la aptitud genérica para realizar actos procesalmente válidos en todo tipo de procesos*”⁴⁵⁶. Ahora bien, en relación con el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, “*no se trata de la capacidad negocial o la capacidad para el ejercicio de los derechos del sujeto pasivo de la acción, sino de su capacidad natural de percepción y contradicción, de la aptitud mental y corporal para seguir el procedimiento y poder hacer valer en él las propias razones*”⁴⁵⁷. En este sentido, cabe afirmar que “*Tendrán dicha capacidad procesal todos aquellos individuos que puedan participar conscientemente en el proceso, por poseer una aptitud mental y corporal, suficiente para comprender la imputación-acusación formulada contra él y ejercer el derecho de defensa*”⁴⁵⁸. En términos generales, se puede afirmar que tendrán dicha capacidad todos aquellos individuos que puedan participar conscientemente en el proceso. Así, se exige que el investigado para ser encausado y, este último para ser juzgado, ostenten capacidad procesal, esto es, un estándar o nivel mínimo de madurez o aptitud para comprender y, por lo tanto, para responsabilizarse de las consecuencias de sus propios actos.

Desde esta perspectiva, esta categoría se correspondería con una situación de hecho, cual es la aptitud natural para seguir el procedimiento penal⁴⁵⁹, con lo podría entenderse que la misma resulta predicable sólo de las personas físicas y no de las personas jurídicas que no dejan de ser entes ficticios, creados por el Derecho. En este sentido, cabe entender que las personas jurídicas carecen de capacidad de obrar y por ende de capacidad procesal. En este sentido, se afirma que “*únicamente la persona física es capaz procesalmente*”, mientras que “*la persona jurídica carece de existencia real y por consiguiente no puede actuar personalmente en el proceso, debiendo ser forzosamente representada, al igual que le ocurre, en general, en su actuación en el tráfico jurídico*”⁴⁶⁰. Así pues, resulta indiscutible que las personas jurídicas, por su naturaleza, actúan en todas las facetas de su vida a través de personas físicas que materializan su voluntad, actuando en el lugar de aquellas. En esta línea, se afirma que las personas jurídicas, las asociaciones de personas y las masas de bienes carecen de capacidad procesal, al igual que los niños menores de 7

⁴⁵⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Precisiones en torno a los conceptos de parte...ob. cit., p. 300.

⁴⁵⁷ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley...*ob. cit., (1951), p. 275.

⁴⁵⁸ Cfr. RENEDO ARENAL, M^o. A., *Problemas del imputado...*ob. cit., p. 286; En términos semejantes, afirma MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso...*ob. cit., p. 53, que la capacidad procesal del sujeto pasivo del proceso penal “*equivale a la capacidad de participar conscientemente en el juicio*”, o sea de percatarse de las actividades que contra él se realizan, de los cargos que contra él se dirigen y, al mismo tiempo, de emplear y hacer uso de los derechos que la Ley le confiere).

⁴⁵⁹ Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...*ob. cit., p. 158.

⁴⁶⁰ Así lo entiende, SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Precisiones en torno a los conceptos de parte...ob. cit., p. 301. Asimismo, son de esta opinión que niega capacidad procesal a las personas jurídicas, entre otros, GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona/Madrid/Buenos Aires/Río de Janeiro, 1936, p. 229; CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil. Composición del proceso*, N. Alcalá-Zamora y Castillo; S. Sentís Melendo (trads.), Uteha, Buenos Aires, vol. 2, 1944, p. 32.

años, los enfermos mentales y los incapacitados por causa de incapacidad mental⁴⁶¹. Igualmente, dentro de este sector doctrinal, se encuadraría CARNELUTTI, quien entiende que, debido al número de personas que componen una persona jurídica, esta es inidónea para la acción, lo que provoca que, al igual que los menores, tengan que actuar por medio de uno o varios representantes⁴⁶².

Sin embargo, otra parte de la doctrina afirma que los problemas de capacidad procesal se refieren sólo a personas naturales ya que las personas jurídicas la tienen atribuida por propia naturaleza⁴⁶³. Siguiendo este razonamiento, las personas jurídicas sólo tendrían límites emanados de su naturaleza ideal, no corporal, pero, tales limitaciones, afectarían a su capacidad para ser parte y no a su capacidad procesal⁴⁶⁴. En definitiva, desde este punto de vista, se afirma que “*las personas jurídicas tienen por esencia y definición plena capacidad de obrar –correlato de la capacidad procesal en el ámbito civil⁴⁶⁵–. Así, pues, respecto de las personas jurídicas (...) no hay cuestión sobre capacidad procesal sino que lo que ha de resolverse es cómo actúan en juicio mediante la representación por una persona física⁴⁶⁶*”. En definitiva, cabe afirmar que “*la capacidad procesal de las personas jurídicas, no plantea (...) demasiada envidia, por cuanto respecto de las mismas, no podemos propiamente distinguir entre capacidad para ser parte y capacidad procesal⁴⁶⁷*”, de tal forma que la primera integra o supone la segunda, con lo que afirmada una se presume *ope legis* la otra.

En todo caso, independientemente de la corriente doctrinal que se siga, lo que está claro es que la capacidad procesal de la persona jurídica necesita ser instrumentalizada a través de una persona física que actúe en su nombre⁴⁶⁸ o, en otras palabras, que su ausencia de capacidad procesal ha de ser integrada a través de la representación. En este sentido, la capacidad procesal, entendida como la capacidad de seguir el proceso, entenderlo y actuar válidamente en el mismo, debe asimilarse, en el caso de las personas jurídicas, a su representación o comparecencia en juicio a

⁴⁶¹ GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*...b. cit., p. 229.

⁴⁶² CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil*...ob. cit., p. 32.

⁴⁶³ Cfr. GUTIÉRREZ SILVA, J. R., “El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público”, *Revista Chilena de Derecho*, 2009, vol. 36, núm. 2, pp. 245-279, p. 270.

⁴⁶⁴ Así lo entiende GUTIÉRREZ SILVA, J. R., “El presupuesto procesal de la capacidad...ob. cit., p. 271, ejemplificando la cuestión del siguiente modo: como las personas jurídicas no pueden ser titulares de derechos de familia no pueden ser parte en un proceso de demanda de alimentos.

⁴⁶⁵ Esta aclaración es mía.

⁴⁶⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., et al., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, 3ª ed., Madrid, 2004, pp. 145-146; Seguido por ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas*...ob. cit., p. 234; Tal afirmación se sustentaría igualmente en la definición de persona jurídica de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil (vol. I): Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 576, según la cual “*son personas jurídicas las realidades sociales a las que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes*”.

⁴⁶⁷ Cfr. MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, Mª. J., “La responsabilidad penal de las...ob. cit., p. 383.

⁴⁶⁸ Cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.

través de determinadas personas físicas⁴⁶⁹. Al menos este es el tratamiento que otorga la LEC a la capacidad procesal de los entes colectivos señalando que “*por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen*” (art. 7.4 LEC), por las masas patrimoniales o patrimonios separados quienes, conforme a la ley, las administren (art. 7.5 LEC), por las entidades sin personalidad, las personas a quienes la ley atribuya su representación en juicio (art. 7.6 LEC) o las que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros (art. 7.7 LEC).

Ulteriormente, esa capacidad entendida en su sentido tradicional, esto es, como aptitud mental y corporal necesaria para seguir el proceso, deberá valorarse, en su caso, en relación con el representante designado para actuar en su nombre en el marco del proceso y no en relación con la entidad misma. Como consecuencia de ello, en el ámbito de las personas jurídicas, más que hablar de un problema de capacidad procesal, la cuestión central será determinar a través de qué concreta persona física va a actuar en el proceso, es decir quién puede actuar válidamente en el proceso por cuenta y en nombre de la entidad que ocupa la posición de parte pasiva del proceso penal.

En este contexto, cabe señalar que, respecto de las personas jurídicas, “*no existen problemas de capacidad, sino más bien de representación*”⁴⁷⁰. Así pues, el presupuesto de la capacidad procesal de las personas jurídicas se reconduce al examen de la aptitud de su representante para realizar actos válidos en el marco del proceso, por cuenta y en nombre de la entidad investigada, encausada o acusada. Tal aptitud, a su vez, dependerá, por un lado, de la capacidad procesal de su representante, y por otro, de que el mismo ostente un poder de representación, ya legal, ya voluntario, que le habilite para intervenir en las actuaciones procesales en nombre de la persona jurídica inculpada.

3.1.- ¿Quién representa a la persona jurídica en el proceso?

3.1.1.- La situación previa a la LMAP

La determinación de quien actuará en nombre de la persona jurídica en el proceso penal es una cuestión especialmente controvertida. La ley no aclara este punto, en la doctrina existen una gran diversidad de propuestas al respecto y el Derecho extranjero tampoco ofrece soluciones unánimes. Sin embargo, se trata de un tema central, en tanto que condiciona, en gran medida, la actuación procesal de las personas jurídicas como sujetos pasivos del proceso penal. En particular, sirve para integrar su capacidad procesal, consintiéndoles desarrollar actos personalísimos, tales como la prestación de la conformidad y permitiendo, al mismo tiempo, que puedan

⁴⁶⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Precisiones en torno a los conceptos de parte...ob. cit., p. 301.

⁴⁷⁰ Ídem., p. 301.

aprovechar las posibilidades de autodefensa que, de ordinario, se reconocen al inculpado.

Desde el momento en que se aprobó la reforma penal que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y antes de iniciarse la pertinente reforma procesal, la doctrina empezó a indagar sobre cómo materializar la actuación procesal del ente. Sobre esta cuestión existían dos corrientes opuestas desde el punto de vista doctrinal. La primera consistente en la humanización de la persona jurídica que sería personificada en el proceso a través de un representante⁴⁷¹. Este sujeto podría denominarse *representante defensivo*, para diferenciarlo del representante procesal, que sería el procurador⁴⁷². La segunda posibilidad pasaba por considerar innecesaria la comparecencia de una persona física, que representase materialmente a la persona jurídica, quedando sus derechos y garantías procesales a salvo a través del ejercicio de las funciones de representación y defensa que corresponden al procurador y al abogado, respectivamente⁴⁷³.

En tanto que la entidad, en vista de su naturaleza ficticia, no puede actuar por sí misma en el proceso, los actos personalísimos o el derecho de autodefensa sólo podrían ser desarrollados, en su nombre, en la medida en que estuviese representada por un individuo. De esta forma, a través de la representación del ente, se permitiría la adaptación de un sistema procesal, concebido para el enjuiciamiento de personas humanas, a este nuevo sujeto pasivo del proceso penal, de naturaleza incorpórea. Por eso, antes de que se empezase a tramitar el PLMAP, se plantearon numerosas propuestas orientadas a la humanización de la entidad, esto es, dirigidas a determinar qué concreta persona física debería representar al ente en el proceso junto al abogado de la defensa y al procurador.

3.1.1.1- El representante legal como representante defensivo

Ante la ausencia de una específica regulación en la LECrim, se acudió a la contenida en la LECiv, según la cual “*por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen*” (art. 7.4 LECiv). En este sentido, se han pronunciado varios autores estableciendo que la persona física que actúe en nombre de la persona jurídica, como sujeto procesal encargado del ejercicio de los derechos que asisten a

⁴⁷¹ En este sentido, MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 67, afirma que la previsión legal de designación de un representante distinto del abogado y el procurador constituye una manifiesta regla de humanización del proceso penal seguido contra la persona jurídica, en la medida que permite señalar la persona física que interpreta el papel de investigado, encausado o acusado.

⁴⁷² Denominación empleada por HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

⁴⁷³ De esta opinión, es DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 729, para quien “*los derechos de defensa y garantías procesales pueden quedar plenamente cubiertas con la presencia de una dirección letrada técnica y una representación procesal que, en virtud de los deberes propios de su función, estén en comunicación y relación estrecha con los órganos directivos de la sociedad o ente colectivo y sigan fielmente sus instrucciones*”.

aquella, debe ser quien ostente la representación legal del ente colectivo⁴⁷⁴. De tal forma que, para determinar quién tiene atribuida la representación legal de la entidad, habría que acudir a la normativa específica de cada persona jurídica⁴⁷⁵.

Existen varios argumentos que apoyarían la tesis de atribuir la representación en el proceso penal al representante legal del ente inculpado:

A) En primer lugar, el referido art. 7.4 LEC, que resultaría de aplicación supletoria respecto de la LECrim, y que, tal y como se acaba de referir dispone que “*por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen*”.

B) En segundo lugar, en relación con las sociedades de capital, se establece, con carácter general, que “*(...) la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos (...)*” (art. 233 TRLSC). Este precepto extiende, expresamente, las facultades de los administradores, en tanto que representantes de la sociedad, a la actuación en juicio. Como consecuencia, no será necesario preguntarse si las relaciones jurídicas desplegadas en el marco del objeto social, una vez que devienen litigiosas, requieren de la representación de otro sujeto o de un apoderamiento *ad hoc* para actuar en el marco contencioso, porque el mismo precepto lo aclara, extendiendo el poder de representación de los administradores al ámbito judicial y al extrajudicial, sin establecer distinción de ninguna clase⁴⁷⁶.

C) Un tercer argumento a favor de que sea el representante legal de la entidad quien la personifique en el proceso penal puede encontrarse en el CP. En este sentido, el art. 31 quáter a) y b) CP, al señalar las actuaciones procesales de la persona jurídica que pueden atenuar su responsabilidad penal – en concreto, la confesión y la aportación de pruebas- se refiere a su consecución por los representantes legales de la persona jurídica, con lo da a entender que quien actúa en el proceso en nombre de aquella ha de ser quien ostente su representación legal, que son, aquellos individuos que, según la legislación general y las propias normas de funcionamiento interno de la entidad, producen y exteriorizan su voluntad⁴⁷⁷.

⁴⁷⁴ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.; En el mismo sentido, se pronuncian, entre otros, CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., J. L., Gómez Colomer; S. Barona Vilar; P. Calderón Cuadrado (coords.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 951-974, p. 956, para quien la persona jurídica habrá de comparecer en juicio a través de quien legalmente pueda representarle, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7.4 LECiv; BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica...ob. cit., p. 170; MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 16.

⁴⁷⁵ MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M^a. J., “La responsabilidad penal de las...ob. cit., p. 384.

⁴⁷⁶ En contra, se manifiesta HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit., afirmando que la representación defensiva en el proceso tiene una finalidad y contenido diferente a la del representante legal en el ámbito del tráfico jurídico general.

⁴⁷⁷ Cfr. BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica...ob. cit., p. 170; MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 16.

Así mismo, en el ámbito comparado resulta habitual que se señale al representante legal, o a otro sujeto con poder de representación general en la entidad, como el llamado a actuar por la entidad en el marco del proceso penal. En este sentido, el art. 706-43 CPP francés designa como tal, a quien ocupe el cargo de representante legal de la entidad en el momento de iniciarse la persecución penal. Por su parte, el art. 39.1 del D. Lgs. italiano 231/2001 dispone que el ente participa en el proceso penal a través de su propio representante legal⁴⁷⁸. Igualmente en Chile, se asume que será el representante legal el que actuará en nombre de la persona jurídica (art. 22 II Ley 20.393⁴⁷⁹). En Austria, la Ley Federal sobre la responsabilidad de las asociaciones por delitos, dispone que la entidad será representada en el proceso por cualquiera de los miembros del órgano competente para su representación *ad extra* (art. 16.1) *VbVG*⁴⁸⁰. Mientras que, el CPP suizo señala que, en el procedimiento penal contra una empresa, la misma será representada por una única persona que cuente con poderes ilimitados para representarla en asuntos civiles (art. 112.1 CPP⁴⁸¹). Por el contrario, la regulación española, se refiere al “*representante especialmente designado por la entidad*” (arts. 120.1, 409 bis, 786 bis y 787.8 LECrim) con lo que abre la puerta a una designación *ad hoc* para la actuación en el proceso penal.

Sin embargo, la atribución de la representación defensiva al representante legal, aunque pudiera parecer la solución más intuitiva, choca con dos problemas fundamentales. En primer lugar, ocurre que las personas jurídicas, normalmente, no tienen un único representante legal, sino que tienen varios, que, incluso, en ciertos casos, deben actuar en forma mancomunada para comprometer la voluntad social⁴⁸². Esto no resulta deseable en tanto que el proceso penal requiere contar con un interlocutor válido, estable, plenamente identificado y accesible⁴⁸³. En segundo lugar, existe el inconveniente derivado del eventual conflicto de intereses defensivos, que puede surgir entre la persona jurídica y sus representantes legales, administradores u otros sujetos con facultades de decisión, organización y control dentro de la entidad en tanto que, a la luz de la regulación sustantiva, es muy posible que estos últimos estén siendo personalmente investigados o se encuentren personalmente encausados

⁴⁷⁸ Así, la ley italiana señala que “*L’ente partecipa al procedimento penale con il proprio rappresentante legale (...)*” (art. 39.1 D. Lgs. 231)

⁴⁷⁹ Ley 20.393 chilena que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁴⁸⁰ *VbVG* del año 2005, ya citada.

⁴⁸¹ CPP suizo de 5 octubre de 2007.

⁴⁸² En este sentido, para las sociedades de capital, las reglas del art. 233.2 TRLSC establecen que, en caso de existir un administrador único, el poder de representación corresponderá necesariamente a éste, en caso de que sean varios administradores solidarios, el poder de representación corresponderá, en todo caso, a cada uno de ellos en las relaciones con terceros, sin perjuicio de que existan limitaciones *ad intra*. También cabe la posibilidad de establecer administradores conjuntos que han de ejercer mancomunadamente el poder de representación. Y finalmente, si se opta por establecer un consejo de administración, el poder de representación recaerá en el consejo, que deberá actuar colegiadamente, sin perjuicio de que los estatutos puedan modificar tal régimen atribuyendo a uno o varios miembros del órgano el poder de representación para que lo ejerciten individual o conjuntamente.

⁴⁸³ Así lo entiende HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Algunos problemas de la representación de la persona jurídica imputada en el proceso penal”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm. 10, 2012, pp. 3-16, p. 7.

en el mismo proceso y por los mismo hechos que la persona jurídica y que, además, tengan intereses contrapuestos o, simplemente, estrategias de defensa distintas⁴⁸⁴.

3.1.1.1.1.- El potencial conflicto de intereses entre la entidad y sus representantes legales coimputados⁴⁸⁵

Precisamente, el potencial conflicto de intereses entre la persona jurídica encausada y sus administradores o representantes, que podrían resultar igualmente investigados o encausados por los mismos hechos, era, antes de aprobarse la LMAP, el gran obstáculo que encontraba la doctrina a la traslación de las reglas de la LECiv al ámbito del proceso penal. Así pues, aunque la persona jurídica responde por los delitos cometidos por sus administradores o representantes, la estrategia defensiva de ambos sujetos no tiene por qué coincidir, al igual que ocurre con dos coautores de un mismo delito. En este contexto, atribuir la representación de la entidad a una persona física investigada por los mismos hechos o coencausada podría suponer un ataque frontal al derecho de defensa de la primera. Por eso, resulta conveniente precisar, cuál es el alcance de ese conflicto de intereses y analizar las soluciones que, a fin de evitarlo, se encuentran en el Derecho extranjero, así como las que ha propuesto hasta ahora la doctrina.

3.1.1.1.1.1.- Las fuentes del conflicto de intereses

Tanto la responsabilidad de las personas jurídicas, como las posibilidades de atenuación de la misma, dependen, en cierto sentido, de las actuaciones de sus representantes legales o de sus administradores, en tanto que, sujeto facultados para ejercer, dentro de la entidad, facultades decisorias, de organización y control. Así lo ha determinado el legislador al optar por un sistema de responsabilidad vicarial en el que la entidad responde por los delitos cometidos por sus agentes (art. 31 bis 1 CP), junto con un sistema de circunstancias atenuantes consistentes en actuaciones procesales, tales como la confesión o la aportación de pruebas, que deben realizarse *a través de los representantes legales* de la entidad (art. 31 quáter CP). Ambas circunstancias determinan la existencia de un potencial choque de intereses entre la persona jurídica y las personas naturales que por ella actúan⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ Este potencial conflicto de intereses ya fue tempranamente detectado y estudiado por HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

⁴⁸⁵ A pesar de que en la ley ya no existe en el término legal de imputado, que ha sido sustituido por el de investigado o encausado, según la fase de la investigación penal en que se encuentre la causa (D.A. 2ª L.O. 13/2015, de 5 de octubre), se mantiene aquí la denominación de coimputado para hacer referencia a la situación, previa a la apertura del juicio oral, en la cual una investigación penal se dirige frente a dos sujetos, independientemente de que se trate de meros sospechosos o de encausados a los que se atribuye formalmente participación en un hecho delictivo.

⁴⁸⁶ ROMA VALDÉS, A.; I. Escobz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 83.

En la medida en que la responsabilidad de la persona jurídica está asociada a la comisión de un hecho o de un delito por una persona natural, con poder de representación, de decisión, de organización, dirección o control respecto de aquella, no será extraño que se proceda conjuntamente frente a la entidad y a sus administradores o representantes legales, atribuyéndoles responsabilidad por los mismos hechos y resultando ambos, por lo tanto, coimputados en el mismo proceso penal.

Esta situación de corresponsabilidad constituye una significativa fuente de potenciales conflictos de interés, que amenazan con resolverse en perjuicio de la persona jurídica, toda vez que, a diferencia de lo que ocurre, habitualmente, en una situación de “coimputación” entre dos o más personas físicas, se produce aquí un escenario en el que uno de los coimputados puede, bajo determinadas circunstancias, resolver soberanamente por el otro, actuando en su nombre o, simplemente, ser considerado el otro a los efectos del proceso⁴⁸⁷. Por consiguiente, ese potencial conflicto de intereses entre la sociedad y quienes legalmente la representan es muy relevante en tanto que podría comprometer la actuación procesal de la persona jurídica⁴⁸⁸.

Por este motivo, parte de la doctrina considera inadmisibles que sea el sujeto investigado por los mismos hechos, o al que personalmente se atribuye participación en el delito base, el que asuma la posición de representante de la persona jurídica inculpada⁴⁸⁹. El PLMAP solucionaba la cuestión estableciendo que, en el marco del juicio oral, no podría designarse como representante a quien hubiera de declarar como testigo o a quien debiese tener cualquier otra intervención en la práctica de la prueba (art. 786 bis 2 II PLMAP), lo cual incluiría a los coimputados, dado que el valor probatorio de sus declaraciones resulta incuestionable. Sin embargo, la regulación española actual, a diferencia de lo que ocurre, generalmente, en el panorama comparado, no establece ninguna incompatibilidad al respecto, con lo que no está claro si el Juez puede impedir que el sujeto personalmente investigado o encausado actúe como representante de la persona jurídica o si, por el contrario, se trata de una decisión que pesa, única y exclusivamente, sobre la persona jurídica que podría decidir, bajo su responsabilidad, actuar en el proceso a través de su representante legal, aun cuando este fuese personalmente investigado o encausado por los mismos hechos o por hechos conexos.

⁴⁸⁷ HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Algunos problemas de la representación...ob. cit., p. 9.

⁴⁸⁸ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^o., “Representación y defensa de la persona jurídica...ob. cit., p. 180.

⁴⁸⁹ En este sentido, niegan que el representante imputado pueda representar al ente, entre otros ROMA VALDÉS, A.; I. Escobz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., p. 83; PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad...ob. cit., p. 587; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129...*ob. cit., p. 162; BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica”, en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 277-305, p. 282; GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., “Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 26, año 2011, pp. 79-92, p. 81-82; ECHARRI CASI, F.J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.

El problema resulta ciertamente novedoso porque, antes de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en principio, la relación del investigado, encausado o acusado con el órgano judicial, regida por el principio de intermediación, era ajena a relaciones de representación que ahora, por la propia naturaleza de la persona jurídica, resultan ineludibles. Además, antes de la reforma del CP del año 2010, cuando una persona jurídica actuaba en el proceso como responsable civil, como responsable del pago de una multa en virtud del antiguo art. 31.2⁴⁹⁰ -actualmente derogado- o como pasible de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, las posiciones procesales de tal ente y de sus agentes se encontraban, generalmente, alineadas, de tal manera que la defensa de la persona física pasaba por la defensa de la persona jurídica⁴⁹¹ y viceversa. Los conflictos de interés en este ámbito eran prácticamente inexistentes, porque la persona jurídica sólo podía ser condenada si también lo era la persona física. Ahora, por el contrario, la potencialidad de un conflicto de interés entre las personas físicas y las personas jurídicas resulta manifiesta⁴⁹². De hecho, se constata que, con la nueva regulación, el legislador propicia el enfrentamiento de las partes para facilitar el hallazgo de la verdad material⁴⁹³.

A este respecto, puede resultar ilustrativo el caso de los Estados Unidos, donde la cooperación de la entidad, en orden a descubrir a los culpables individuales, es uno de los factores a tener en cuenta a la hora de decidir si presentar cargos o no frente a la misma. Así, los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* señalan, como factor a tomar en consideración, por la fiscalía, en orden a decidir si proceder o no contra la persona jurídica, la pronta y voluntaria confesión de la infracción por parte de la corporación y su voluntad de cooperar en la investigación de sus agentes, así como en la adecuada persecución de los individuos responsables de la mala conducta corporativa⁴⁹⁴. En una línea similar, la regulación española

⁴⁹⁰El antiguo art. 31.2 CP disponía lo siguiente “*En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó*”, sin dejar claro si tal responsabilidad de la persona jurídica tenía naturaleza penal o meramente civil, como forma de aseguramiento de una deuda pecuniaria, en este caso debida al erario público.

⁴⁹¹ Se puede ver, en este sentido, la SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), caso EKIN, de 19 de diciembre de 2007, en la que se afirma que cuando los propios acusados son los representantes legales no es necesaria su audiencia por encontrarse en el propio procedimiento. Esta tesis jurisprudencial, con el nuevo régimen de responsabilidad penal, no tendría cabida, ya que mientras la accesoriidad de las consecuencias del antiguo art. 129 CP podría atenuar, en cierta medida, las consecuencias de esa tesis tan poco garantista, está claro que con el nuevo sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, caracterizado por la autonomía de ambas responsabilidades, esa confusión de sujetos e intereses resultaría inadmisibles.

⁴⁹² BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales...ob. cit., p. 282.

⁴⁹³ MAZA MARTÍN, J. M., “Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente”, Observatorio de Derecho Penal Económico 2012 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, *Diario La Ley*, núm. 7834, 10 de abril de 2012, a lo que el autor añade que no es tanto un problema de representación como de determinación de quién adopta las decisiones en materia de defensa de la persona jurídica.

⁴⁹⁴ En este sentido, se dispone como factor relevante: “*the corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing and its willingness to cooperate in the investigation of its agents*” y “*the adequacy of the prosecution of individuals responsible for the corporation's malfeasance*” 9-28.300

señala, como circunstancias que atenúan la responsabilidad de la persona jurídica, la confesión o la aportación, a través de sus representantes legales, de pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos (art. 31 quáter a) y b) CP). Tales circunstancias ponen de manifiesto que una mala elección del representante de la entidad podría frustrar las expectativas o posibilidades de ésta de ver atenuada su responsabilidad, cuando su aprovechamiento requiere mantener una actitud colaborativa con la justicia y beligerante con los responsables individuales del delito que se le imputa.

Este potencial conflicto de intereses tiene su origen en la doble pertenencia de una parte del entramado fáctico que integra el objeto del proceso y que se imputa tanto a la persona física como a la persona jurídica, se proyectándose, por lo tanto, el ejercicio de sus respectivas facultades defensivas, sobre los mismos hechos, en sentidos que, a veces, pueden resultar divergentes o contradictorios. Así, ambos sujetos pueden posicionarse, respecto de tales hechos comunes, de forma diversa e independiente, aunque con consecuencias que se proyectan no sólo sobre su propia esfera jurídica, sino también sobre la del otro⁴⁹⁵. El asunto carecería de relevancia, asimilándose a cualquier otra situación de coimputación, de no ser porque, nada impide que la representación procesal de la entidad sea asumida por el propio administrador investigado o encausado, cuyos intereses personales y cuya estrategia de defensa podrían perjudicar a la entidad representada⁴⁹⁶, subordinando, tal individuo, los intereses de su representada, a los suyos propios.

En términos generales, hay que convenir que las estrategias defensivas de la persona física y la persona jurídica coimputadas pueden ser contradictorias, por eso es necesario garantizar, a través de algún mecanismo de sustitución, que la entidad podrá desarrollar una estrategia de defensa propia y autónoma respecto de la de sus administradores y/o representantes legales. Por ejemplo, podría ocurrir que al administrador de una sociedad mercantil le interesase realizar una defensa a ultranza de su inocencia, destinada a alcanzar una sentencia absolutoria, mientras que para la persona jurídica a la que representa, por razones comerciales o de mero crédito reputacional, podría resultar más beneficioso acceder a una asunción de responsabilidad de mínimos, rápida y discretamente tramitada, acogiendo a alguna de las circunstancias atenuantes específicamente creadas para las personas jurídicas⁴⁹⁷ o, incluso, conformándose con la pena más alta de las solicitadas por la acusación. Así mismo, podría ocurrir que la estrategia procesal del ente consistiese

A. 4., sección 7ª, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* americanos, texto disponible en <http://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2008/08/28/corp-charging-guidelines.pdf>, última consulta 03/03/2015.

⁴⁹⁵ Cfr. GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., pp. 52-53; En una publicación posterior del mismo autor (*Proceso penal y...*ob. cit., pp. 38-39) se afirma, en esta misma línea, que la doble pertenencia de los hechos de referencia a la persona física y a la persona jurídica determina que, respecto de los mismos, compartan la posición de imputados, y puedan, por lo tanto, ejercer su derecho de defensa de forma independiente, contradiciendo tales imputaciones, con alegaciones y pruebas diversas e, incluso, contradictorias, ya que, en el proceso penal, no puede haber nada análogo al litisconsorcio pasivo necesario del proceso civil.

⁴⁹⁶ Cfr. URRAZA ABAD, J., “Análisis de la reforma del Código Penal (I): “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Res Pública. El portal jurídico Vasco*, 30 de septiembre de 2010, disponible en <http://rpublica.org/contenidos/704-la-responsabilidad-criminal-de-las-personas-juridicas>

⁴⁹⁷ Ídem.

en alegar que el representante investigado, o ya formalmente encausado, actuó exclusivamente en interés propio o de un tercero y no en provecho de la entidad. Obviamente, tal estrategia defensiva podría frustrarse si quien representa al ente es el sujeto al que personalmente se atribuye participación en el presunto hecho delictivo que, en su calidad de investigado, estaría interesado en negar la realidad de la actuación delictiva que se le imputa o, en su caso, en afirmar que su omisión fue imprudente y, por ello, no se le puede imputar delito doloso alguno. Al mismo tiempo, la actuación imprudente de un determinado sujeto⁴⁹⁸ o, incluso, la imposibilidad de determinar al responsable individual, podrían constituir pruebas inculpatorias contra la persona jurídica, que podría ser hallada culpable por la falta de los controles preventivos debidos o por la inadecuada distribución y asignación de responsabilidades en su seno.

Más concretamente, existen otras fuentes de conflicto, específicamente creadas por la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se detallarán a continuación:

- a) En primer lugar, el presupuesto de la existencia de tal conflicto, es la situación de coimputación en el mismo proceso de ambos sujetos, persona física y persona jurídica. En este sentido, dado que el sistema previsto en el CP vincula la responsabilidad de la persona jurídica a la comisión de un delito, o del hecho de referencia, por ciertas personas *relacionadas* con la sociedad que, precisamente, son aquellos sujetos a los que se encomienda, generalmente, la función de representación del ente, como serían los administradores o representantes, es posible, y aun probable, que el legal representante de la entidad sea también personalmente investigado y que termine resultando formalmente encausado en el mismo proceso por los mismos hechos.
- b) En segundo lugar, el potencial conflicto de intereses existe en tanto que *“lo que es conveniente para la entidad (básicamente, colaborar en la investigación) puede no serlo para su representante (que puede verse perjudicado por los resultados de esa colaboración)”*⁴⁹⁹. De hecho, se ha llegado a afirmar que *“en la mayoría de los ordenamientos donde se ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han creado las condiciones necesarias para que exista una competición entre persona física y jurídica con el fin de alcanzar las zanahorias de la colaboración”*⁵⁰⁰. Esta contraposición de intereses, provocada, mayormente, por el sistema de atenuantes, orientado a incentivar la colaboración de la entidad en el descubrimiento de los delitos, podría llegar a constituir una clave de la

⁴⁹⁸ GONZÁLEZ FRANCO, J. A., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 95-101, pp. 96-97.

⁴⁹⁹ BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica...ob. cit., pp. 170-171; En idéntico sentido se pronuncia, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.

⁵⁰⁰ NIETO MARTÍN, A; “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8120, 5 de julio de 2013.

reforma penal, teleológicamente orientada a facilitar la investigación criminal en el ámbito corporativo u organizativo, a través del ofrecimiento de incentivos a la entidad para que coopere en la determinación y en la condena de los responsables individuales⁵⁰¹.

- c) En tercer lugar, también potencian esta situación de conflicto las disposiciones relativas a la multa (art. 31 ter CP) y a la responsabilidad civil (art. 116.3 CP) En cuanto a la pena de multa, el CP establece que cuando se condena a la persona física y a la persona jurídica a una pena de multa por los mismos hechos, el juzgador modulará las respectivas cuantías para que no resulten desproporcionadas en relación con la gravedad de los hechos. Por su parte, el art. 116.3 CP establece que “*la responsabilidad penal de una persona jurídica llevará consigo su responsabilidad civil (...) de forma solidaria con las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos*”. Así pues, a la luz de tales disposiciones, resulta evidente que los coimputados tendrán incentivos para no ser declarados únicos responsables del delito, por lo que podrían intentar arrastrar al otro acusado, en tanto que, si ambos resultan condenados, podrían ver rebajada su pena de multa y la responsabilidad civil *ex delicto* tendría carácter solidario⁵⁰².

Así, aunque la conducta enjuiciada pudo presentar en el pasado una perfecta identificación entre administrador y administrado, como consecuencia de la relación de representación orgánica que les unía, al tiempo del enjuiciamiento, podría darse una disociación de los intereses de ambos sujetos. A pesar de que tal conflicto podría condicionar o hacer ineficaz el derecho de defensa de la persona jurídica⁵⁰³, la ley no lo soluciona⁵⁰⁴, por eso la doctrina, otorgándole a la cuestión la centralidad que

⁵⁰¹ En este sentido, DISKANT, E. B., “Comparative corporate criminal liability: exploring the uniquely American Doctrine through comparative criminal procedure”, *The Yale Law Journal*, núm. 118, 2008, pp. 126-176, p. 141, explica del siguiente modo el papel que juega la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Estados Unidos. En su opinión, presentando cargos frente a la corporación y a los individuos, la Fiscalía crea, artificialmente, una situación de coimputación, de la que se beneficia la investigación, por medio de incentivos a la persona jurídica para que se declare culpable y coopere en la persecución de los presuntos responsables individuales; También NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit., se refiere al papel de la persona jurídica potencialmente responsable como instrumento para facilitar la investigación de los crímenes de empresa.

⁵⁰² GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 61, esp. nota 40; DE ARANDA Y ANTÓN, G., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal...ob. cit., p.15; GONZÁLEZ FRANCO, J. A., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal...ob. cit., p. 51; MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 68.*

⁵⁰³ PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012, pp. 153-173, pp. 159-160.

⁵⁰⁴ Según ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...ob. cit., p. 83*, la LECrim soluciona el conflicto de intereses en tanto que cuando el art. 787.8 referido a la conformidad de la persona jurídica se refiere a que si esta se conforma el juicio continuará para “los demás acusados”, implícitamente estaría dando a entender que el representante legal no puede ser uno de ellos, solución de incompatibilidad que, según el autor, debería adelantarse a la fase de instrucción. Este argumento es muy endeble, porque es evidente que la finalidad del precepto no es regular quien representa al ente en el proceso, con lo que se estaría interpretando de forma interesada y asistemática para concluir lo que, de *lege ferenda*, parece más correcto desde el punto de vista de las garantías defensivas del ente. Otro intento de encontrar en la ley fundamento a tal incompatibilidad es el

merece⁵⁰⁵, discute sobre cómo afrontar este problema. En este sentido se ha dicho que, frecuentemente resultará que “*la persona física a la que ex art. 7.4 LEC le corresponde integrar la capacidad y representación de la persona jurídica imputada, no podrá ni deberá asumir tal papel, porque a su vez, él, a título individual, viene imputado en el mismo proceso, de modo y manera que deberá articularse un mecanismo de implementación –o mejor dicho de integración- de la capacidad procesal de la persona jurídica imputada para defenderse en el proceso seguido contra ella*”⁵⁰⁶.

3.1.1.1.2.- Propuestas doctrinales (anteriores a la LMAP) para integrar la capacidad procesal de la persona jurídica en caso de conflicto de intereses

Para salvar ese conflicto de intereses, se plantearon en la doctrina, antes y durante la tramitación de la LMAP, una serie de propuestas. Así, para el caso de que hubiese algún representante legal de la entidad que no estuviese siendo personalmente investigado o no resultase encausado al finalizar la instrucción, éste debería asumir la representación del ente en el proceso. En este sentido, se proponía aplicar por analogía el art. 206.3.II TRLSC para justificar una atribución del Juez instructor o del Tribunal para elegir como representante a algún otro administrador no imputado⁵⁰⁷. Así pues, el citado precepto, rige para el caso de que, quien ostente la representación exclusiva de la sociedad, quiera impugnar un acuerdo social, supuesto en el cual, el Juez, si la junta no hubiese designado a nadie al efecto, nombrará a tal representante, de entre los socios que hubiesen votado a favor del acuerdo impugnado (art. 206.3.II TRLSC). Esta interpretación encontraría, como principal obstáculo, el hecho de que, en Derecho Procesal, no caben interpretaciones análogicas.

Pero, además, la precedente interpretación, no remediaría el problema de más difícil solución, que surgiría cuando todos los representantes fuesen, desde el principio, objeto de investigación o terminasen siendo personalmente encausados. Así, antes de aprobarse la LMAP, la doctrina se planteaba cómo articular la sustitución de los representantes afectados por el conflicto de intereses. Con tal finalidad, se encontraban en la literatura científica varias posturas contrapuestas. Unas que se inclinaba por la intervención judicial como modo de solucionar el conflicto, de tal forma que el Juez podría limitarse a requerir a la entidad para que nombrase un representante para el juicio o, incluso, podría nombrar directamente un defensor

realizado por GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 85, al afirmar que podría pensarse, para alcanzar el resultado de la incompatibilidad, que la persona física coacusada asume la cualidad de testigo respecto de los hechos de referencia por lo que tampoco podría ser representante del ente en el juicio oral, aunque se tratase del representante legal de la persona jurídica. De todas formas, el propio autor reconoce que no parece que esta haya sido la finalidad del precepto, que ha de entenderse dentro de los límites que se deriven de su objetivo de evitar fraudes.

⁵⁰⁵ De hecho, la existencia de ese potencial conflicto de intereses puede llegar a condicionar la resolución de cuestiones tales como la intervención de la entidad en el proceso, la determinación de su representante o el ejercicio efectivo del derecho defensa.

⁵⁰⁶ GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., p. 13.

⁵⁰⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 62.

judicial. Otros autores, por su parte, apostaban por dejar en manos de la entidad la eventual constatación y solución del mismo, por entender que no se trataría de una cuestión procesal penal, sino más bien de un problema interno de la entidad que, por lo tanto, debería solucionarse de acuerdo con sus propias reglas de actuación, legales o estatutarias. Tampoco faltaban propuestas mixtas que dejaban libertad a la entidad para elegir y designar libremente a su representante para el proceso y, sólo ante su inactividad, acudían a la intervención judicial como forma de suplir la voluntad de aquélla⁵⁰⁸.

- Para aquellos que optaban por dejar la elección del representante en manos de la persona jurídica, se apuntó la posibilidad de que tal designación pudiese estar prevista de antemano en los Estatutos⁵⁰⁹, determinándose *ex ante* el sujeto que hubiera de asumir el papel de representante en juicio, así como los mecanismos de designación subsidiaria para el supuesto de que, el así designado, fuese objeto de imputación⁵¹⁰.

- Por su parte, PÉREZ GIL proponía que, ante la falta de designación de un representante, o habiendo el Juez apreciado conflicto de intereses entre la persona jurídica y el designado, se requiriese a la entidad para que designase a otra persona que la representase y, para el caso de que se mostrara renuente, se proponía acudir, siempre que hubiese un amparo legal, a multas coercitivas periódicas⁵¹¹.

- Otra posibilidad, consistiría en que, a instancia de la autoridad judicial, se reuniese el máximo órgano de decisión de la entidad⁵¹², procediéndose en su seno a

⁵⁰⁸ En esta línea, sostiene NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas. Adaptada a la Ley de Sociedades de Capital, a la reforma del Código Penal de 2010 y a las medidas de agilización procesal de 2011; así como al RDL 9/2012, de 16 de marzo*, Bosch, Barcelona, 2012, p. 65, que si todos los miembros del órgano de administración se encuentran imputados, la Junta General será la encargada de designar al representante defensivo y, subsidiariamente, tal designación deberá ser realizada por el Juez de lo Mercantil del domicilio societario de la entidad.

⁵⁰⁹ MARTÍNEZ RUIZ, J., “Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 1999, disponible en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-11.html, última consulta 5/03/2012; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “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 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)”, *Diario La Ley*, núm. 6888, 21 de febrero de 2008.

⁵¹⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 956; En el mismo sentido, sobre la conveniencia de que los estatutos sociales contemplen, expresamente, quien representará a la entidad en caso de imputación, se pronuncia GÓMEZ COLOMER, J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., p. 218, nota 63.

⁵¹¹ PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad...ob. cit., p. 587.

⁵¹² Por tanto, tal y como indica PORTAL MANRUBIA, J.; “La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del código penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, octubre 2010, pp. 167-182, pp. 177-178, en una sociedad, será la Junta, como máximo órgano de gobierno, la que designe al representante defensivo, mientras que, en una fundación, será el Patronato y, si los patronos estuviesen imputados por los mismos hechos, el Protectorado, como institución encargada de velar por el recto ejercicio de los fines fundacionales, cuyo ejercicio corresponde a la Administración General del Estado o a la CA correspondiente.

la designación de un representante *ad hoc*⁵¹³. En este supuesto, el órgano instructor requeriría a la entidad para que, en un plazo determinado, convocase, conforme a los acuerdos estatutarios, una Junta para designar a un representante legal, con la condición de que el mismo no estuviese imputado en el mismo procedimiento, dejando abierta la posibilidad, dado lo dilatado de este procedimiento, de que, en situaciones de urgencia, actuasen los representantes con poderes específicos o los directivos que se encontrasen al frente de la entidad⁵¹⁴. En este caso, la elección del representante quedaría en manos de la entidad, si bien, el procedimiento de designación sería celebrado por requerimiento judicial y con las condiciones previamente impuestas por el Juez.

- Una alternativa similar a la anterior que, sin embargo, otorgaría poderes a la autoridad judicial para sustituir al representante designado por la entidad cuando se considerase inidóneo, consistiría en que la LECrim dispusiese, como requisito legal, la exigencia de que, en todos los supuestos donde el sujeto pasivo pudiese ser una entidad colectiva, se convocase, automáticamente, una Junta, para designar a un representante, que defendiese, exclusivamente, los intereses colectivos, todo ello fiscalizado por la órgano judicial, a fin de que no se produjesen fraudes de ley o abusos de derecho, pudiendo, en estos casos, nombrar la autoridad a un representante sin intereses particulares⁵¹⁵.

- Otra opción, que se planteó en la doctrina fue la del nombramiento, por parte de la autoridad, de un defensor judicial. En esta línea, para HERNÁNDEZ GARCÍA, la falta de designación de un representante, por parte de la sociedad, tras haber sido requerida para ello, motivaría la designación de una suerte de defensor judicial, próximo a la figura del administrador concursal⁵¹⁶. Por su parte, en una línea similar, proponía PÉREZ GIL que, ante la falta de un representante legítimo y libremente designado por la entidad, el Juez supliese tal ausencia designando, como medida cautelar, para neutralizar *periculum in mora* derivado de la dejadez o falta de colaboración de la persona jurídica, a un administrador judicial, que tomase como referente próximo la figura del administrador concursal⁵¹⁷. Por su parte, BANACLOCHE PALAO apostaba por la designación de un interventor judicial, también como medida cautelar⁵¹⁸. Así mismo, GASCÓN INCHAUSTI señalaba la posibilidad de nombrar un defensor judicial que tomase como referencia la figura del administrador concursal, por ser personas en las que el Estado confía para ocuparse

⁵¹³ MARTÍNEZ RUIZ, J., “Naturaleza jurídica y criterios de aplicación...ob. cit.; DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Garantías materiales y procesales en la imposición de...ob. cit.

⁵¹⁴ PORTAL MANRUBIA, J.; “La persona jurídica ante la jurisdicción penal... ob. cit., p. 177.

⁵¹⁵ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129*...ob. cit., p. 162.

⁵¹⁶ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

⁵¹⁷ Es preciso resaltar que PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad...ob. cit., p. 588, opta por un administrador judicial, en lugar de por la figura del defensor judicial, dados los estrictos términos en los que el CC entiende esta última. Además, advierte que, en este caso, tal administración sería de naturaleza provisional y sujeta a condición resolutoria, careciendo de vocación de permanencia en el tiempo, en tanto que solventaría una necesidad perentoria, cual es la representación de los intereses defensivos de la entidad en el proceso penal.

⁵¹⁸ BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica...ob. cit., pp. 171-172.

de la gestión de empresas “en crisis”, asimilando la imputación penal, en cierta medida, a un supuesto de crisis empresarial⁵¹⁹.

La corriente doctrinal que apostaba por la intervención judicial, como forma de solucionar el conflicto de intereses, era claramente mayoritaria, antes de aprobarse la LMAP. En este sentido, se entendía que, con el ánimo de salvar esa laguna legal, y a pesar de la carencia de norma explícita, la apreciación y solución del conflicto de intereses integraría las facultades del Juez, que debía contar con instrumentos para su superación. Los autores no eran partidarios de dejar a la entidad libertad para solucionar el señalado conflicto, dada la posibilidad de que se actuase en perjuicio de los intereses de la entidad y entendiendo, además, que tal intervención judicial, no sólo serviría para proteger los intereses y derechos del ente inculcado (art. 2 LECrim), sino también el interés general que existe en que los investigados, encausados o acusados en un proceso penal vean garantizado su derecho de defensa, salvaguardando, mediatamente, la justicia, como valor superior del ordenamiento. En este sentido, se argumenta que la representación defensiva en el proceso tiene una finalidad y contenido diferente a la de la representación legal en el tráfico jurídico general y que, por lo tanto, no serían válidas las reglas de abstención y prohibición de designación que se establecen, en la legislación sectorial, para afrontar otras situaciones de conflicto⁵²⁰.

Además, en el panorama comparado, también se encuentran ejemplos en los que es el Juez el encargado de designar a un sustituto del representante legal coimputado con la persona jurídica. Así pues, en Austria, si todos los representantes *ad extra* llamados a actuar por la entidad en el proceso penal, aparecen como sospechosos de haber cometido el delito, el tribunal designará de oficio a un defensor (art. 16 VbVG). En Suiza, si se inicia una investigación, por el mismo delito u otro conexo, frente al representante designado para actuar por la empresa en el proceso, la entidad puede designar a otro en un plazo razonable pero, si no lo hace, quien dirige el procedimiento designará a un representante con poderes ilimitados en asuntos civiles o, en su caso, a un tercero idóneo (art. 112.3 CPP suizo). Por su parte, en Francia, si el representante legal, o aquel en favor de quien, de conformidad con la ley o con sus estatutos, se hayan delegado poderes al efecto, resultan investigados, entonces el Tribunal de Gran Instancia designará a un mandatario judicial para representar a la persona moral (706-43 CPP francés).

Sin embargo, algunos autores se pronunciaron en contra de la posibilidad de nombrar a un defensor judicial⁵²¹ por entender, entre otras cosas, que se trataría de una impostación artificiosa y poco útil para garantizar los derechos de la persona jurídica⁵²², que podría, incluso, llegar a afectar a la imparcialidad del Juez⁵²³. En este

⁵¹⁹ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal... ob. cit., p. 62.

⁵²⁰ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

⁵²¹ Critican esta posibilidad GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., p. 18; PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.; “Aspectos procesales de la reforma del código penal...ob. cit., p. 24; MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., pp. 17 y 22.

⁵²² Cfr. GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., p. 18.

sentido, se argumentaba que dicho conflicto de intereses no era distinto a cualquier otro que se pudiese presentar durante el curso de la vida social del ente, por lo que debería solucionarse a través de la soberanía de sus órganos de gobierno y por los demás medios de control social, previstos al efecto en la legislación civil y mercantil, y no por medio de la intervención judicial⁵²⁴. Así, frente a las posturas intervencionistas en las que el Juez se implicaba en la resolución del conflicto y en la sustitución del representante afectado, otros autores proponían que fuese la propia persona jurídica la que designase libremente a su representante, asumiendo el riesgo de ese conflicto de intereses⁵²⁵.

En este sentido, según BANACLOCHE PALAO, dejando libertad a la entidad, se presentan menos problemas prácticos y se permite que, en función de cómo sea la persona jurídica afectada, se produzca o no un cambio de representante. Así pues, si se trata de una entidad grande o con diversos accionistas, estos se encargarán, previsiblemente, de evitar que los intereses particulares se antepongan a los de la propia entidad; si, por el contrario, se trata de una empresa pequeña, con uno o dos socios, todos ellos implicados en la actuación delictiva o, incluso, de una entidad ideada por sus fundadores para realizar operaciones de dudosa legalidad, resultará indiferente quien la represente, porque no existirá verdadero conflicto de intereses⁵²⁶, dada la falta de alteridad entre la entidad y sus miembros. En esta misma línea, se ha criticado, a mi modo de ver acertadamente, la posibilidad de nombrar un defensor judicial, en tanto que no cabe proceder de forma sistemática a su designación, con base en una supuesta incompatibilidad de intereses, ya que los administradores no pierden su condición de tales por el hecho de estar siendo investigados o de resultar encausados, máxime cuando, en muchos casos, puede que ni tan siquiera haya otros socios interesados en la marcha de la sociedad⁵²⁷. A mayor abundamiento, cabe considerar que la función del Derecho ante los conflictos de interés sólo excepcionalmente es la de prohibirlos o sancionarlos directamente, siendo más habitual identificarlos y adoptar normas de comportamiento (abstención, comunicación del conflicto...) que, sólo en caso de ser infringidas, pueden dar lugar a sanciones⁵²⁸. En este sentido, al menos para las sociedades de capital, se podría acudir a las reglas de la TRLSC, en las que se establecen obligaciones de comunicación, abstención y cese, que pesan sobre los administradores que se encuentran en situación de conflicto de intereses, en vista de su deber de lealtad (arts. 224.2, 229 TRLSC), pudiendo activarse, en su caso, la figura del administrador suplente (art. 216 TRLSC).

⁵²³ En este orden de ideas, MUÑOZ YANGÜELA, B., "Otras cuestiones procesales...ob. cit., pp. 17 y 22, entiende que sería una designación realizada al margen de la voluntad de la persona jurídica, que podría causarle indefensión, y que, la designación judicial de la persona que ejercerá la defensa en nombre de la entidad encausada, excedería de las funciones del Juez, con riesgo de afectar a su imparcialidad.

⁵²⁴ GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., "Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad...ob. cit., pp. 80-81.

⁵²⁵ BANACLOCHE PALAO, J., "La imputación de la persona jurídica...ob. cit., pp. 171-172.

⁵²⁶ Ídem. pp. 171-172.

⁵²⁷ Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., "Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad...ob. cit., p. 82.

⁵²⁸ NIETO MARTÍN, A., "Conflicto de intereses y transparencia" en AA.VV, L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (coords.), *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europea. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 103-116, p. 104.

Finalmente, la regulación actual, optó por dar libertad a la entidad para decidir si designar o no a un representante que actúe por ella en el proceso, así como para decidir a quién designar como tal, refiriéndose a tal sujeto como el “*representante especialmente designado por la entidad*” (arts. 120.1, 409 bis, 786 bis y 787.8 LECrim), sin que tal designación deba recaer, obligatoriamente, en el representante legal, apartándose, en este punto, la LECrim de la regulación de la LECiv⁵²⁹. Por otra parte, tal regulación, como se verá a continuación, no soluciona el problema del conflicto de intereses, en tanto que no se establece ninguna prohibición o incompatibilidad de los sujetos personalmente investigados o encausados para representar al ente en el proceso, limitándose la Ley a disponer que “*no se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo*” (art. 786 bis 1 *in fine* LECrim).

3.1.2.- La situación legal posterior a la LMAP

Con la LMAP se despejaron, tan sólo en parte, las dudas en relación con la determinación del representante de la persona jurídica en el proceso. Parece que, con la nueva regulación, se descarta la posibilidad, apuntada por la doctrina, de nombramiento de un administrador judicial, en tanto que la elección del representante queda al arbitrio de la entidad⁵³⁰. Sin embargo, la LECrim sigue sin aclarar quién debe asumir la representación de la entidad en el proceso, qué condiciones deben concurrir en él o, incluso, tal y como se acaba de señalar, si el representante legal que está siendo investigado o que ha resultado formalmente encausado puede o no ser designado como representante defensivo del ente inculpado.

3.1.2.1.- La indeterminación del representante defensivo en la LECrim

Si se profundiza en el análisis de la regulación positiva, se observa que la reforma operada en la LECrim por la LMAP (en particular los arts. 119, 120 y 786 bis LECrim que se encargan de regular esta materia) ha intentado conjugar dos objetivos. Por un lado, se pretende posibilitar que la persona jurídica, a pesar de su naturaleza incorpórea, encaje en un sistema procesal de corte marcadamente antropomórfico, de tal forma que, a través de la designación de un representante,

⁵²⁹ En este sentido, sostienen PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...*ob. cit., p. 159, que la representación procesal de las personas jurídicas y, por lo tanto, su capacidad de actuación en el enjuiciamiento criminal se ha apartado de las normas generales de la LECiv, estableciéndose un régimen jurídico propio en el art. 119 LECrim.

⁵³⁰ En este sentido, señala ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., p. 82, que la LMAP ha venido a consagrar el principio de que, únicamente compete a la persona jurídica designar a su representante, vedando la posibilidad de que el Juez pueda cumplir esta función para el caso de falta de designación por la entidad.

pueda realizar aquellos actos que, habitualmente, se reservarían a la actuación directa y personal del sujeto pasivo del proceso. Mientras que, por otra parte, el legislador se ha preocupado de evitar que la figura del representante pueda servir para bloquear o entorpecer el desarrollo del proceso penal frente a la persona jurídica⁵³¹.

Así pues, lo primero que llama la atención respecto de esta regulación es que la designación del representante se configura como una mera facultad para la entidad. El hecho de que la ley se refiera a que se *requerirá* a la entidad para que proceda a nombrar a un representante (art. 119.1. a) LECrim), sirviendo, de ordinario, un requerimiento *para ordenar, conforme a la ley, una conducta* (art. 149.4º LECiv), podría conducir a pesar que tal designación constituye una obligación legal para la persona jurídica. Igualmente, al señalar la LECrim que las disposiciones que *requieren* la presencia del investigado o del encausado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, podría entenderse que tal asistencia constituye una obligación. Sin embargo, el hecho de que ni la falta de designación de representante (art. 119.1. a) LECrim), ni su incomparecencia a los citados actos (art. 120.2 LECrim), conlleven ningún tipo de sanción para la persona jurídica, más allá de la continuación del proceso, pone de manifiesto como la actuación a través del representante defensivo tiene carácter facultativo. Extremo que queda confirmado al disponerse expresamente, en sede de juicio oral, que la persona jurídica *podrá* estar representada por una persona que especialmente designe *para un mejor ejercicio de su derecho de defensa* (art. 789 bis LECrim).

Por lo que a mí respecta, considero que el motivo de configurar la designación del representante como una mera posibilidad, sujeta a la libre voluntad de la entidad, responde, no sólo al interés del legislador en evitar suspensiones o aplazamientos del proceso, sino también al carácter, igualmente, facultativo del ejercicio del derecho fundamental a la autodefensa. Ahora bien, como ocurre con todos los derechos fundamentales, y especialmente con los de carácter procesal, la renuncia a su ejercicio, cuando es posible, ha de ser expresa y formulada en términos inequívocos⁵³² con lo que, no estaría demás, que la entidad cumpliera con tales requisitos formales a través de su letrado. Así pues, con este panorama normativo, la persona jurídica, investigada o encausada, tiene dos opciones, o bien, no designar a ningún representante, perdiendo así las posibilidades de ejercitar su derecho de autodefensa, o bien cumplir con la carga de designar a un representante para actuar en el proceso penal en su nombre, pudiendo, en tal caso, aprovechar, de este modo, las posibilidades de autodefensa que el ordenamiento ofrece al sujeto pasivo del proceso penal.

Pero no sólo es voluntaria la designación en sí misma, sino que la determinación del representante defensivo también es totalmente libre para la entidad, pudiendo recaer,

⁵³¹ Según GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 79, la reforma buscaría, además de este último objetivo, que *“la persona jurídica tenga un “rostro visible” en el proceso penal, de modo que las autoridades de persecución penal (...) tengan un referente personal estable con el que relacionarse*”. Si bien, bajo mi punto de vista, este último objetivo quedaría desdibujado dada la posibilidad de que el representante pudiese ir cambiando a lo largo del procedimiento.

⁵³² STC 91/2000, de 30 marzo, F. J. 15º.

en principio, en prácticamente cualquier persona, en tanto que la ley no señala otra cosa, más allá de referirse al representante especialmente designado por la entidad (arts. 119.1.a), 120.2, 409 bis y 786 bis LECrim) y de advertir que, “*no se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo*” (art. 786 bis 1 LECrim). En este sentido, es preciso constatar que el art. 119.1.a) LECrim nada dice acerca de quién podrá ostentar la condición de representante en el proceso, ni sobre cómo habrá de procederse a su designación, dejando tal elección a la libre voluntad de la persona jurídica, que habrá de proceder conforme a sus reglas internas, guiándose por criterios de conveniencia y de confianza en la persona elegida⁵³³.

Esta indeterminación sobre la identidad del representante plantea numerosos problemas interpretativos, en tanto que la literalidad de la ley ni siquiera exige que tal persona tenga una relación orgánica o funcional con la entidad, pudiendo, incluso, otorgarse un poder especial, para actuar en el marco del proceso, en favor de un tercero ajeno a la misma. En este sentido, la LECrim, al aludir genéricamente al “*representante especialmente designado*” parece referirse a un sujeto específicamente elegido por la entidad para actuar, en su nombre, en el marco del proceso penal en marcha, pudiendo, por lo tanto, recaer tal apoderamiento *ad hoc* en cualquier persona que, a partir de tal designación, se convertiría en representante necesario de la entidad, por voluntad de los órganos de actuación de la misma. De esta forma se exceptuaría la regla general según la cual “*por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen*” (art. 7.4 LEC). Ahora bien, tal representante, en todo caso, debiera ostentar capacidad procesal dado que, en otro caso, no podría actuar válidamente en el proceso en nombre de la persona jurídica, con lo que no resultaría apto para desarrollar las funciones que, según la legislación procesal, vendría llamado a desenvolver.

3.1.2.2- La fungibilidad del representante defensivo. Posibilidad de cambiar al representante a lo largo del proceso

La falta de determinación de la LECrim, en relación con la concreta persona que debe actuar como representante de la entidad en el proceso, plantea la posibilidad de que tal individuo no sea el mismo para todos los actos procesales que le correspondería ejercitar en nombre de la persona jurídica⁵³⁴. En este sentido, la vaguedad de la legislación conduce a entender que ese “*representante especialmente designado*” es esencialmente fungible, con lo que podría variar a lo largo del proceso, designándose a un representante para la instrucción y a otro para el juicio oral o, incluso, a un individuo distinto para cada uno de los actos procesales que, de ordinario, requieren o autorizan la presencia del sujeto pasivo del proceso.

⁵³³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 80.

⁵³⁴ En este sentido, sostiene GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 87; Igualmente, afirma VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”ob. cit., pp. 87-88, que la Ley no excluye que se puedan producir cambio de representante a lo largo del proceso.

En definitiva, el legislador no vedaría que dicho representante pudiese ir variando en función de la etapa procesal en que se encontrase pendiente el proceso⁵³⁵. Así, se afirma que “*en el mismo proceso pueden comparecer en representación de la misma persona jurídica imputada diversos apoderados o representantes sucesivamente. No ha de ser siempre el mismo, ni será preciso ofrecer explicación alguna de la sustitución. Sólo hay que comprobar si quien comparece en nombre de la persona jurídica tiene facultades para esa actuación. El sujeto pasivo cuya identidad ha de mantenerse es la persona jurídica. Ésta no varía por el hecho de que vayan variando o intercambiándose sus posibles representantes en juicio*”⁵³⁶. Si se parte, como parece hacerlo la ley, de que el representante inicialmente designado resulta esencialmente sustituible, su reemplazo a lo largo del proceso sólo exigirá un apoderamiento formalmente válido y no una causa subyacente que justifique el cambio, como podría ser la incapacidad sobrevenida del anterior representante, las modificaciones estructurales de la entidad, la pérdida de confianza en él por parte del órgano de dirección de la persona jurídica, en vista de su actuación en el proceso o el hecho de que resulte personalmente investigado o encausado y la entidad prefiera evitar, con su remoción, el potencial conflicto de intereses. . En este sentido, el cambio podría venir motivado por razones de pura conveniencia, aunque también es posible que sean ciertas circunstancias sobrevenidas las que impongan, forzosamente, un cambio de representante, por ejemplo, si el inicialmente designado fallece o es llamado a declarar como testigo en el juicio oral⁵³⁷.

Como ventaja de tal flexibilidad se señala la evitación de la suspensión del procedimiento por enfermedad, fallecimiento o cualquier otra causa de incapacitación del representante especialmente designado (arts. 383 y 746.4º y 5º LECrim)⁵³⁸, en tanto que, al ser éste reemplazable, se procedería a sustituirle y continuaría el procedimiento. Ahora bien, a pesar del carácter fungible del representante y de que la ley señala repetidamente que su inasistencia no suspenderá la tramitación del proceso, entiendo que si concurre una causa justificada que impide la asistencia temporal del representante especialmente designado, el Juez debería acceder, a petición de la entidad, a suspender el acto de que se trate, ya que en otro caso podría causarle indefensión. Especialmente, resultaría de aplicación este razonamiento cuando se tratase del acto del juicio oral y el representante no pudiese ser reemplazado sin grave inconveniente para la defensa de la persona jurídica, en tanto que, si así lo dispone la ley para el abogado defensor (art. 746.4º), con más motivo debería reconocerse tal posibilidad tratándose del representante defensivo, que vendría a ser una figura a caballo entre el defensor y el acusado.

Desde otro punto de vista, razones de economía procesal conducen a establecer excepciones a la posibilidad de cambiar al representante a lo largo del proceso. Y es que, se hace necesario evitar que tales sustituciones sean realizadas con abuso de

⁵³⁵ PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit.

⁵³⁶ DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 729-730.

⁵³⁷ Esta distinción, entre cambios forzosos y convenientes es realizada por GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 87-88, afirmando que, en todo caso, tales cambios deben considerarse vinculados a la estrategia defensiva de la persona jurídica y que, por lo tanto, sólo podrían ser rechazados en caso de que se constatare su carácter abusivo o fraudulento.

⁵³⁸ GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., p. 17, nota 20.

derecho o fraude de ley (arts. 11.2 LOPJ, 247.2 LECiv)⁵³⁹, para provocar dilaciones o confusión. Pero, más allá del carácter abusivo o fraudulento de los cambios de representante, si se pretende que el órgano judicial tenga un referente personal estable que actúe en nombre de la entidad⁵⁴⁰, no tiene sentido que, sin causa que lo justifique, el representante vaya variando al antojo de la dirección del ente. En este sentido, se ha dicho que el punto de contacto con el órgano judicial, que constituye el representante, deberá estar dotado de un cierto grado de estabilidad, con el fin de que la tramitación procesal se sirva de un único referente personal que varíe lo menos posible⁵⁴¹.

Así pues, la existencia de una pluralidad de representantes no es en absoluto aconsejable, ni desde el punto de vista de la efectiva Administración de justicia, que demanda un interlocutor permanentemente individualizado y localizable, ni desde el punto de vista del descubrimiento de la verdad, que podría verse perjudicada por una excesiva extensión del derecho a no declarar a los sucesivos representantes de la entidad⁵⁴², ni tampoco desde el punto de vista de los intereses de la persona jurídica, que podrían verse lesionados a consecuencia de intervenciones o alegaciones poco consistentes o, incluso, contradictorias entre sí, realizadas por los distintos representantes⁵⁴³.

Este tipo de consideraciones son las que, previsiblemente, han llevado al legislador suizo a disponer que, en el procedimiento penal, la empresa estará representada *por una única persona* que cuente con poderes ilimitados para representarla en asuntos civiles (art. 112.3 CPP suizo). Este precepto legal implica que el representante ha de ser único, es decir, que no puede tratarse de un órgano colegiado ni de representantes alternativos, dado que la autoridad judicial debe de tener un sólo interlocutor, plenamente identificado y accesible⁵⁴⁴.

Por consiguiente, la posibilidad de cambiar de representante, además de verse limitada por el fraude procesal y el abuso del derecho, debería someterse, de *lege ferenda*, a la concurrencia de una justificación razonable para la remoción del inicialmente designado como tal. En este sentido, hay que tener presente que permitir un cambio de representante, totalmente libre y “descausalizado”, impediría tener una versión única de los hechos y dificultaría contrastar las diversas versiones de los mismos que hubiesen aportado cada uno de los representantes. A mayor

⁵³⁹ De hecho, el carácter abusivo o fraudulento de tales cambios es el único límite que señala GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 88.

⁵⁴⁰ En este sentido, tal y como se señaló *ut supra*, según GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 79, uno de los objetivos que el legislador habría buscado con la LMAP sería que “la persona jurídica tenga un “rostro visible” en el proceso penal, de modo que las autoridades de persecución penal (...) tengan un referente personal estable con el que relacionarse”.

⁵⁴¹ PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...” ob. cit., p. 390.

⁵⁴² En este sentido, se observa que es preferible una representación única, para restringir tal derecho a no declarar a sus justos términos, evitando su extensión abusiva por la mera voluntad del ente de ir cambiando de representante.

⁵⁴³ HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Algunos problemas de la representación...” ob. cit., pp. 7-8.

⁵⁴⁴ MACALUSO, A., “Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise”, *Revue pénale suisse (RPS)*, Vol. 123, núm. 1, pp. 79-97, pp. 80-81.

abundamiento, en caso de que el Juez propusiese un careo entre los sucesivos representantes, la persona jurídica podría negarse a su práctica, en tanto que ni la declaración de su representante ni su presencia en las actuaciones procesales son obligatorias.

3.1.2.3.- Sujetos que pueden ostentar la condición de representante defensivo de la entidad

Llegados a este punto, y constatada la indeterminación legal sobre quién debe representar a la persona jurídica en el proceso, es preciso reflexionar, por un lado, sobre si existen determinados sujetos que resultan especialmente aptos para desempeñar ese papel. Mientras que, por otro lado, y desde un punto de vista negativo, será preciso determinar si hay ciertos sujetos que no resultan adecuados o que no son aptos para representar a la entidad. Así pues, empezando por la delimitación negativa, se hará referencia a la falta de idoneidad de los postulantes para desempeñar las funciones del representante defensivo, a la incompatibilidad legal de quien es llamado como testigo para ser designado como representante, así como a los problemas que podría plantear la designación como representante de quien está siendo personalmente investigado o se encuentra encausado por los mismos hechos que la persona jurídica.

3.1.2.3.1.- La falta de idoneidad de los postulantes para actuar como representantes defensivos

Un sector doctrinal, plantea la posibilidad de que el apoderamiento para actuar en el proceso, en nombre de la entidad, recaiga en el propio letrado⁵⁴⁵. En esta línea, que aboga por la no necesidad de personificar a la entidad, se pronunció DEL MORAL GARCÍA, según quien la representación procesal de la persona jurídica la ostentará siempre un procurador; su dirección técnica, un abogado (de confianza o designado

⁵⁴⁵ En este sentido, antes de que existiese ninguna reforma procesal, ni vigente ni proyectada, sobre el enjuiciamiento de las personas jurídicas, DEL MORAL GARCÍA, A., "Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 733-739, planteaba la posibilidad de que, para aquellos actos que requerían o autorizaban la presencia del sujeto pasivo del proceso, la persona jurídica, en lugar de comparecer, obligatoriamente, a través de un representante orgánico, pudiese encomendar tales actuaciones a cualquier persona, incluso a su letrado, a través de un apoderamiento *ad litem*, estableciéndose con tal apoderado una relación de representación voluntaria; En la misma línea, NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por...*ob. cit., p. 66, entiende que, si todos los representantes legales están imputados se podrá designar a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, aunque no pertenezca a la sociedad ni a la composición de su capital, incluso al abogado si acepta sentarse en el banquillo de los acusados; Igualmente, a favor de que el letrado, que dirige la defensa técnica, pueda ostentar la representación material voluntaria de la sociedad, se pronuncia MOLINA MANSILLA, M^a del C.; MOLINA MANSILLA, L., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su status procesal. Especial consideración a las medidas cautelares" *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 96-97, septiembre-octubre 2012, pp. 53-65, p. 60, en vista de que, en su opinión, nada obsta a tal posibilidad.

de oficio) y su representación material, quien legalmente la tenga atribuida, bien por normativa orgánica (representación orgánica), bien por otorgamiento de poderes a tal fin (representación convencional o voluntaria), sin que nada impida que esa representación material voluntaria recaiga en el mismo letrado que dirige la defensa o en el mismo profesional –procurador– que asume la representación procesal⁵⁴⁶.

Acudiendo al derecho positivo, que no regula expresamente la cuestión, un argumento a favor de la posibilidad de que el letrado asuma la representación del ente podría encontrarse en el art. 8.3 EGA⁵⁴⁷, del cual cabe deducir que el abogado podría ostentar la denominada representación material de la persona jurídica, en tanto que no suplantaría al procurador ni a ningún otro profesional, sino que vendría a actuar en lugar del representante legal u orgánico de la entidad⁵⁴⁸, lo cual no encuentra, en tal precepto, ningún obstáculo. Por su parte, el art. 25.3 LECiv parece oponerse a que sea el procurador el que ostente la representación de la persona jurídica en una comparecencia personal ya que, según dispone tal precepto, este profesional no puede realizar los actos que, según la ley, deban efectuarse personalmente los litigantes⁵⁴⁹. En todo caso, estos argumentos de derecho positivo no resultan en absoluto determinantes, en tanto que no están pensando en la anómala situación que se da cuando el sujeto pasivo del proceso penal debe ser representado por un tercero dado que, mientras sólo podían resultar inculpadas las personas físicas vivas, la regla general era que su capacidad no podía suplirse y, por lo tanto, las relaciones de representación eran, en principio, ajenas a la parte pasiva del proceso penal⁵⁵⁰.

Por lo que a mí respecta, entiendo que los postulantes no pueden desempeñar las funciones de defensa material que corresponderían al representante defensivo. La falta de designación de un sujeto distinto del letrado para desarrollar tal función, se traduciría en una renuncia al ejercicio de las facultades de autodefensa, así como a la posibilidad de realizar ciertos actos personalísimos, tales como la prestación de conformidad, cuya realización vendría condicionada al cumplimiento de la carga de designar a un representante que compareciese en nombre de la entidad así como a la efectiva comparecencia de tal representante especialmente designado.

En la misma línea, se señala que no tendría sentido que el abogado declarase como representante de la sociedad, en vista de la desnaturalización que supondría, en relación con las funciones que, de ordinario, se le atribuyen a este profesional⁵⁵¹. Y

⁵⁴⁶ DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 736-738.

⁵⁴⁷ Este precepto dispone que “*el abogado podrá ostentar la representación del cliente cuando no esté reservada por ley a otras profesiones*”.

⁵⁴⁸ DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 721-762.

⁵⁴⁹ En este sentido, hay que tener en cuenta, tal y como sostiene, MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso...*ob. cit., p. 60, que “*la representación del procurador tiene carácter técnico, es decir, no sirve para completar la falta de capacidad procesal del imputado. (...) La representación del procurador hace referencia al ius postulandi, en modo alguno a la capacidad procesal*”.

⁵⁵⁰ En este sentido, sostenía GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1951)*...ob. cit., p. 275, que, en lo que concierne al inculpado, no se parte de una capacidad que pueda suplirse.

⁵⁵¹ BANACLOCHE PALAO, J., “Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada”, en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal*

es que, la representación defensiva, sustitutiva de la autodefensa que, en su caso, ejercería la parte pasiva del proceso penal, no debe confundirse con la defensa letrada ni con la representación procesal ni, por lo tanto, con la función que, con tal finalidad, ejercen los abogados y procuradores. Estos no son titulares de derechos inculpatorios, ni son parte en el proceso, de forma que su actuación debe someterse, precisamente, a las órdenes e indicaciones del representante defensivo⁵⁵².

3.1.2.3.2.- La incompatibilidad para ser representante de quien es llamado como testigo

El art. 786 bis 1. II. LECrim establece que no se podrá designar como representante a quien haya de declarar en el juicio como testigo. Esta incompatibilidad responde, por una parte, al principio de alteridad, que impide que una misma persona actúe, en el mismo proceso, como testigo e inculpado y, por otra, a la intención del legislador de impedir, que la persona jurídica, utilice la designación del representante, como un modo de evitar que la información relevante sobre los hechos llegue al proceso⁵⁵³.

La citada incompatibilidad supone, por lo tanto, que el representante especialmente designado puede verse convertido en testigo, en atención a su conocimiento de los hechos y a la información que pueda suministrar a la causa⁵⁵⁴, obligándole, de esta forma, a declarar conforme a la verdad. Se pretende, de esta forma, preservar una útil fuente de conocimiento sobre los hechos delictivos, impidiendo que un determinado sujeto, al que la acusación considera conocedor de datos que podrían servir como prueba de cargo, se blinde ante sus preguntas, a través de su nombramiento como representante del ente y disfrutando, por consiguiente, del derecho a no declarar. El problema es que no está claro que tal finalidad de preservar a los testigos de cargo sea suficiente para sacrificar el derecho de defensa del ente, privándole de la posibilidad de ser representado por quien ha sido considerado como idóneo para asumir tal función y, por lo tanto, para ejercer la autodefensa de la entidad.

Como tal regla sólo está legalmente prevista en sede de juicio oral, es posible que tal incompatibilidad justifique, en ciertos casos, el cambio de representante⁵⁵⁵, en tanto que, si el que ha actuado como tal en la instrucción, es llamado para declarar como testigo en el juicio oral, tendrá lugar una incompatibilidad sobrevenida que obligaría a la entidad, o bien a prescindir del representante, o bien a designar a uno distinto.

de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, La Ley, Madrid, 2011, pp. 195-223, pp. 200-202.

⁵⁵² HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

⁵⁵³ En este sentido, MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 69, ha dicho que, de esta forma, se evita que pueda obstaculizarse el esclarecimiento de los hechos, hurtándose información sobre los mismos, al nombrar artificiosamente, como representante, a quien, a medida e interés del sujeto imputado, conviene que guarde silencio.

⁵⁵⁴ MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 69.

⁵⁵⁵ En este orden de ideas, APARICIO DÍAZ, L., “Aproximación a las modificaciones...ob. cit., observa que esta incompatibilidad abona la idea de que el representante designado puede ser distinto de aquel al que se referían los arts. 119 y 120 LECrim para la instrucción.

Por otra parte, tal incompatibilidad, que puede condicionar la estrategia defensiva del ente, no será conocida hasta que se determine la lista de testigos, propuestos por la acusación y admitidos por el Juez. En concreto, se conocerá poco antes de iniciarse las sesiones del juicio oral, con el auto de admisión de pruebas dictado por el Juez de lo Penal (art. 785 LECrim), lo cual puede ser objeto de crítica, en tanto que la ley no se ocupa de garantizar al ente el tempestivo conocimiento de la posición que ocupan los diversos sujetos en el proceso.

Entre las críticas que se han lanzado en relación con esta incompatibilidad, se ha advertido que se trata de un texto concebido más como un instrumento para la acusación que como garantía del ejercicio del derecho de defensa⁵⁵⁶. Prueba de ello es que, tal y como se señaló al tratar el conflicto de intereses en el apdo. 3.1.1.1.1 del presente epígrafe, no se establece ninguna incompatibilidad para impedir que, las personas físicas, investigadas o encausadas por los mismos hechos, actúen como representantes de la persona jurídica, a pesar de que esto podría comprometer la estrategia de defensa de la entidad. Por su parte, el PLMAP⁵⁵⁷ era más garantista en este sentido, en tanto que establecía la incompatibilidad para ser representante de todo aquel que tuviese alguna intervención en la práctica de la prueba, con lo que quedaban excluidos, no sólo los llamados testigos y peritos, sino también los coimputados. Esta norma habría evitado el problema del conflicto de intereses entre representante y representado, pero el legislador, durante su tramitación parlamentaria, limitó tal incompatibilidad a quien tuviese que declarar como testigo.

Un sector doctrinal, propone interpretar el art. 786 bis LECrim como imposibilidad de elegir como representante a quien tenga, objetivamente, la condición de testigo⁵⁵⁸. El problema es la amplitud del término testigo⁵⁵⁹. Y es que pueden ser considerados como tal todos los que tengan conocimiento de los hechos objeto del proceso y de la posible implicación de la entidad en los mismos⁵⁶⁰, siempre que, no deban ser llamados como imputados, en tanto que posibles responsables de los hechos, por acción o por omisión⁵⁶¹, en tanto es regla general del proceso penal que no puede ser

⁵⁵⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.

⁵⁵⁷ BOCG. Congreso de los Diputados. 18 de marzo de 2011 (núm. expte. 121/000117).

⁵⁵⁸ DEL MORAL GARCÍA, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ponencia presentada al Curso sobre la Responsabilidad penal de las personas jurídicas organizado coordinadamente por el CGPJ, dirigido por Antonio Mateos Rodríguez Arias y José Manuel Sánchez Siscart celebrado en Madrid los días 14 a 16 de septiembre de 2011, trabajo inédito, p. 45.

⁵⁵⁹ Como afirma, en consonancia con la doctrina procesal, la STS (Sala 2ª), núm. 530/1996, de 18 de julio, RJ 1996\591, F. J. 2º, "testigo es la persona física que, sin ser parte en el proceso, es llamada a declarar, según su experiencia personal, acerca de la existencia y naturaleza de unos hechos conocidos con anterioridad al proceso, bien por haberlos presenciado como testigo directo, bien por haber tenido noticia de ellos por otros medios como testigo de referencia". Testigos no son por tanto ni pueden serlo nunca los investigados, encausados o acusados, amparados por su derecho a no declarar contra sí mismos (art. 24.2º CE), que se extiende, tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho, como a la realidad del hecho mismo.

⁵⁶⁰ La LECiv delimita el contenido de la prueba de testigos disponiendo que "las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio" (art. 360 LECiv). Pues bien, en un proceso penal, la cuestión "controvertida" será tanto el hecho punible como la participación en el mismo de los posibles responsables penales.

⁵⁶¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.

interrogado como testigo quien esté siendo investigado y puede, por lo tanto, terminar siendo encausado. Por consiguiente, tal interpretación obligaría a la persona jurídica a nombrar como representante a quien estuviese siendo investigado, con el consiguiente conflicto de intereses, o a un tercero, sin ningún conocimiento de los hechos y, posiblemente, ajeno a la entidad.

Lo anterior pone de manifiesto que una interpretación extensiva de la norma de incompatibilidad podría privar a la persona jurídica de la posibilidad de disponer de un representante en quien tenga la suficiente confianza y que disponga de un cierto conocimiento de los hechos objeto del proceso, factores ambos que deben considerarse necesarios para un correcto ejercicio del derecho de defensa⁵⁶², en su faceta de autodefensa. Precisamente, porque no cabe una incompatibilidad incondicional, que dejaría al arbitrio de la acusación la designación del representante defensivo de la persona jurídica encausada, creo que debería existir un control judicial sobre el llamamiento como testigo de quien ha sido, previamente, designado como representante. De esta forma, la incompatibilidad para representar al ente se condicionaría a que tal sujeto hubiera sido admitido como testigo y no meramente propuesto como tal, debiendo el órgano judicial valorar no sólo la legalidad, la pertinencia y la utilidad de tal medio de prueba, sino también la necesidad de contar con su testimonio, exigiendo quizás una utilidad reforzada para admitirlo. En caso contrario, el MF podría frustrar la estrategia defensiva de la entidad, simplemente, proponiendo como testigo a quien, durante la instrucción hubiese actuado como representante defensivo de la entidad investigada, provocando, además, el cambio de estatuto jurídico procesal de tal sujeto, que tendría obligación de acudir al juicio oral y de declarar conforme a la verdad.

Si se tiene en cuenta que una errónea elección del representante, así como las limitaciones en su libre designación, podrían afectar negativamente al derecho de defensa de la persona jurídica, en orden a garantizarle el adecuado ejercicio de sus derechos procesales, será preciso entender la mentada incompatibilidad legal en sus justos términos, limitándola a aquellos casos en que la elección del representante pretenda ser usada, fraudulentamente, para bloquear información⁵⁶³. Por eso, entiendo que, salvo que el Juez considere que el nombramiento de una determinada persona como representante se orienta, principalmente, a blindar, de forma fraudulenta, su conocimiento sobre los hechos ante la acusación, sin que exista una justificación objetiva y razonable para que tal persona actúe por cuenta del ente, deberá inadmitir la proposición como testigo de quien ha venido actuando como representante del ente en las fases previas del proceso.

En la búsqueda de una posición de equilibrio se entiende que reaccionar ante posibles fraudes dirigidos al bloqueo informativo de la instrucción es razonable. Sin embargo, se debe evitar poner en manos de la Fiscalía una facultad de veto anticipado que impida que el representante “natural” de la persona jurídica, ya sea el presidente de la misma o el director del sistema de cumplimiento, pueda representarla en el

⁵⁶² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 82.

⁵⁶³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...” ob. cit.

procedimiento⁵⁶⁴. En la misma línea, se llama la atención sobre la afectación de los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, en tanto que, si los mismos tienen algún significado, no puede permitirse que sean desactivados mediante un mero llamamiento de un sujeto como testigo⁵⁶⁵.

En este sentido, la doctrina ha advertido que es necesario interpretar tal incompatibilidad restringiéndola a evitar el fraude en la ocultación de información relevante⁵⁶⁶. Así mismo, como norma antifraude, la entiende DOPICO GÓMEZ-ALLER, quien propone una interpretación que atienda a la evitación de fraudes procesales (arts. 11.2 LOPJ, 247.2 LEC) tendentes a bloquear la investigación penal, nombrando como representantes a personas que tienen conocimiento de los hechos y a los que sería irrazonable considerar representantes: por ejemplo, un empleado que presencié los hechos o un cuadro medio, sin ninguna responsabilidad en la dirección de la empresa o en la unidad en la que se cometió el delito, ni en el organismo encargado de vigilar el funcionamiento del sistema de prevención. En definitiva, se tratarían de personas que no vendrían naturalmente llamadas a representar a la persona jurídica, por no tener ni el peso institucional para ello, ni una posición que les permita poder declarar con solvencia sobre si la empresa ha cumplido o no con los deberes de supervisión, vigilancia y control a los que se refiere el art. 31 bis CP⁵⁶⁷.

Con este objeto, se sostiene que el órgano judicial debería de ponderar la eventual proposición abusiva de este medio probatorio⁵⁶⁸ dado que, si se admite como testifical la declaración de una persona razonablemente llamada a representar a la persona jurídica y a declarar en su nombre, se estaría afectando seriamente al derecho de defensa de la entidad⁵⁶⁹. Así, por ejemplo, si se llama como testigo al directivo cuya competencia sea precisamente el control, la vigilancia o cumplimiento en el ámbito donde supuestamente tuvo lugar el delito –por ejemplo, a un miembro de la comisión de auditoría, al director financiero o al *compliance officer* etc. – esto podría suponer privar a la persona jurídica del medio más razonable y natural de ejercer la autodefensa⁵⁷⁰. Igualmente, si en una empresa con un núcleo reducido de personas, todas son llamadas como testigos o, incluso, en una entidad de mayor tamaño, son llamados a declarar en tal calidad todos los administradores o representantes, la necesidad de designar como representante defensivo a un tercero ajeno a la entidad podría convertir sus declaraciones y su intervención en el proceso

⁵⁶⁴ Ídem.

⁵⁶⁵ Ídem.

⁵⁶⁶ Así, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 81, sostiene que, aunque el objetivo del precepto no es del todo claro, poniéndolo en conexión con el párrafo precedente que reconoce al representante de la persona jurídica el derecho a guardar silencio y a no confesarse culpable, se podría entender que se pretende evitar con ello *el fraude* que supondría que la persona jurídica pudiese eludir una declaración testifical inculpativa por la vía de designar como representante, por tanto con derecho a guardar silencio, al testigo de cargo básico (la cursiva es mía).

⁵⁶⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.; También opta por interpretar la disposición a la luz del fraude procesal LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La persona jurídica en el proceso...ob. cit., pp. 18-19.

⁵⁶⁸ ROMA VALDÉS, A.; I. Escobedo García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 104.

⁵⁶⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.

⁵⁷⁰ Cfr. Ídem.

en meros trámites vacíos de contenido procesal y garantístico⁵⁷¹. Del mismo modo, si la entidad opta por predisponer en los estatutos quien será el representante en el proceso, esto, en principio, debería constituir un impedimento para que tal sujeto pudiese ser llamado como testigo.

La señalada incompatibilidad entre quien es designado para representar al ente y llamado para declarar como testigo se prevé sólo en la fase de juicio oral, si bien podría anticiparse a la fase de instrucción, momento en el que la entidad resulta requerida, por vez primera, para designar a un representante⁵⁷². En este sentido, se ha dicho que el instructor deberá valorar *a priori* la admisibilidad del representante propuesto por la persona jurídica, dando aplicación al art. 11.2 LOPJ, el cual dispone que los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude⁵⁷³. Sin embargo, esta conclusión no es unánime, y hay quien considera que tal prohibición no se aplica en fase de instrucción, porque aún no se ha concretado quienes han de declarar como testigos⁵⁷⁴ y además, porque la prohibición legal se prevé tan sólo en sede de juicio oral, señalándose, además, que quien haya de declarar como testigo *en el juicio*, no puede ser designado como representante *a estos efectos* (art. 786 bis 1 II LECrim). En tal caso, si la prohibición se limita al representante designado para actuar por la entidad en el juicio oral, esto tiene una consecuencia práctica clara: la persona jurídica habrá de esperar a conocer la lista de testigos propuestos por las partes acusadoras, y admitidos por el tribunal, antes de confirmar como representante a quien lo hubiera sido hasta ese momento⁵⁷⁵.

No está claro que tal previsión no juegue ningún papel en la instrucción, en tanto que la solución contraria conduciría a que la misma persona declarase en el proceso desempeñando dos papeles distintos y sujeto, por lo tanto, a diferentes estatutos jurídicos, lo que dificultaría la valoración de sus intervenciones a efectos probatorios⁵⁷⁶. Si se admite que el Juez puede llamar como testigo durante la

⁵⁷¹ Cfr. Ídem.

⁵⁷² En esta línea, en Italia, en relación con la incompatibilidad del imputado para representar al ente, VARRASO, G., “La partecipazione e l’assistenza delle persona giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale” en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 231-256, pp. 239-240, sostiene que no existe ninguna razón para no extender la regla de la incompatibilidad a la investigación preliminar, ya que el conflicto de intereses subyacente es actual desde el principio. De hecho, se argumenta que es precisamente en la fase de investigación en la que se desarrollan y actúan las estrategias defensivas más consistentes e, incluso, se realizan actuaciones procesales que pueden asumir valor probatorio pleno en el juicio y en la conformidad.

⁵⁷³ ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 83; Igualmente, MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...” ob. cit., p. 69, se muestra a favor de, en la medida de lo posible, adelantar el juego de la incompatibilidad a la fase de instrucción.

⁵⁷⁴ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La persona jurídica en el proceso...” ob. cit., p. 19; En el mismo sentido, MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el Derecho...” ob. cit., p. 152, entiende que la restricción en la fase inicial podría no tener sentido, pues salvo las personas que pudieran ser señaladas en la denuncia o querrela como testigos, lo razonable es que el devenir mismo de la instrucción vaya requiriendo a cuántas personas puedan arrojar luz sobre los hechos o los partícipes en los mismos.

⁵⁷⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 88.

⁵⁷⁶ Otro tanto cabe decir de quien ha declarado como representante en la instrucción y, posteriormente, es llamado como testigo para la vista oral o a la inversa. Dificilmente podrían ponerse de relieve las

instrucción a quien ha sido designado como representante, el sujeto declararía, en tanto que testigo, sujeto a los deberes de colaboración y veracidad propios de tal condición (arts. 410-412 LECrim) y, en cuanto representante del ente, asistido del derecho a no declarar (art. 409 bis LECrim), con lo que su función autodefensiva se vaciaría de contenido. Por eso, en mi opinión, el Juez de Instrucción, en coherencia con lo dicho hasta ahora, no debería llamar como testigo a quien ya ha sido designado como representante de la entidad encausada, sin perjuicio de que, si aprecia fraude de ley en su designación, se informe a la entidad de que tal sujeto podría perder su estatus de representante si es propuesto y admitido como testigo para el juicio oral, abriéndose la posibilidad, para la persona jurídica inculpada, de proceder a designar a un nuevo representante defensivo, ya en fase de instrucción o, más adelante, para el acto del juicio oral.

3.1.2.3.3.- La posible actuación como representante defensivo del sujeto personalmente investigado o encausado por los mismos hechos

A pesar del silencio legal, parece existir un principio de acuerdo en la doctrina en torno a no permitir que el representante que está siendo investigado o que se encuentra personalmente encausado sea quien declare y actúe en el proceso en nombre de la entidad⁵⁷⁷. En este sentido, se entiende que la imputación del individuo es motivo suficiente para descartar *ab initio* la posibilidad de que el mismo actúe o declare en nombre de la persona jurídica en el seno del proceso. La lógica que subyace a esta interpretación radica en la tutela de los intereses de los accionistas o de terceros vinculados a la persona jurídica (*shareholders* o *stakeholders*)⁵⁷⁸, en la garantía del derecho de la persona jurídica a una defensa efectiva, así como en el mejor acercamiento a la verdad.

Los que abogan por tomar en consideración ese conflicto de intereses a la hora de determinar quién podría, o más bien quién no valdría, para representar los intereses defensivos de la entidad en el proceso, señalan que no es necesario que el conflicto sea actual, sino que, la regla que solucione tal eventualidad debe ser de naturaleza

contradicciones entre sus dos declaraciones porque en cada una de ellas declararía con estatuto jurídico procesal distinto.

⁵⁷⁷ En este sentido, sostiene PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit., que, pese al silencio del legislador, en el proceso penal, existe incompatibilidad para que el imputado asuma la representación del ente coimputado. Las razones que esgrime el autor, para justificar tal incompatibilidad son, en primer lugar, que se vedaría al órgano instructor la posibilidad de realizar la diligencia de careo y, en segundo, que resultaría contrario al derecho de defensa que un mismo sujeto usase, de manera eficiente, el derecho a la última palabra como acusado y como representante de la persona jurídica acusada.

⁵⁷⁸ Cfr. BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales...ob. cit., p. 286; En esta línea, PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit., también ha señalado que el derecho de defensa se podría llegar a subyugar y a hacer ineficaz, en perjuicio de los *stakeholders*, si el representante o administrador asume la representación específica del ente en el mismo proceso en que está siendo investigado por su actuación en beneficio de éste.

profiláctica, es decir, que debe prevenir la mera posibilidad de su aparición⁵⁷⁹, sin esperar a que, en el desempeño de su función como representante de la entidad, se observen actuaciones contrarias al interés social o perjudiciales para la posición procesal del ente. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la incompatibilidad puede surgir *a posteriori*, de forma sobrevenida, de tal manera que, quien en principio puede aparecer como representante de la entidad, podría terminar personalmente imputado, lo cual podría llegar a inhabilitarle automáticamente como representante de la persona jurídica⁵⁸⁰, forzando, en tal caso, un cambio de representante⁵⁸¹.

Así lo prescriben, entre otros, los ordenamientos italiano, austriaco y suizo. En este sentido, en Italia se excluye *ex lege* al representante legal “imputado” para la representación defensiva del ente en el proceso penal (art. 39.1 D. Lgs. 231). En Austria, se dispone que, si todos los representantes *ad extra* son sospechosos de haber cometido el delito, el tribunal designa de oficio a un defensor (art. 16 VbVG). Mientras que en Suiza, se establece que, si se inicia una investigación frente al representante designado por el mismo delito u otro conexo, la empresa puede designar a otro en un plazo razonable y, si no lo hace, quien dirige el procedimiento designará a un representante con poderes ilimitados en asuntos civiles o a un tercero idóneo para desempeñar tal función (art. 112.3 CPP suizo). Por su parte, la legislación francesa, señala que, cuando el procedimiento se dirija contra el representante legal de la entidad, éste puede solicitar al presidente del Tribunal de Gran Instancia que designe un mandatario judicial para representar a la persona moral (art. 706-42 CPP francés). Si bien del tenor literal de la ley se desprende que la solicitud de nombramiento de un mandatario judicial es facultativa, la jurisprudencia francesa le ha atribuido carácter obligatorio⁵⁸².

Sin embargo, en España, ante la ausencia de una prescripción legal en este sentido, parte de la doctrina sostiene que el Juez no se encontraría facultado para impedir que sea un coimputado, por los mismos hechos, el que represente a la entidad. En este sentido, se sostiene que no hay un argumento normativo claro para excluir como representante de la persona jurídica a la persona física coimputada, cabiendo esperar que sea la propia entidad la que evite la situación de conflicto, designando como representante a un sujeto ajeno a la investigación penal⁵⁸³. Esta argumentación, que justifica la ausencia de norma, afirmando que, allí donde pueda surgir un conflicto de este tipo, será la propia entidad la encargada de decidir si tal conflicto le afecta y, en su caso, resolverlo designando a un nuevo representante, merece una crítica de principio, en tanto que olvida que, en el caso concreto, el representante y la entidad pueden ser, a efectos prácticos, el mismo individuo que, evidentemente, no es

⁵⁷⁹ BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales...ob. cit., p. 286.

⁵⁸⁰ MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 68.

⁵⁸¹ Sobre esta posibilidad, repara GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...ob. cit.*, pp. 83-84, recogiendo las diversas soluciones que ofrece el Derecho extranjero.

⁵⁸² STEFANI, G.; LEVASSEUR, G.; BOULOC, B., *Procédure pénale*, 19ª ed., Dalloz, Paris, 2004, marg. 164, p. 134, nota 3.

⁵⁸³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...ob. cit.*, p. 85; En la misma línea, sostiene BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica...ob. cit.”, pp. 171-172, que es la entidad la que debe asumir el riesgo de conflicto de intereses, designando libremente a su representante.

resguardo alguno contra su propio abuso⁵⁸⁴. En este sentido, se afirma que cuando los intereses de la entidad son representados sin contrapeso ni control por quien tiene intereses contrapuestos a los suyos, el único remedio para el problema es la remoción del representante desde fuera⁵⁸⁵.

Como justificación de la regulación española, cabe reparar en que ese potencial conflicto de intereses no siempre tiene que materializarse. De hecho serán muchos los casos en los que no se producirá un verdadero conflicto entre la persona física y la persona jurídica coimputadas, en la medida en que ambos sujetos opten por la misma estrategia defensiva o no exista verdadera alteridad entre ellos⁵⁸⁶. En definitiva, no cabe descartar *a priori* la posibilidad de que los intereses de ambos coimputados se encuentren alineados. Así pues, es posible, que ambos sujetos pretendan desarrollar la misma estrategia defensiva y que, por lo tanto, la entidad no tenga interés en designar a un representante propio y distinto de quien está siendo personalmente investigado o ha resultado encausado por los mismos hechos que se le imputan a ella. Por lo tanto, parece que sólo cuando se dé una efectiva contraposición de intereses defensivos, deberían quedar impedidos el legal representante o el directivo, personalmente imputados, para asumir la posición procesal de representante de la persona jurídica⁵⁸⁷.

A mayor abundamiento, cabría plantearse si, en algún caso, entraría dentro de las facultades del juzgador, separar de su función, al representante, personalmente encausado o que está siendo investigado por los mismos hechos u otros conexos. Por ejemplo, si tal sujeto desarrollase en el marco del proceso un papel más próximo al de acusador que al de defensor, situación que, desde luego, debería ponerse en conocimiento de los órganos de la entidad y de su letrado. Pues bien, creo que el Juez, sólo en casos extremos, podría impedir, al representante especialmente designado, continuar con su función de representante en el proceso, en tanto que, no cabe descartar, que tal representante esté simplemente manteniendo una actitud colaborativa, deliberadamente adoptada, en el seno de la persona jurídica, como estrategia procesal. En tal supuesto, lo que sí podría hacer el Juez sería nombrar a un interventor judicial, como medida cautelar, en defensa de los intereses de los trabajadores o acreedores⁵⁸⁸.

En definitiva, considero que, con la regulación actualmente vigente, si la entidad decide que sea su representante legal, a pesar de encontrarse personalmente investigado o encausado, quien actúe por ella en el proceso, el Juez, en principio, no podría impedirlo. No existe una base legal para ello y la alternativa es privar a la persona jurídica de sus posibilidades de autodefensa, en tanto que la legislación no prevé ningún mecanismo judicial de sustitución. Lo que, evidentemente, si podrá

⁵⁸⁴ HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Algunos problemas de la representación...ob. cit., p. 14.

⁵⁸⁵ Ídem. pp. 14-15.

⁵⁸⁶ En este sentido, se expresa GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., p. 13, quien pone como ejemplo las sociedades unipersonales o familiares, con escasos socios y administradores, todos ellos personas físicas llamadas al proceso.

⁵⁸⁷ Cfr. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., “Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad...ob. cit., p. 81.

⁵⁸⁸ Ídem. p. 82.

hacer el Juez es tomar en consideración, a efectos de valorar la credibilidad de las declaraciones del representante en cuestión, el eventual conflicto de intereses subyacente⁵⁸⁹. Ahora bien, en caso de que la entidad decida designar como representante a quien se encuentre personalmente investigado o encausado por los hechos objeto del proceso, debería exigirse un apoderamiento expreso en su favor, para actuar en nombre de la entidad, ya sea a través de un acuerdo de la Junta o de un apoderamiento formal, sin que resulte conveniente que este se arrogue las facultades de representar al ente de forma tácita.

De *lege ferenda*, parece recomendable que se establezca una incompatibilidad del sujeto personalmente investigado, encausado y/o acusado para actuar como representante de la entidad, pudiendo salvarse tal incompatibilidad sólo con petición expresa del máximo órgano decisorio de la entidad, siempre que se justifique su idoneidad para actuar como tal y que la designación sea aceptada por el juzgador. En todo caso, la credibilidad de las declaraciones del representante dependerá, no sólo de la razón de conocimiento que aporte en relación con las mismas, sino también de los intereses personales que el mismo pueda tener en el resultado del proceso. En este sentido, el representante, en tanto que sujeto pasivo del proceso, tendrá un claro interés personal en el resultado del litigio, al igual que ocurre con cualquier coimputado, lo cual, sin inutilizar sus declaraciones como medio de prueba, deberá ser tomado en cuenta a la hora de valorarlas como prueba de cargo o de descargo frente a la entidad⁵⁹⁰.

3.1.2.3.4.- La idoneidad del *compliance officer*

Tras detallar qué sujetos no resultarían adecuados para representar a la entidad en el proceso, se hace preciso plantear la cuestión en positivo, esto es, quién es la persona idónea para desarrollar el papel de representante defensivo de la persona jurídica investigada, encausada y/o acusada. A tal fin, será necesario, en primer lugar, determinar cuál es el contenido de la actuación procesal de tal representante, esto es, analizar qué funciones está llamado a desempeñar el representante defensivo persona jurídica inculpada.

⁵⁸⁹ Así lo expresa, acertadamente, NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal penal*, Bdf, Buenos aires, 2012, pp. 84-85, señalando que las personas físicas no pueden desdoblarse como si tuvieran dos mentes, cuando declaran como sujetos pasivos del proceso o como representantes de la persona jurídica. Por lo tanto, la declaración se tendrá que practicar conjuntamente por todos los hechos conocidos por el representante, aunque valorando el Juez, a efectos de credibilidad, el conflicto de intereses subyacente.

⁵⁹⁰ A tales declaraciones les resultarían aplicables las normas jurisprudenciales relativas al valor de las manifestaciones de los coimputados, según las cuales, la declaración inculpativa del coimputado es una prueba legítima, pero que no constituye, en sí misma, prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, por lo que su contenido ha de ser mínimamente corroborado por circunstancias, hechos o datos externos que avalen su veracidad y su realidad (Ver, por todas, SSTC 34/2006, de 13 de febrero y 230/2007, de 5 de noviembre); Sobre esta cuestión, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J., *El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Civitas, Navarra. 2011, pp. 161-194; Igualmente, un estudio jurisprudencial exhaustivo, se puede ver en FLORES PRADA, I., *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Tecnos, Madrid, 1998.

Así pues, ese representante, libremente elegido por la entidad, podrá asistir a la primera comparecencia en que se produzca la imputación, en la cual, se le tomará declaración, que “*irá 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*” (art. 409 bis LECrim). A tal fin, parece conveniente, sino necesario, que tal representante tenga algún conocimiento sobre los hechos objeto de enjuiciamiento⁵⁹¹. Por otra parte, en el marco del juicio oral, también se contempla la intervención de ese representante especialmente designado, en esta ocasión, para “*declarar en nombre de la persona jurídica*” y “*para un mejor ejercicio del derecho de defensa*” de la entidad (art. 786 bis LECrim). Para desempeñar tal papel, parece razonable que tal individuo posea, en primer lugar, indicaciones de los órganos de decisión de la entidad sobre cuál es el posicionamiento de la entidad frente a la acusación y, en segundo lugar, ciertos conocimientos sobre aquellos elementos que pueden servir al ente para defenderse, tales como las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos con que contaba la entidad en el momento de cometerse la supuesta infracción, la existencia y la actividad que desempeñaba, en su caso, el órgano encargado de supervisar el modelo de prevención o las medidas de prevención y descubrimiento de delitos con las que cuenta la entidad. En definitiva, cabe deducir, de lo dicho hasta el momento, que, para poder ejercer de forma efectiva las funciones que se le encomiendan, el representante defensivo debería ser alguien con conocimiento suficiente sobre los hechos jurídicamente relevantes como para poder declarar sobre ellos⁵⁹², de forma verosímil, esto es, pudiendo dar razón del origen de su conocimiento.

Sin embargo, la persona designada como representante gozará de un estatuto jurídico similar al del investigado o el encausado, según la fase de la instrucción de que se trate y tendrá, por lo tanto, derecho a no declarar o, incluso, podrá mentir sin consecuencias jurídicas, mientras que si posee conocimientos directos sobre los hechos podría ser llamada como testigo, con lo que estaría obligada a declarar y a decir la verdad, bajo amenaza de sanción, incluso de carácter penal. En este sentido, la doctrina italiana, con la finalidad de conjugar las exigencias de evitar un escape de las fuentes de conocimiento dentro de la organización y de garantizar el *nemo tenetur se detegere* frente a la persona que actúa por cuenta del ente, propone que el representante sea un sujeto extraño a los hechos objeto del proceso⁵⁹³. Además, la jurisprudencia italiana, consciente de esto, incentiva de todas las formas, incluso discutibles, el nombramiento de un nuevo representante legal o *ad processum* con una total discontinuidad respecto al pasado⁵⁹⁴.

⁵⁹¹ Así, sostiene LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La persona jurídica en el proceso...ob. cit., pp. 1-23, que, siendo la finalidad de la declaración del representante, al menos en la instrucción, la averiguación de aspectos relativos al hecho punible, no parece acertado que el representante designado sea un tercero ajeno a la estructura societaria y distinto del administrador o representante legal, máxime porque la información que pueda aportar carecerá de utilidad para el proceso.

⁵⁹² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.

⁵⁹³ VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...*ob. cit., pp. 383-384.

⁵⁹⁴ Ídem. p. 384.

A mi entender, esta solución no resulta acertada, dado que la declaración de tal sujeto carecería de utilidad en el proceso, tanto como fuente de prueba, como en tanto que estrategia defensiva. En este sentido, se ha llegado a sostener que la designación de un representante ajeno a la sociedad se antoja puramente decorativa⁵⁹⁵. Así pues, considero que el representante defensivo debe, al menos, haber sido informado sobre el hecho punible que se imputa a la entidad, ya sea para explicarlo, ya sea para desmentirlo fundadamente. Pero, sobre todo, tomando en consideración las funciones que se le atribuyen, parece razonable la designación de un representante que posea conocimientos sobre la entidad⁵⁹⁶, especialmente, en cuanto a los modelos de cumplimiento normativo, así como a los sistemas de organización y de gestión, orientados a la prevención de delitos, que hayan podido implementarse en su seno. En este sentido, si se entiende la declaración del representante especialmente designado, en todo caso, y particularmente durante el juicio oral, como un instrumento de defensa de la persona jurídica, y no sólo, ni principalmente, como fuente de prueba, es necesaria que tal sujeto cuente con información directa sobre aquellos elementos que pueden excluir o atenuar la responsabilidad penal de la entidad. Ahora bien, al no poder entenderse el representante, exclusiva ni principalmente, como un instrumento probatorio, si la entidad quiere nombrar como representante a un tercero ajeno a la organización, para que transmita al órgano judicial una deliberada estrategia de defensa, nada debería impedirselo, más allá de que, la ausencia de vínculos entre representante y representada podría afectar negativamente a su credibilidad, con lo que no parece una estrategia defensiva muy adecuada.

Una de las propuestas de la doctrina indica que el sujeto más adecuado para representar a la entidad en el proceso sería el *Compliance Officer* o *Controller Jurídico*⁵⁹⁷, es decir, el director del programa de cumplimiento normativo o del sistema de control interno o, empleando la terminología del CP, el director del órgano encargado de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención (art. 31 bis 2. 2º CP). En definitiva, sería el sujeto al que, en el seno de la entidad, se le habrían encomendado las funciones de implementar, supervisar, vigilar, controlar y actualizar el programa de prevención de delitos de la entidad. Sobre todo, se apuesta por el *compliance officer*, como representante defensivo, en la medida en que la ley atribuye eficacia eximente a la implementación de un programa de cumplimiento efectivo, asumiendo que la estrategia defensiva del ente irá encaminada a probar, en el juicio, la eficacia del programa y de las medidas de prevención de delitos con las que cuenta. Con la regulación anterior al 1 de julio de 2015, la centralidad de tales extremos en la estrategia defensiva de la persona jurídica no quedaba tan clara, dado que la implementación de programas de

⁵⁹⁵ APARICIO DÍAZ, L., “Aproximación a las modificaciones...ob. cit.; En la misma línea, entiende GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia..., ob. cit., p. 23, que “*si el representante especialmente designado por la persona jurídica es un tercero ajeno a la misma y distinto de los administradores, directivos, gestores etc. su declaración es absurda y puede erigirse en un trámite pintoresco, cuando no una simple pantomima innecesaria*”.

⁵⁹⁶ PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit.

⁵⁹⁷ En este sentido, se pronuncia, entre otros, GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., pp. 116-117, para quien la idoneidad del *chief compliance officer* se derivaría de su contacto, tanto con la dirección de la entidad como con los empleados, de su conocimiento del programa de cumplimiento, así como de los conocimientos jurídicos y económicos que se presumen a quien ostenta tal cargo.

cumplimiento efectivos para prevenir y descubrir delitos se preveía meramente como circunstancia atenuante. Sin embargo, con la nueva regulación, la entidad que cuente con programas de cumplimiento y medidas de prevención adaptados a los requerimientos legales del CP, quedará exenta de responsabilidad (art. 31 bis apdos. 2 y 4 CP).

Por lo que a mí respecta, considero que el *compliance officer*, siendo el sujeto específicamente encargado de las tareas de prevención y descubrimiento de delitos, de diseñar, implementar y actualizar los pertinentes controles y los canales de denuncias, así como de la política de comunicación para transmitir al personal los protocolos y directrices de actuación, en orden a evitar la comisión de delitos en el seno de la entidad, sería la persona idónea, en atención a sus conocimientos y a sus funciones en la entidad, para encargarse de la defensa del ente en el proceso. Además, el hecho de que no sea un representante legal o administrador haría, en principio, más improbable que estuviese siendo investigado en el mismo procedimiento que la persona jurídica y por los mismos hechos, eludiéndose así el potencial conflicto de intereses referido anteriormente. Esta última ventaja no se daría en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones en las que la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención podrá ser asumida, directamente, por el órgano de administración (art. 31 bis 3 CP)

De hecho, la propuesta CPP, que pretendía dar un giro copernicano en el tratamiento de esta cuestión, configurando como obligatoria la presencia de la entidad en el proceso a través de un representante y determinando qué concretas personas físicas debían asumir tal función⁵⁹⁸, en la línea propuesta por la doctrina y acogida en este trabajo, señalaba que, por la persona jurídica, comparecería la persona física específicamente designada por su máximo órgano de gobierno o administración como *director del sistema de control interno* de la entidad⁵⁹⁹. Además, aquel texto prelegislativo precisaba que no era necesario que tal sujeto ocupase el cargo en el momento de la comisión del hecho punible, lo cual ponía de manifiesto que el prelegislador le atribuía el papel de representante, atendiendo a su función en la entidad en el momento del enjuiciamiento, y no a su conocimiento de los hechos objeto del proceso, ahondando en su papel de instrumento defensivo, en detrimento de su consideración como objeto de investigación o fuente probatoria. La Propuesta CPP 2013 continuaba diciendo que, en caso de que tal cargo no existiese, si la entidad no atendía al requerimiento de nombrar a otro como representante, debería comparecer como tal, la persona que ostentase “*el máximo poder real de decisión en órgano de gobierno o administración o como administrador de hecho de la entidad*”. El problema que se planteaba, en este caso, era la alta probabilidad de que tal sujeto fuese investigado o terminase siendo encausado en el mismo proceso que la entidad,

⁵⁹⁸ Hay que tener en cuenta que la determinación *ex lege* de quien debe representar a la entidad condiciona o influye, en mayor o menor medida, en otros aspectos de la regulación tales como la declaración de la entidad, la mayor o menor sujeción del representante al proceso o la institución de la rebeldía.

⁵⁹⁹ En su defecto, aquellas entidades que no cuenten en su organigrama con esta figura, serán requeridas para designar a un representante que deberá contar con un poder especial y, por supuesto, aceptar el cargo. Por último, si la entidad no atiende a tal requerimiento, el MF determinará quién es la persona que ostenta el máximo poder real de decisión en la entidad, y éste tendrá la obligación de asumir la representación de la misma en el proceso (art. 51.1 Propuesta CPP)

surgiendo, nuevamente, la posibilidad de conflicto de intereses. En todo caso, resulta evidente que, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, el hecho de señalar *ex lege* al representante defensivo resultaría positivo.

En definitiva, a pesar de la fungibilidad que parece consagrar la ley en cuanto a la figura del representante en el proceso, parece que el director del sistema de cumplimiento normativo o, en su defecto, los representantes o administradores del ente, serían las personas idóneas para aprovechar las posibilidades autodefensivas de la entidad, en tanto que se encontrasen debidamente autorizadas para actuar en su nombre y por su cuenta, comprometiendo su voluntad. Por lo tanto, aun cuando la ley no determine quién debe representar al ente, esto no implica que la elección de tal sujeto resulte indiferente sino que, por el contrario, la designación adecuada del representante será una decisión de importancia estratégica para la defensa.

Con la regulación actual, la falta de designación o la incomparecencia del representante especialmente designado no constituyen un óbice para la continuación del proceso. De hecho, la ley asimila la no designación de un representante defensivo, o la incomparecencia del designado, al ejercicio del derecho a no declarar (art. 409 bis II LECrim), lo cual implica que no es posible deducir, de tales actuaciones, indicios sobre la culpabilidad de la persona jurídica acusada, ni otras consecuencias adversas, más allá de las derivadas de la pérdida de las posibilidades de la entidad de desacreditar los indicios y/o pruebas con los que cuente el juez de instrucción o la acusación⁶⁰⁰. Ahora bien, aunque resulta legítimo que la entidad, acogiéndose a su derecho a no declarar, no designe a ningún representante, no es menos cierto que sobre ella pesa la carga de realizar tal designación ya que, en otro caso, no podrá aprovechar las posibilidades de autodefensa que le otorga el ordenamiento. Así pues, para poder, por ejemplo, declarar en juicio en calidad de acusado o ejercer el derecho a la última palabra, deberá designar como representante a un sujeto que no haya sido llamado como testigo, que, preferiblemente, no esté siendo investigado ni vaya a terminar siendo encausado, que ostente una posición en el organigrama de la entidad que le permita ejercer, eficazmente, su derecho de defensa y que se encuentre debidamente apoderado para actuar, procesalmente, en nombre de la persona jurídica inculpada.

Respecto a la forma en la que ha de realizarse la designación del representante defensivo, cabe señalar que deberá documentarse en escrito dirigido al órgano instructor, en respuesta al requerimiento para la primera comparecencia, en el escrito de defensa o, en su caso, en cualquier otro escrito procesal dirigido al órgano de enjuiciamiento, con carácter previo a la apertura de las sesiones del juicio oral. A dicho escrito podría acompañarse el soporte documental que justifique la adopción del acuerdo sobre su nombramiento⁶⁰¹ y en el que conste que tal sujeto se encuentra

⁶⁰⁰ Sobre las consecuencias que cabe, legítimamente, derivar del silencio del acusado resulta interesante la jurisprudencia al respecto del TEDH. Ver, por todas, STEDH de 8 de febrero de 1996. Caso John Murray c. Reino Unido.

⁶⁰¹ Según ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., pp. 103-104, también podría realizarse el nombramiento oralmente por comparecencia ante el Letrado de la Administración de Justicia. La denominación de Cuerpo de Letrados de la Administración de

debidamente autorizado para declarar en nombre de la entidad y para comprometer su voluntad. Seguramente, la forma más adecuada para instrumentalizar tal relación representativa sería el otorgamiento de un poder especial, tal y como exigía el art. 51 de la Propuesta CPP 2013 y la actual LECrim para la prestación de la conformidad (art. 787. 8).

4.- El control de los presupuestos procesales de las partes

Tanto la capacidad para ser parte, como la capacidad procesal, constituyen auténticos presupuestos procesales⁶⁰², junto con la jurisdicción y la competencia, por lo que su análisis se alza como un *prius* lógico para avanzar en el estudio del enjuiciamiento de las personas jurídicas. En tanto que presupuestos procesales, de su concurrencia dependerá la válida constitución de la relación jurídica procesal, por lo que el Juez deberá controlar de oficio su concurrencia⁶⁰³, sin perjuicio de que su falta pueda ser puesta de manifiesto por las partes⁶⁰⁴.

Así, en relación con la capacidad para ser parte, el juez instructor deberá realizar las pertinentes comprobaciones de oficio, antes de proceder a imputar a una persona jurídica. Por consiguiente, deberá constatar que se trata de una entidad de naturaleza privada, que ostenta personalidad jurídica, o bien que, tratándose de una entidad jurídico-pública, no se encuentre excluida de responsabilidad penal según el art. 31 quinquies CP y que, además, se le imputan unos hechos que pueden ser subsumidos en alguno de los tipos delictivos que, según la regulación penal, cabe atribuir a las personas morales. Así mismo, deberá determinar si se trata de una sociedad pantalla, sin un sustrato material o una cierta complejidad organizativa ya que, en tal caso, al ser inimputable, deberá evitar proceder a su imputación, si bien tal decisión deberá adoptarse tras el pertinente debate procesal contradictorio y en resolución jurídicamente fundada. Además, si se trata de un ente sin personalidad, pasible de consecuencias accesorias, de acuerdo con lo sostenido en este trabajo, también

Justicia sustituye a la de Cuerpo de Secretarios Judiciales a partir del 1 de octubre, según la D.A. 1ª L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ.

⁶⁰² Ahora bien, es preciso reconocer que la consideración de la capacidad procesal y para ser parte como presupuestos procesales no es unánime ya que, al examinarse su concurrencia en el marco del proceso, parte de la doctrina niega su carácter de presupuestos respecto del mismo. En este sentido, se pronuncian, entre otros, ENCISO CALVO, A., "Acción y personalidad. Contribución al estudio de las...ob. cit., p. 129; SERRA DOMÍNGUEZ, M., "Precisiones en torno a los conceptos de parte...ob. cit., p. 300.

⁶⁰³ En este sentido, sostiene COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal*...ob. cit., pp. 111-112, que la apreciación por el Juez de la falta de algún presupuesto procesal, lejos de ser una decisión *ultra petita*, es lo más natural y lógico, en tanto que los presupuestos son circunstancias anteriores a la decisión del Juez sin los cuales éste no puede acoger la demanda ni la defensa. Para ello no se requiera alegación de parte porque no está en las facultades del magistrado atribuirse una competencia que la ley no le ha dado o dotar a los litigantes de una capacidad de la que la ley les ha privado; También en relación con el presupuesto de la jurisdicción, se refiere a su control de oficio GONZÁLEZ GRANDA, P., *Extensión y límites de la jurisdicción*...ob. cit., pp. 281-288.

⁶⁰⁴ Ver CHOZAS ALONSO, J. M., "Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 1, 1997, pp. 199-220, pp. 208 y 212.

debiera procederse a su imputación, o a la formalización de la investigación en su contra, para permitirle ejercer plenamente su derecho de defensa. Ahora bien, si la entidad aparece exenta de responsabilidad, por su naturaleza pública, o por no resultarle imputable el delito por el que se procede, dada su falta de aptitud para ser sujeto pasivo del proceso penal, se debería archivar o sobreseer la causa frente a ella, eso sí, previa audiencia del MF. En definitiva, no podrá tutelarse jurídicamente la pretensión de imponerle una pena a un ente que no cumple los anteriores requisitos y que, por lo tanto, carece de capacidad para ser parte pasiva en el proceso penal.

Por lo tanto, el Juez, ante la recepción de una *notitia criminis*, y antes de decidir sobre la imputación de una entidad, deberá comprobar, normalmente a través de los oportunos oficios dirigidos a los Registros correspondientes, si la entidad en cuestión ha adquirido personalidad jurídica conforme a Derecho⁶⁰⁵. En caso de que se trate de una persona jurídica extranjera, a efectos de comprobar tal extremo, habrá que estar a su ley nacional. Así se deduce del art. 9.11 CC cuando señala que será la nacionalidad de las personas jurídicas la que determine la ley que regirá en cuestiones tales como su capacidad o constitución, entre otras. Por lo tanto, dado que su constitución se rige por su ley personal, habrá que estar a ésta para determinar si ostentan o no personalidad jurídica⁶⁰⁶, para lo cual podría resultar necesario la emisión de comisiones rogatorias con este preciso contenido⁶⁰⁷, con los problemas, ya apuntados en relación con las contradicciones que podrían surgir entre los diversos criterios nacionales a la hora de reconocer personalidad jurídica a determinadas entidades u organizaciones.

Por otra parte, existe “una norma interpretativa no escrita, pero de absoluta vigencia, que exige que todo aquello que puede ser apreciado de oficio por un juez, puede ser puesto de manifiesto por alguna de las partes”⁶⁰⁸. De modo que, si la defensa, el MF, o cualquiera de las partes aprecian la falta de algún presupuesto procesal pueden acudir a dos medios genéricos de subsanación: bien directamente a los recursos ordinarios; bien a un escrito *ad hoc*, a fin de excitar al órgano jurisdiccional para que actúe y, en caso de que el órgano responda negativamente a su petición a través de una resolución, impugnarla⁶⁰⁹. Por cualquiera de estas vías, esto es, impugnando el auto de imputación, a través de los recursos ordinarios, o con

⁶⁰⁵ En este sentido, señala ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 87, sostiene que la instrucción de los delitos requerirá, en ciertos casos, la práctica de un conjunto de diligencias tendentes a determinar la “*existencia de personalidad jurídica (...)* que se encuentra ligada, con carácter general, a su inscripción en un registro público, de suerte que resultará preciso el libramiento de un mandamiento al registro correspondiente para que acompañe los asientos de inscripción de la sociedad” (sic.).

⁶⁰⁶ Cfr. Circular FGE 1/2011, p. 16; Así lo constata, igualmente, PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...” ob. cit., p. 386.

⁶⁰⁷ Cfr. ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 90.

⁶⁰⁸ CHOZAS ALONSO, J. M., “Los presupuestos procesales en el proceso penal...” ob. cit., pp. 208 y 212; Precisamente, por la absoluta vigencia de esa regla interpretativa no se comparte el argumento de GÓMEZ COLOMER J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...” ob. cit., p. 222, según el cual, la persona jurídica, en ningún caso, puede alegar en su defensa su falta de capacidad para ser parte.

⁶⁰⁹ CHOZAS ALONSO, J. M., “Los presupuestos procesales en el proceso penal...” ob. cit., pp. 208 y 212.

un escrito específico dirigido al órgano judicial, una persona jurídico-pública, excluida del régimen de responsabilidad penal, si hubiese resultado erróneamente investigada o encausada, podría denunciar su falta de capacidad para ser parte, en vista de su inimputabilidad penal *ex* art. 31 *bis* 1 y 31 quinquies CP. El Juez debería resolver la cuestión a través de un auto (art. 245 LOPJ). Por su parte, los entes sin personalidad, a los que sólo cabe imponer consecuencias accesorias, cuando pretendiesen ser enjuiciados en un proceso independiente o distinto del seguido frente a los responsables individuales, podrían poner de manifiesto su falta de capacidad para ser parte en tal proceso, en tanto que sólo cabe imponerles tales sanciones cuando, conjuntamente, se le impone una pena principal al autor material del delito. Igualmente, la persona jurídica a la que se imputase un delito para el que no se prevé su responsabilidad podría manifestar su falta de capacidad para ser parte pasiva en ese proceso penal.

Si bien la ausencia de un presupuesto procesal puede ser apreciada de oficio en cualquier momento, para su puesta de manifiesto a instancia de parte existen momentos procesalmente idóneos. Así, en el procedimiento ordinario la LECrim, a través de los artículos de previo pronunciamiento (art. 666), mientras que en el procedimiento abreviado existe un momento procesal, potestativo para las partes, concebido como expediente sanatorio de defectos en lo tocante a presupuestos procesales y otras cuestiones de diversa índole, denominado por el legislador turno de intervenciones (art. 793.2 LECrim)⁶¹⁰.

En definitiva, para los entes sin personalidad, para las personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal en virtud del art. 31 quinquies CP, o cuando se pretenda imputar a una persona jurídica un delito para el que no está prevista su responsabilidad, la entidad debe tener una posibilidad efectiva de alegar esa falta de capacidad para ser parte pasiva en el proceso, exigiendo mantenerse al margen de la investigación penal o que, en su caso, se deje sin efecto su errónea imputación.

En cuanto a la capacidad procesal, tal y como se señaló más arriba, será la propia persona jurídica la que, en virtud de lo dispuesto por la normativa por la que se rija, designe a quién haya de comparecer procesalmente en su nombre⁶¹¹. El problema está en que los representantes legales o los miembros de sus órganos de administración, si se encuentran en una situación de conflicto de intereses, también podrían verse impedidos para designar a un tercero como representante. En este sentido, se sostiene que es esencial que los juzgados sean rigurosos a la hora de impedir que los administradores involucrados en el proceso como sujetos pasivos puedan hacer uso de las atribuciones legales que les corresponden para designar letrado o representante legal, ya que sólo de esta forma se posibilitará la autonomía e independencia de la estrategia defensiva de la persona jurídica⁶¹².

⁶¹⁰ Cfr. CHOZAS ALONSO, J. M., “Los presupuestos procesales en el proceso penal...ob. cit., pp. 214-215.

⁶¹¹ PEDRAZ PENALVA, E; PÉREZ GIL, J; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N; “Aspectos procesales de la reforma del código penal...ob. cit., pp. 24-25.

⁶¹² GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia..., ob. cit., p. 14.

La cuestión radica en determinar si el Juez debe controlar los procesos internos de decisión de la entidad a la hora de designar representante. Parece que, al menos atendiendo a la legislación vigente, no establece incompatibilidad alguna para impedir que el inculpado sea designado como representante defensivo de la entidad y que entienda la designación de un representante defensivo, como una carga para la persona jurídica, cuya ausencia no es óbice para la continuación del proceso, el Juez deberá circunscribir su actuación a un control formal y de legalidad. Así pues, deberá limitarse a rechazar la designación de quien, o bien, no acredite debidamente el poder para actuar en nombre de la entidad, o bien, se considere nombrado con abuso de derecho o en fraude de ley (art. 11.2 LOPJ), por ejemplo, para evitar su llamamiento como testigo. En este sentido, primeramente, el Juez de Instrucción y, posteriormente, el Juez o Tribunal de enjuiciamiento, deberán comprobar que existe un apoderamiento formal a favor de la persona que dice representar al ente, que tal apoderamiento aparece documentado en un poder suficiente para actuar como su representante defensivo en el juicio penal, y por lo tanto para declarar en su nombre, comprometiéndolo, de esta forma, su voluntad.

La falta de tal poder especial determinará la imposibilidad de que, quien dice ser el representante defensivo de la entidad, pueda actuar en su nombre, particularmente para declarar por la misma, comprometiéndolo su voluntad, así como para ocupar el lugar y los turnos de intervenciones que corresponderían al sujeto pasivo. Así pues, una declaración realizada por quien no se encuentra debidamente acreditado como representante de la entidad no podrá ser atribuida al ente investigado o encausado. Así mismo, la falta de apoderamiento válido en favor de una persona con capacidad de obrar y sobre la que no concurra ninguna incompatibilidad para representar al ente, impedirá a la persona jurídica realizar ciertas actuaciones procesales de carácter personal, tales como conformarse con la pena, declarar en calidad de parte o ejercitar el derecho a la última palabra.

Por otra parte, en el caso de sociedades extranjeras, para las cuestiones relativas a la postulación, o a la intervención de tales entidades en el marco del proceso, tratándose de normas de naturaleza procesal, se aplica la *lex fori*⁶¹³, es decir, se aplican las normas del lugar en que se desarrolla el proceso y no las leyes nacionales del encausado⁶¹⁴. Por el contrario, las cuestiones relativas a su representación legal u orgánica vendrán determinadas por su ley personal que, a su vez, depende de la nacionalidad de la entidad (art. 9.11 CC). Por consiguiente, al señalar la LECrim que, por la persona jurídica, actuará en el proceso la persona especialmente designada a tal fin, tratándose de una ley de naturaleza procesal, se aplica a la entidad extranjera enjuiciada en España, permitiéndole designar como tal a quien la entidad crea conveniente. Otra sería la solución si, como ocurre en el proceso civil, la regulación estableciese que la persona jurídica debería actuar a través de sus representantes

⁶¹³ En este sentido, se puede ver FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*...ob. cit., pp. 277-285, señalando, entre otras cosas, que la aplicación de la *lex fori* a la postulación, no plantea duda alguna (p. 285).

⁶¹⁴ En este sentido, el art. 3 LECiv, de aplicación supletoria en relación con la LECrim, refleja el mandato de la *lex fori* señalando que “con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”.

legales, los cuales vendrían determinados, en tal caso, de acuerdo con su ley nacional.

5.- Legitimación

En primer lugar, hay que diferenciar la legitimación procesal o *legitimatio ad processum* y la legitimación material o *ad causam*. Así pues, legitimado materialmente estará el titular del derecho, ya se trate del derecho existente o del meramente afirmado; mientras que, legitimadas procesalmente lo están únicamente aquellas personas que tienen derecho a intervenir en el proceso como partes⁶¹⁵. La única que interesa a los procesalistas es la *legitimatio ad processum* en tanto que es la única exigida, con carácter general, por la ley procesal, en orden a la comparecencia de las partes en juicio⁶¹⁶. Por lo tanto, sólo en esta última se centrará el presente apdo. Por otra parte, se hace preciso aclarar, desde ahora mismo que, a diferencia de la capacidad para ser parte y la capacidad procesal, la legitimación no constituye un verdadero presupuesto procesal, sino un presupuesto del acto de imputación, el cual refleja un nexo o una relación entre las partes y el objeto del proceso o el hecho punible⁶¹⁷, siendo, precisamente, tal relación entre sujeto y objeto el fundamento de la condición de parte legítima. Así pues, la legitimación debe ser entendida, a diferencia de la capacidad para ser parte, que es general, como un concepto que enlaza a la parte con el objeto del proceso⁶¹⁸.

En este sentido, y ya centrado el tema en el proceso penal, sostiene SERRA DOMINGUEZ que las partes pasivas del proceso penal “*quedan legitimadas por el mero hecho de pronunciarse en su contra una petición determinada*”⁶¹⁹. Por su parte, GÓMEZ ORBANEJA señala que, “*legitimado pasivamente para el ejercicio de la acción penal está la persona que la acusación presenta como culpable*”, de lo cual “*se sigue que la legitimación corresponde a todo inculpado por el hecho de serlo (y no, claro está, por el hecho de ser culpable). Y consiguientemente, que el juicio sobre la legitimación y sobre la culpabilidad coinciden*”⁶²⁰. En este sentido, la

⁶¹⁵ En este sentido, se expresa SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Precisiones en torno a los conceptos de parte...ob. cit., p. 309; Sobre esta distinción véase, así mismo, RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil. Tomo I.* 5ª ed., Barcelona, 1992, pp. 251-257.

⁶¹⁶ Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*...ob. cit., p. 253.

⁶¹⁷ Por su parte, ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas*...ob. cit., p. 235, siguiendo la teoría concreta de la acción, señala que la legitimación no es un presupuesto del derecho al proceso sino que es un presupuesto de la acción, esto es, una de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela judicial concreta, tratándose de una cualidad de las partes en relación con el concreto objeto del proceso; También le niega tal carácter de presupuesto procesal RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*...ob. cit., p. 261.

⁶¹⁸ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I...ob. cit., p. 1171; Las confusiones, entre la legitimación y la capacidad para ser parte no son infrecuentes. En este sentido, se pueden ver, por ejemplo, las afirmaciones de SALAS CARCELLER, A., “La legitimación” en AA.VV., A. Salas Carceller (dir.) *Las partes. Problemática procesal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XIX, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 61-86, pp. 63-64, para quien la legitimación vendría a coincidir con la capacidad para ser parte.

⁶¹⁹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Precisiones en torno a los conceptos de parte...ob. cit., p. 311.

⁶²⁰ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1951)*...ob. cit., p. 283.

legitimación para intervenir como parte pasiva en el proceso penal se deriva, precisamente, del acto de imputación que implica, según el TC, la atribución, más o menos fundada, de unos hechos con apariencia delictiva a un sujeto determinado⁶²¹. Por lo tanto, el estudio de la legitimación será abordado a través del análisis de la imputación, en el que se detallarán los presupuestos del juicio de imputación frente al ente⁶²². Principalmente, la sospecha de haberse cometido un delito de los atribuibles a las personas jurídicas, por un representante, administrador o subordinado que haya podido delinquir por la omisión del control debido sobre su actividad, siempre que la actuación delictiva se haya perpetrado en beneficio del ente y en su nombre o por su cuenta.

En definitiva, se encuentre pasivamente legitimado en un proceso penal, quien resulta investigado o encausado y tal imputación, a su vez, le legitimará para actuar en el proceso en defensa de sus intereses. Por lo tanto, en orden a determinar quién está pasivamente legitimado para actuar en un determinado proceso penal, basta con constatar que a tal persona se le atribuye, de forma más o menos fundada, una posible responsabilidad en el delito investigado. En otras palabras, ostentará la condición de parte procesal legítima quien adquiera la condición de imputado⁶²³, investigado o encausado de acuerdo con la nueva terminología legal, posición que se ostenta desde que el Juez actúa frente a una concreta persona a la que, con mayor o menor grado de probabilidad, se atribuye participación criminal en el hecho objeto de la instrucción⁶²⁴. En ese preciso instante, al afirmarse su posible responsabilidad en relación con el hecho delictivo objeto del proceso, deberá dársele, correlativamente, la oportunidad de actuar en el marco de ese proceso para defender sus legítimos intereses.

De este modo se equipara la legitimación a la imputación, de tal forma que, incluso en el caso de que erróneamente se imputase un delito a una persona jurídica penalmente irresponsable, por ejemplo, a una Entidad Pública Empresarial, excluida de responsabilidad penal por el art. 31 quinquies 1 CP, tal entidad, a pesar de carecer de capacidad para ser parte, se encontraría formalmente legitimada para actuar como parte pasiva y ejercer su derecho de defensa. Sin perjuicio de que, previsiblemente, usaría su primera posibilidad de defensa para alegar su falta de capacidad para ser parte que, apreciada por el órgano judicial, debería conducir al sobreseimiento libre o a la absolución de la entidad⁶²⁵, como consecuencia de la nulidad del acto de imputación⁶²⁶. Cuestión que podría ser reproducida en el trámite de los artículos de

⁶²¹ En este sentido, el STC (Sala Primera), núm. 44/1985, de 22 de marzo, F.J. 3º.

⁶²² Las cuestiones relativas a la imputación y, en concreto, al momento y a la forma en que la persona jurídica adquiere la condición de pasivamente legitimada, se tratarán en el epígrafe II, del capítulo 2, relativo a la imputación.

⁶²³ RENEDO ARENAL, Mº. A., *Problemas del imputado...* ob. cit., p. 307.

⁶²⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley...* ob. cit., (1951), pp. 282-283.

⁶²⁵ A este respecto afirmar SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal...* ob. cit., p. 680, que toda persona, por el simple hecho de ser sujeto pasivo de un juicio de imputación, se encuentra legitimada procesalmente para efectuar, válidamente, actos como sujeto pasivo en el proceso penal. Si dicha persona no tiene existencia física, sino tan sólo jurídica, si es menor de catorce años o si es incapaz mentalmente, no tendrá legitimación material y deberá ser absuelta.

⁶²⁶ PORTAL MANRUBIA, J., "El enjuiciamiento penal de..." ob. cit., sostiene que los entes públicos excluidos del régimen de responsabilidad penal pueden personarse en el proceso penal para que se les reciba declaración si resultan imputados. Corresponde a su representante, en su declaración de parte

previo pronunciamiento en el procedimiento ordinario, en la audiencia preliminar del procedimiento abreviado o, incluso, apreciada en cualquier momento de oficio por el juzgador, en vista de que se trata de la falta de capacidad para ser parte sí constituye un auténtico presupuesto procesal que condicionaría la validez misma del proceso. Una situación similar se plantearía en el caso de que se pretendiese imputar a una persona jurídica un delito cometido antes del 23 de diciembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, tantas veces citada, que fue la que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España⁶²⁷.

Sin embargo, no se agota aquí la cuestión de la legitimación, en tanto que existe otra forma de abordarla, consistente en determinar quién se verá afectado por la sentencia que ponga fin el proceso y, por consiguiente, quien se encontrará legitimado para actuar en el marco del mismo, aun cuando no se le reconozca la condición de parte. Se encontrarían en esta situación aquellos sujetos que, sin haber sido formalmente encausados ni acusados, se vean concernidos por los efectos ejecutivos y de cosa juzgada derivados de la resolución judicial que, so pena de causarles indefensión, deben ser considerados sujetos legitimados para defender sus correspondientes posiciones procesales, aun cuando no tengan capacidad para ser parte. En definitiva, aun partiendo, como lo hace la LECrim, de que sólo las personas jurídicas tienen capacidad para ser parte, no es posible ignorar que puede haber otras entidades, tales como las masas patrimoniales, los patrimonios separados u otros entes sin personalidad, que ostenten un interés legítimo en actuar en el proceso, en relación con la eventual imposición de las consecuencias accesorias⁶²⁸. Tales sujetos, en la medida en que puedan resultar directamente afectados por la sentencia que se dicte, ostentarán legitimación pasiva para actuar en el proceso penal y habrá que permitirles personarse en la instrucción y defender su postura procesal⁶²⁹. Incluso si llega a admitirse que no han de ser formalmente investigados y encausados⁶³⁰, por ser sus sanciones accesorias a la imposición de un pena principal.

realizada en nombre de la entidad, anunciar al Juez de instrucción la condición de ente público, y por tanto exento de responsabilidad penal, que ostenta su representado, debiendo el Juez, en su caso, dictar auto de sobreseimiento libre por ser nula la imputación de responsabilidad penal a tal sujeto (art. 637.3 LECrim).

⁶²⁷ Hipótesis planteada por SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 677-678, afirmando que el auto de imputación sería radicalmente nulo pero, al mismo tiempo, reconociéndole a la entidad la aptitud para comparecer en el proceso penal y para realizar aquellos actos tendentes a desvirtuar el juicio de imputación.

⁶²⁸ En este sentido, la Propuesta CPP del año 2013 contemplaba como posibles encausados a “*todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la Ley*” (art. 41).

⁶²⁹ En este línea, sostiene BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica...ob. cit., p. 166, que, en todo caso, aun en el supuesto de que sean entes sin personalidad y no sean formalmente imputados, hay que permitirles personarse en la instrucción, a través de quienes deban actuar en su nombre (arts. 7.5, 7.6 y 7.7 LECiv), para defender su posición procesal. Advirtiéndose, el referido autor que, de lo contrario, podría vulnerarse su derecho de defensa, puesto que resulta indudable que sus legítimos intereses van a quedar afectados por lo que se decida en el proceso.

⁶³⁰ En la misma línea, se pronunciaba ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas...*ob. cit., p. 236, antes de la reforma del año 2010, en relación con la postura de las personas jurídicas susceptibles de ser sancionadas con las consecuencias accesorias. En aquel contexto, el autor entendía que las personas jurídicas ostentaban plena legitimación para comparecer en el proceso penal, ejercitando todos los derechos inherentes a su posición y, en especial, el derecho de defensa, aunque, sólo la persona física ostentase capacidad para ser parte.

En este sentido, la regulación procesal penal da solución al problema de quienes, sin ser formalmente parte en un proceso penal, pueden tener interés en su celebración o en su resultado, previendo, a tal fin, la necesidad de que, a esos interesados, se les comunique la existencia del proceso y la fecha de celebración del mismo (arts. 785.3 LECrim), así como el contenido de la sentencia o de otras resoluciones que se refieran a ellos y que les puedan deparar algún tipo de perjuicio (arts. 240 LOPJ, 742 y 792.4 LECrim). Igualmente, la jurisprudencia reiterada del TC indica que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el derecho a conocer su existencia, a fin de que tengan la posibilidad de intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Ello impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de defensa⁶³¹.

En definitiva, sin perjuicio de la propuesta de *lege ferenda* mantenida en este trabajo, que abogaría por atribuir la condición de auténticas partes a los entes sin personalidad con cierta complejidad organizacional, cuando pretende imponérselos una consecuencia accesoria, aun cuando tales entes no resulten objeto de una imputación autónoma, es preciso darles la oportunidad de defenderse en el proceso penal para que puedan proteger sus legítimos intereses sin sufrir indefensión. En este sentido, en la medida en que los entes sin personalidad pueden resultar afectados por la eventual sentencia de condena que se dicte, es preciso que sean llamados al proceso, y oídos a través de sus legítimos representantes (arts. 7.5, 7.6 y 7.7 LECiv). Además, hayan comparecido o no, habrá de notificárseles la sentencia a través de sus representantes legales o en la forma que asegure, en mayor medida, su efectiva recepción.

6.- Recapitulación

En este epígrafe han sido objeto de tratamiento las cuestiones relativas a los presupuestos procesales de las partes, esto es, a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal de la persona jurídica en tanto que nuevo sujeto pasivo del proceso penal. Como punto de partida, para tratar la cuestión de la capacidad para ser parte, ha sido necesario acudir a la regulación penal para determinar, en abstracto, qué entidades pueden ser responsables penalmente y, por lo tanto, tienen aptitud genérica para ocupar la posición de parte pasiva en un proceso penal, esto es, para asumir, sucesivamente la condición de investigado, encausado, procesado o acusado. En este sentido, parece claro que las personas jurídico-privadas se encontrarían en tal situación, en tanto que a ellas se dirige, principalmente, la reforma penal que, sin embargo, excluye del sistema de responsabilidad criminal a las Administraciones y a otras entidades de Derecho público. Resulta destacable, en este punto, la inclusión,

⁶³¹ Se pueden ver, en este sentido, SSTC 167/1992, de 26 de octubre; 103/1993, de 22 de marzo; 108/1994, de 11 de abril; 186/1997, de 10 de noviembre, entre otras

en el círculo de potenciales responsables penales, a través de sucesivas reformas del CP, de los partidos políticos, de los sindicatos y de las sociedades mercantiles públicas, los cuales, inicialmente, se encontraban excluidos del régimen de responsabilidad penal.

No está tan claro cuál debiera ser el tratamiento procesal de los entes sin personalidad pasibles de consecuencias accesorias en tanto que, al no ser, propiamente, responsables penales, podría entenderse que carecen de capacidad para ser parte en el proceso penal, si bien la posibilidad de que se dicte una sentencia condenatoria, imponiéndoles una consecuencia accesoria, les convierte en legítimos interesados en participar en la investigación y en el enjuiciamiento. Por su parte, algunos de los proyectos frustrados tendentes a aprobar una nueva Ley procesal penal optaban, al contrario que la regulación actual, por incluir, expresamente, a los entes sin personalidad entre los posibles encausados, asimilando, por lo tanto, su estatuto jurídico-procesal al de cualquier sujeto pasivo del proceso penal. Solución, esta última, que resulta más garantista y, sobre todo, más coherente con el contenido claramente aflictivo de las consecuencias accesorias.

También puede resultar problemática la situación de las sociedades pantalla o de ciertas organizaciones criminales que, ostentando personalidad jurídica, constituyen, en realidad, meros instrumentos delictivos en mano de los verdaderos y únicos culpables del delito, que serían las personas físicas que las controlan. En estos casos, la persona jurídica, en tanto que mero instrumento para la comisión de delitos, carente de una mínima actividad lícita, se considerará inimputable, acudiéndose a la doctrina del levantamiento del velo para enjuiciar a los verdaderos responsables, esto es, a las personas naturales que la instrumentalizan.

Estos supuestos límite ponen de manifiesto que la personalidad jurídica no es el criterio más adecuado para determinar la capacidad para ser parte de los entes colectivos en el proceso penal, resultando más apropiado atender a que la entidad presente una mínima complejidad organizacional, que la dote de una cierta alteridad frente, así como de un sustrato material suficiente, en el sentido de que realice, al menos, una mínima actividad lícita, más allá de la que sirva de cobertura a sus actividades ilícitas. En otro caso, resultará penalmente inimputable y no adquirirá, por lo tanto, la condición de parte pasivamente legitimada en el proceso penal.

En cuanto a la capacidad procesal, resulta evidente que las personas jurídicas, así como los entes sin personalidad, dada su naturaleza incorpórea, necesitan, en todo caso, a un representante para actuar en su nombre. Ante la indeterminación legal sobre qué individuo debe asumir la representación de la persona jurídica encausada en el proceso penal, se ha producido un extenso e inacabado debate en torno a la idoneidad, o falta de idoneidad, de unos y otros para ser designados como representante defensivo del ente inculcado. En este sentido, ha sido preciso reflexionar sobre el potencial conflicto de intereses que podría surgir entre la persona jurídica y su representante legal, cuando este último estuviese siendo personalmente investigado o resultase encausado por el hecho de referencia, presupuesto de la responsabilidad de aquella. También se han analizado las distintas propuestas

doctrinales formuladas para salvar tal conflicto, así como la incompatibilidad legal tendente a evitar que se escoja al representante con el fraudulento fin de impedir que ciertos sujetos, con información relevante para el enjuiciamiento de los hechos, sean llamados a declarar como testigos. Tras analizar todas estas cuestiones, y rechazar la propuesta de que sean los propios postulantes los que asuman en exclusiva la intervención de la entidad en el proceso, se opta por la posibilidad de que sea el *compliance officer*, en caso de existir tal cargo en la entidad, el que asuma su representación en el marco del proceso. Si tal profesional no existiese o resultase encausado, serían los propios órganos de gobierno de la persona jurídica los encargados de designar a otro individuo como representante defensivo, pudiendo ocupar tal cargo cualquier persona física que acredite poderes suficientes a tal fin.

A continuación, en relación con el control de los presupuestos procesales cabe recordar que los mismos han de ser examinados de oficio en tanto que se trata de prerequisites, que tienen naturaleza de normas indisponibles, de cuya efectiva concurrencia depende la validez jurídica de las subsiguientes actuaciones procesales, incluida la resolución judicial definitiva que ponga fin al proceso. Por eso, el Juez, bien de oficio, bien por excitación de la parte legitimada, ha de examinar la capacidad para ser parte pasiva de la entidad a la que pretenda imputársele responsabilidad penal, así como la validez de la designación realizada en favor de su representante defensivo, como forma de integrar la capacidad procesal de la persona jurídica inculpada.

Por último, se analiza la cuestión de la legitimación pasiva que la entidad adquiere, precisamente, a través del acto de imputación, que la relaciona, más o menos fundadamente, con un hecho delictivo. Ahora bien, en este punto, surge de nuevo el problema de la legitimación de aquellos que, sin ser parte formal en el proceso, tienen intereses en el mismo susceptibles de legítima protección. Tales “interesados”, señaladamente, los entes sin personalidad pasibles a los que pretenden imponérseles alguna consecuencia accesoria, debieran ostentar la condición de parte, dándoles entrada en el proceso para permitirles defender, de forma efectiva, sus derechos e intereses legítimos, so pena de vulnerar su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

IV. Las responsabilidades de la persona física y la persona jurídica: entre la autonomía y la dependencia

1.- Planteamiento

El sistema de responsabilidad penal previsto en los art. 31 bis CP y concordantes dispone que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su beneficio, por determinadas personas físicas que actúan en su seno. Por su parte, el art. 31 ter CP viene a configurar la responsabilidad penal de las personas jurídicas como cumulativa y autónoma con respecto a la que se atribuye a los presuntos autores materiales de los delitos en cuestión. De tal régimen de responsabilidad se derivan dos cuestiones fundamentales para el objeto de este epígrafe. En primer lugar, este sistema de responsabilidad implica que de la comisión de un delito nace una doble responsabilidad que se atribuye a dos sujetos con existencia jurídica independiente, la persona física, autora del hecho de referencia, y la persona jurídica en cuyo beneficio se perpetró la actuación delictiva. Y, en segundo lugar, como consecuencia de la relativa autonomía entre ambas responsabilidades, sucede que la persona jurídica, a pesar de que su responsabilidad dependa de la comisión de un delito por uno de sus agentes, podrá ser juzgada, aun cuando el autor del mismo no pueda serlo. Esta tensión, entre la necesidad de atribuir la comisión de unos hechos a un determinado sujeto y la posibilidad de que tal sujeto no haya sido siquiera identificado, es la causa de intrincados problemas procesales en tanto que, en principio, no es posible afirmar en una sentencia hechos delictivos supuestamente cometidos por quien no es parte en el proceso.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se deriva de forma automática e indefectible de la comisión de un delito por uno de sus agentes, sino que el art. 31 bis CP establece ciertos criterios de imputación específicos que fundamentan la atribución del delito perpetrado por una persona natural a un ente colectivo. Este sistema de trasferencia de responsabilidad tiene como consecuencia directa la existencia de dos complejos fácticos entre los que se da una relación de continencia en tanto que, sin ser plenamente coincidentes, uno contiene o presupone al otro⁶³². En este sentido, la imputación y la condena de la persona jurídica exigen la comisión de un delito por una determinada persona física. Pero, a mayores, requieren la concurrencia de otros elementos o circunstancias que permitan atribuirle a la entidad una responsabilidad propia por el hecho realizado por sus agentes. En este sentido, cabe afirmar que el hecho de referencia es el mismo, pero los criterios de imputación de responsabilidad a uno y otro sujeto difieren.

⁶³²Según DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1972, p. 76, lo que en sentido estricto implica la continencia es precisamente que el objeto de una causa esté integrado en la otra.

Así pues, la finalidad de este epígrafe será deslindar el objeto del proceso frente a la persona jurídica y el del proceso seguido frente a la persona física, a través de la determinación de los hechos que fundamentan la responsabilidad de uno y a otro sujeto, entre los cuales se establece una suerte de relación de conexidad, dado que se debaten entre la identidad y la dualidad. A partir del análisis de la relación entre ambos objetos, se indagará sobre las posibilidades de enjuiciamiento conjunto o separado de ambos, haciendo especial hincapié en las dificultades que, un enjuiciamiento separado, a veces inevitable, podría acarrear.

2.- El sistema de responsabilidad vicarial y la relativa autonomía de las responsabilidades de la persona jurídica y sus agentes

En el panorama comparado y en la doctrina se distinguen dos grandes modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas: los de heteroresponsabilidad o responsabilidad vicarial y los de autorresponsabilidad o responsabilidad penal directa de las personas jurídicas⁶³³. En términos generales, se afirma que los primeros basan la responsabilidad de la persona jurídica en determinadas características de la actuación de la persona física, mientras que los segundos la fundamentan en hechos propios de la entidad⁶³⁴. Así, los modelos de responsabilidad vicarial se sustentan en la transferencia de responsabilidad de la persona física a la persona jurídica sobre la base de que aquella constituye o integra un órgano de ésta y, por lo tanto, los actos de la persona natural son también de la persona moral, pero siempre bajo la premisa de que el hecho que se le imputa lo ha cometido una persona física, fundamentándose, por algunos, la culpabilidad propia de la persona jurídica en un “defecto de organización”⁶³⁵. Por su parte, los modelos de culpabilidad propia permiten imputar directamente a la empresa por la creación del peligro o disfuncionalidad social, por un defecto de organización, una actitud criminal de grupo o por la omisión de un deber de vigilancia⁶³⁶. El modelo vicarial recibe críticas por su supuesta incompatibilidad con el principio de culpabilidad en la medida en que la entidad acaba respondiendo por un hecho ajeno⁶³⁷, mientras que los sistemas de responsabilidad propia reclaman una teoría del delito propia de la persona jurídica,

⁶³³ Esta distinción es reflejada, entre otros, por ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 140-150; PÉREZ MACHÍO, A. I., “Modelos tradicionales de responsabilidad penal...ob. cit., pp. 25-41.

⁶³⁴ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad...ob. cit., p. 103.

⁶³⁵ Concepto, este último, formulado por TIEDEMANN, K., “Die “Bebüssung von Unternehmen nach dem 2” Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität” *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, 1988, p. 1172 y ss.

⁶³⁶ MIRÓ LLINARES, F.; “Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código Penal (Al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial)” en AA.VV., L. A. Soler Pascual (dir.) *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro*, Estudios de Derecho judicial, núm. 91, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 187-264, pp. 198-199.

⁶³⁷ FEJOO SÁNCHEZ, B. J., “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”, en M. Bajo Fernández; B. J. Fejoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 65-90, p. 69.

con categorías dogmáticas específicas, equivalentes a las configuradas para las personas físicas⁶³⁸.

En el CP español se ha optado por un modelo que cabría calificar de mixto, en tanto que presenta rasgos propios de los sistemas de heteroresponsabilidad, con algunos elementos característicos de los sistemas de autorresponsabilidad⁶³⁹. En este sentido, el presupuesto de la responsabilidad de las personas jurídicas es siempre un delito, entendido como hecho típico y antijurídico, realizado por una persona física⁶⁴⁰. Ahora bien, la necesaria constatación de la comisión de ese hecho de referencia, que ha debido de realizarse por determinadas personas físicas, no es suficiente para afirmar la responsabilidad de la entidad, en tanto que se exige la concurrencia de otras circunstancias para que esa conducta individual pueda imputarse a la persona jurídica. Por lo tanto, las personas físicas realizan el hecho de referencia pero, adicionalmente, es necesario realizar un juicio de imputación para determinar si la persona jurídica debe responder o no por tal hecho, entrando en juego en tal juicio conductas que podrían considerarse como propias de la entidad, como serían el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividades de sus trabajadores, la omisión o el ejercicio insuficiente de las funciones de inspección y de prevención de delitos o la implementación efectiva de modelos de organización y gestión eficaces para detectar y prevenir la comisión de infracciones en el seno de la entidad.

Por otra parte, el legislador ha optado por una doble vía para responsabilizar criminalmente a la persona jurídica. En este sentido, por una parte, responderá de aquellos “delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”, a los que se denominará sujetos apicales por ocupar las posiciones más altas dentro del organigrama de la entidad. Y, por otra, responderá de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales, por su cuenta y en su beneficio directo o indirecto, por quienes,

⁶³⁸ En este sentido se puede ver GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, “La culpabilidad de la persona jurídica”, en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 109-133, pp. 135-152, pp. 153-180, donde se desarrolla una teoría del delito y de la pena específicos para la persona jurídica, determinando una tipicidad y una culpabilidad propias de los entes colectivos que equivaldrían, funcionalmente, a las categorías análogas en la teoría del delito tradicional; Algunos intentos de crear una teoría jurídica del delito propia para las personas jurídicas se observan en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas...*ob. cit., pp. 137-163; NIETO MARTÍN, A; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 127-176, entre otros.

⁶³⁹ Entre otros, se refieren a esta combinación de elementos de ambos sistemas DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...”ob. cit., p. 69; SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, núm. 7464, 9 de septiembre de 2010.

⁶⁴⁰ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Las características básicas de la responsabilidad penal...”ob. cit., p. 86-87.

estando sometidos a la autoridad de los previamente mencionados, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso. Este último supuesto se refiere, por lo tanto, a aquellos empleados, o incluso, directivos de la línea media, carentes de poder de representación, decisión, organización y control, sometidos a la autoridad de los apicales y que serán genéricamente denominados subalternos⁶⁴¹.

En vista del régimen descrito, a primera vista, cabría entender que el legislador ha optado por un sistema de responsabilidad vicarial o de trasferencia⁶⁴² para el caso de que delinca un representante, administrador u otros individuos con poder de decisión, organización o control dentro de la entidad, mientras que, cuando el delito es cometido por un subordinado carente de poder de representación, decisión, supervisión o control, se exige como requisito constitutivo de la responsabilidad de la entidad, la omisión de las deberes de vigilancia, supervisión y control por parte de los superiores, lo cual introduce elementos del sistema de responsabilidad por el hecho propio, en tanto que esa omisión del control debido constituiría, precisamente, el fundamento de su propia responsabilidad

A pesar de la literalidad del art. 31 bis CP, y de la aclaración contenida en el Preámbulo de la, tantas veces citada, L.O. 5/2010, de 22 de junio, indicando que la exigencia de observar las concretas circunstancias del caso para valorar si ha habido una omisión del debido control *para el caso en que el delito sea cometido por un subordinado* responde a la necesidad de evitar una lectura meramente objetiva del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, parte de la doctrina se ha empeñado en exigir, en todo caso, también cuando delinquen los sujetos apicales, que la comisión del delito fuese motivada o facilitada por la falta de controles debidos en la entidad o por la omisión de los deberes de supervisión, vigilancia y control, convirtiendo, de esta forma, el modelo vicarial en un modelo de autorresponsabilidad o por el hecho propio, en el que el defecto de organización constituiría el fundamento del injusto propio de la entidad⁶⁴³. Tales tendencias hermenéuticas son habituales en el derecho comparado, que muestra cómo, en los

⁶⁴¹ Según, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1”, en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 91-107, p. 107, en este último supuesto, la intervención del órgano de administración y/o representación sería imprudente o negligente, mientras que si hubiese actuado dolosamente se estaría en el primer supuesto.

⁶⁴² Circular FGE 1/2011, pp. 32 y ss.

⁶⁴³ En este sentido, se han pronunciado, entre otros, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 135-152, p. 141; BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ en el...ob. cit., pp. 21-22, para quien un análisis sistemático de la nueva regulación con la Constitución, el Derecho administrativo sancionador y demás normas del Ordenamiento, conduce a la exigencia de la autorresponsabilidad de la persona jurídica, cuya responsabilidad tiene que ser directa por hechos y culpabilidad propios; DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit., pp. 71-72, para quien, el hecho de que la falta de debido control sólo se mencione de manera expresa en el párrafo segundo del art. 31 bis 1 CP, referido a los delitos cometidos por los subalternos, no implica que deje de ser legalmente exigible para los hechos protagonizados por sus administradores o representantes.

ordenamientos en los que se introducen modelos de heterorresponsabilidad, se tiende en la interpretación a la autorresponsabilidad⁶⁴⁴.

A tales interpretaciones doctrinales ha respondido la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, en la que el legislador, recogiendo la opinión doctrinal mayoritaria, ha decidido establecer una eximente de responsabilidad para el caso de que la entidad consiga probar que, antes de la comisión del delito, contaba con un modelo de prevención delictiva eficaz para prevenir delitos de la naturaleza del que ha sido cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de comisión. La existencia y efectiva implementación de tal modelo, con todos los requerimientos que exige el art. 31 bis 5 CP, es suficiente para que la persona jurídica quede exenta de los delitos cometidos por los subalternos (art. 31 bis 4 CP). Sin embargo, cuando el delito ha sido cometido por sus órganos representación, decisión y control, adicionalmente, será preciso demostrar que la supervisión del modelo de prevención había sido encomendada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control (art. 31 bis 2. 2º CP), que los autores del delito lo cometieron eludiendo fraudulentamente los controles de la entidad, esto es, esquivando barreras de protección específicamente previstas por la organización para prevenir la comisión delictiva (art. 31 bis 2. 3º CP) y, así mismo, que el órgano encargado de supervisar el cumplimiento del modelo de prevención no ha omitido o ejercido insuficientemente sus funciones de supervisión, vigilancia y control (art. 31 bis 2. 4º CP). Todos los requisitos sobre el contenido de los modelos de organización y gestión, así como los exigidos para que la entidad quede exenta de responsabilidad cuando quien ha delinquido es un sujeto apical, han de cumplirse cumulativamente y acreditarse de forma plena ya que, si sólo son objeto de acreditación parcial tendrán eficacia meramente atenuante (art. 31 bis 2 II CP). De esta forma, el legislador, pretende, según lo dispuesto en el Preámbulo de esta última reforma, delimitar el contenido del debido control, como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁴⁵.

Ahora bien, resultando comprensibles las preocupaciones de la doctrina penalista en torno a evitar un modelo de responsabilidad objetiva o por el hecho ajeno que, a la postre, podría resultar contrario a los principios de culpabilidad y de personalidad de

⁶⁴⁴ GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires, 2010, p. 433.

⁶⁴⁵ En este sentido, el Preámbulo de la Ley 1/2015, de 30 de marzo, apdo. III, señala que “*La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales*”. En mi opinión, no se trata de una mera mejora técnica, sino que el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas ha mutado sustancialmente. Prueba de ello es que, con la regulación vigente, las condiciones que ha de cumplir la entidad para quedar exenta de responsabilidad son distintas si quien delinquido es un sujeto apical o un subalterno. Por eso, no cabe deducir de esta reforma que, con el régimen anterior, la omisión del debido control era exigible, en igual medida, cuando delinquieran los empleados y cuando lo hacían los representantes o administradores de la entidad, sino más bien, todo lo contrario.

las penas que rigen en el Derecho Penal, creo que hay que ser muy cauteloso a la hora de trasladar tales conceptos o principios a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La prohibición de responsabilidad objetiva no puede ser interpretada de forma idéntica para las personas físicas y las personas jurídicas, en tanto que estas últimas, por propia naturaleza, actúan a través de sujetos individuales. Y es que, al menos en relación con los sujetos apicales, no parece descabellado considerar que la acción del órgano de decisión de una persona jurídica, o de sus representantes o administradores, actuando en nombre de aquella y en su beneficio, pueda ser considerada como una acción de la persona jurídica⁶⁴⁶, o que puedan atribuirse legítimamente a la entidad las consecuencias de la actuación de sus órganos de representación y control. Sobre todo, si se tiene en cuenta que para hablar de la conducta de una persona jurídica siempre habrá de atenderse, en mayor o menor medida, a las conductas de las personas físicas que la integran⁶⁴⁷. Sin perjuicio de que, para valorar si tal conducta resulta imputable a la persona jurídica o si concurre la necesidad de imponerle una pena, resulten relevantes las circunstancias del caso concreto y, en particular, si la forma en que la entidad desarrolla su actividad supone una excesiva asunción de riesgos para bienes jurídicos ajenos o si, por el contrario, cuenta con controles y medidas eficaces para prevenir la comisión de delitos en su seno⁶⁴⁸.

En todo caso, como se pone de manifiesto con la simple lectura del art. 31 bis 1 CP, la persona física y la persona jurídica responden de un hecho delictivo protagonizado por la primera⁶⁴⁹. Por lo tanto, el hecho de referencia realizado por una persona física integrante de la entidad es un elemento indispensable del ilícito imputable al ente, constituyendo un auténtico presupuesto de su responsabilidad. En este sentido, se afirma que *“el art. 31 bis parte de que las personas físicas son las que “realizan materialmente” los hechos típicos”, por lo que, “sin actuaciones delictivas por parte de personas físicas no existe, por tanto, responsabilidad de personas jurídicas”*⁶⁵⁰. Como consecuencia, resulta meridianamente claro que, de la realización de un único hecho, el denominado hecho de referencia, se deriva, en ciertos casos, una doble responsabilidad: la del autor material del hecho y la de la persona jurídica en cuyo beneficio actuó aquél.

En definitiva, la comisión de un hecho, cuando menos típico y antijurídico, perpetrado por una determinada persona natural integra, aunque no agota, el objeto del proceso penal instaurado frente al ente, por lo que deberá ser investigado y probado en el marco del mismo. En este sentido, cabe afirmar que existe una estrecha relación entre el ilícito penal atribuido a la persona jurídica y el hecho realizado por

⁶⁴⁶ Cfr. TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso...* ob. cit., p. 64.

⁶⁴⁷ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 11.

⁶⁴⁸ En una línea similar, señala ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L., “La responsabilidad penal de las personas...” ob. cit., pp. 67-124, p. 96, que las personas jurídicas siempre necesitan de personas físicas para actuar. Se produce así una escisión entre quienes actúan (los directivos, órganos o representantes) y quien asume la responsabilidad de tal actuación (la persona jurídica), con lo que se observa que, en toda actuación de una persona jurídica se produce un problema de imputación.

⁶⁴⁹ Si bien, sólo en aquellos tipos penales de la Parte Especial que prevén específicamente la responsabilidad de las personas morales y siempre que en la comisión del hecho concurren el resto de circunstancias señaladas en el art. 31 bis y concordantes CP.

⁶⁵⁰ FEJOO SÁNCHEZ, B. J., “Las características básicas de la responsabilidad penal...” ob. cit., p. 86.

la persona física, siendo éste presupuesto de aquél, y existiendo, por ende, entre ambos una evidente relación de continencia o de prejudicialidad, sino en sentido técnico jurídico, dada la imposibilidad de que se plantee una cuestión prejudicial penal en el marco de un proceso penal, cuando menos en el sentido lógico o común del término⁶⁵¹.

A pesar de esa dependencia estructural entre la conducta atribuida a uno y otro sujeto, se afirma que la responsabilidad de ambos es autónoma, aun cuando, evidentemente, se tratará de una autonomía relativa. En este sentido, las previsiones contenidas en los arts. 31 bis y 31 ter CP, permiten afirmar, aunque con ciertos matices, que la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la atribuida a la persona física. Así pues, para fundamentar la responsabilidad del ente no basta con la comisión de un delito por un miembro de la entidad, sino que además hay que valorar si se ha producido un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control (art. 31 bis CP), resultando irrelevantes, a tal efecto, las circunstancias que afectan a la culpabilidad de las personas físicas presuntas autoras del delito. De esta forma, se introducen, tal y como se señaló *ut supra*, elementos propios de un sistema de autorresponsabilidad en un sistema de base vicarial, lo cual conduce, en ocasiones, a provocar ciertas paradojas o incoherencias.

Los elementos en los que se fundamenta esa relativa autonomía de la responsabilidad de la entidad en relación con la del autor del delito son los siguientes:

A) En primer lugar, el art. 31 bis CP establece criterios de imputación específicos para la persona jurídica que son los que permiten transferir la responsabilidad de la persona física a la persona jurídica. Tales criterios o elementos de conexión otorgan a la conducta individual una dimensión colectiva o corporativa⁶⁵². Además, se erigen en elementos constitutivos de la responsabilidad propia del ente, evitando una lectura meramente objetiva de este régimen de responsabilidad penal, que chocaría con los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas⁶⁵³.

⁶⁵¹ MORCILLO MORENO, J., *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, La Ley, Madrid, 2007, p. 14, sostiene que, desde una perspectiva lógica, una cuestión sería prejudicial a otra cuando entre ambas existiera un vínculo tan estrecho que la decisión de una fuera imprescindible para poder llegar a la otra o, dicho en otros términos, cuando la decisión de una hubiera de influir de un modo necesario en la resolución de la otra, sin que tal dependencia racional sea suficiente para calificar la cuestión como prejudicial en sentido jurídico.

⁶⁵² Cfr. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Presupuestos para la conducta típica...ob. cit., pp. 98-99.

⁶⁵³ Otra cuestión será determinar qué se considera suficiente para desterrar el régimen de responsabilidad objetiva. Mientras para algunos, se debe exigir, en todo caso, que la persona jurídica haya incurrido en un defecto de organización, por no haber adoptado las medidas preventivas exigibles para evitar dicho delito (DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 13, entre otros), para otros la exigencia de que los representantes de la entidad hayan actuado en nombre y provecho de la entidad sería suficiente para atribuir el hecho a la persona jurídica como propio, sin que ello implique, en sentido estricto, un régimen de responsabilidad objetiva. (Cabe citar, en esta línea a BACIGALUPO SAGGESE, S.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Ediciones experiencia, Barcelona, 2005, p. 72, para quien la acción del

En el caso de que el delito sea cometido por los representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, estén autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, dada la vinculación formal u orgánica de tales sujetos con la entidad, sólo se exige, a mayores, que la actuación se haya realizado *en nombre o por cuenta y en beneficio directo o indirecto* de la entidad (art. 31 bis 1 a) CP), elementos todos ellos referidos a la actuación del agente, por lo que, en tal supuesto, la autonomía entre las responsabilidades de ambos sujetos es mínima. Sin embargo, en los supuestos en que el delito es cometido por un subalterno la autonomía es mayor, en tanto que el criterio de imputación para las personas jurídicas exige que las conductas delictivas hayan sido posibles por la falta de ejercicio del control debido en el seno de la entidad o, en otras palabras, por el *grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las circunstancias del caso* (art. 31 bis 1 b) CP). En este segundo supuesto, la imputación de responsabilidad a la entidad sí se derivaría de la omisión del control debido o del incumplimiento de deberes propios de la entidad, con lo que cabría considerar tal incumplimiento como un hecho propio de la entidad, aun cuando no cabe olvidar que los responsables de cumplir con las obligaciones de implementar modelos de organización y gestión idóneos para prevenir delitos y de ejercer las funciones de supervisión, vigilancia y control serán, en último término, las personas naturales que integran los órganos de administración, representación y control de la entidad⁶⁵⁴.

Por otra parte, la persona jurídica queda exenta de responsabilidad, a pesar de haberse cometido un delito por su cuenta y/o en su beneficio, si contaba con un modelo de organización y gestión eficaz para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir significativamente el riesgo de su comisión (art. 31 bis 3 CP). Incluso si el delito ha sido cometido por sujetos apicales, la efectiva implementación de tal modelo, junto con la acreditación de que su supervisión había sido encomendada a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control que ejerció diligentemente las funciones de supervisión, vigilancia y control y de que sus altos cargos delinquieron burlando fraudulentamente los controles de la entidad, la persona jurídica queda exenta de responsabilidad (art. 31 bis 2 CP). Con estas circunstancias eximentes, introducidas por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, se regula la posibilidad de que la entidad que ha puesto toda la diligencia debida en la evitación de la conducta delictiva, quede exenta de responsabilidad a pesar de las conductas delictivas de sus miembros⁶⁵⁵.

órgano de dirección de la persona jurídica, en el marco de sus competencias y, por lo tanto, ostentado la representación de la entidad, vincula a la misma, por lo que debe serle imputada como propia.

⁶⁵⁴ De hecho, el propio CP señala que es el órgano de administración el encargado de adoptar y ejecutar modelos de organización y gestión con medidas de vigilancia y control idóneas para la prevención delictiva (art. 31 bis 2. 1º CP) y que será un órgano de la persona jurídica, eso sí con poderes autónomos de iniciativa y control, el encargado de supervisar la eficacia de los controles internos de la entidad (art. 31 bis 2. 2º CP)

⁶⁵⁵ En este sentido, el Preámbulo de la Ley 1/2015, de 30 de marzo, apdo. III, afirma que la reforma viene a delimitar el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de tal forma que se disipen las dudas sobre la naturaleza vicarial del régimen de responsabilidad.

B) En segundo lugar, las responsabilidades de ambos sujetos son consideradas autónomas en tanto que las circunstancias que afecten a la culpabilidad de la persona individual o agraven su responsabilidad no influirán en la de la persona jurídica (art. 31 ter 2 CP). Por lo tanto, la culpabilidad individual de la persona física queda excluida como objeto de investigación y prueba si el proceso se dirige únicamente contra un ente colectivo. Como consecuencia, cabe afirmar que, mientras la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta de la persona física es presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica, la culpabilidad de aquel no lo es, siendo, cada persona, juzgada de acuerdo con su propia culpabilidad individual.

Así mismo, la autonomía entre ambas responsabilidades, en lo que a la culpabilidad se refiere, se refleja claramente en el sistema de atenuantes (art. 31 quáter CP) y en los criterios de determinación de las penas (art. 66 bis CP) que son específicos para las personas jurídicas. Estos extremos también denotan la introducción de elementos propios de los sistemas de autorresponsabilidad, en tanto que la pena se individualiza atendiendo a circunstancias particulares de la entidad, tales como la implementación en su seno de medidas para prevenir delitos, su colaboración con la investigación, la reparación del daño, sus antecedentes penales o la preeminencia de la actividad ilegal en el conjunto de la actividad del ente. En este sentido, cabe afirmar que, aunque el hecho de referencia es común a ambos sujetos, la pena se modula en función de la culpabilidad individual de cada uno de los intervinientes⁶⁵⁶.

C) En tercer lugar, se aprecia esa autonomía en la existencia de plazos distintos para la prescripción del delito y de la pena lo que tampoco concuerda con un modelo de responsabilidad derivada o dependiente⁶⁵⁷. Ahora bien, esta disparidad en cuanto a los plazos de prescripción no deja de ser una consecuencia del distinto sistema penológico previsto para las personas jurídicas, que no sólo se debe al hecho de que cada sujeto responde en función de su culpabilidad individual, sino también a las diferencias ontológicas que existen entre la naturaleza de uno y otro sujeto.

D) En cuarto lugar, desde la perspectiva procesal, también cabe afirmar la autonomía de ambas responsabilidades en tanto que la persona jurídica puede ser juzgada aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 ter 1 CP) o, incluso, haya fallecido o se hubiere sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter 2 CP). En este

⁶⁵⁶ Así lo señala VIDAL CASTAÑÓN, A., “¿Argumentación o pretexto? (A propósito de la fundamentación jurídica del Tribunal Supremo español para condenar a los partícipes en determinados casos donde no se castiga al autor del hecho principal)”, *Diario La Ley*, núm. 8321, 29 de mayo de 2014, en relación con los partícipes en un mismo delito; En este punto, es preciso matizar que la pena de multa impuesta a persona física y persona jurídica se modulará de tal forma que, la suma resultante no resulte desproporcionada en atención a la gravedad de los hechos, lo cual, vendría a poner en cuestión la supuesta independencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica respecto de la que corresponde imponer a la persona física (*Vid.* FARALDO CABANA, P., “La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 115, 2015, p. 2)

⁶⁵⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Las características básicas de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 73.

sentido, se afirma que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es directa⁶⁵⁸ porque su persecución y sanción no está condicionada al paralelo enjuiciamiento y condena del autor material del delito.

Los supuestos de enjuiciamiento autónomo de la entidad implican la necesidad de afirmar la existencia de un hecho típico y antijurídico cometido por un individuo, sin que este último sea parte en el proceso. Esta anómala situación, consecuencia de compaginar la exigencia autónoma de responsabilidad a las personas jurídicas con un sistema de base vicarial, será fuente de ciertas dificultades, en tanto que, afirmar la tipicidad del hecho base implicará afirmar el dolo del autor, esto es, su conocimiento y voluntad en relación con los elementos objetivos del tipo, lo cual es muy discutible que pueda realizarse sin que tal sujeto sea parte en el proceso. En definitiva, resulta difícilmente concebible que pueda predicarse que una persona física actuó dolosa o imprudentemente sin haberla siquiera identificado⁶⁵⁹.

La falta de individualización de la persona física (art. 31 ter 1 CP) haría referencia al supuesto en el que, constando la comisión de un delito en el seno de una determinada persona jurídica, no es posible determinar al autor material del mismo. Tal indeterminación podría entenderse, no tanto como un problema de prueba, sino como una “*cuestión material de imputación en organizaciones en red, donde la cadena de actuación está fragmentarizada y los centros de decisión son relativamente autónomos*”⁶⁶⁰. En este sentido, se observa que la actuación de las personas jurídicas denota comportamientos complejos en los que se produce una escisión entre los procesos de decisión y la ejecución de las actividades delictuosas⁶⁶¹. Los centros decisionales están fragmentados y el *iter* formativo de la voluntad parcializado⁶⁶², lo cual provoca que los tradicionales criterios de imputación basados en nexos causales no proporcionen una solución satisfactoria y que se creen importantes ámbitos de impunidad⁶⁶³. Se produce, en tales casos, el conocido fenómeno de la irresponsabilidad organizada, de tal forma que la complejidad interna de la organización empresarial supone que los elementos que permiten una imputación objetiva y subjetiva del hecho estén diseminados por la organización de tal manera

⁶⁵⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 104-105.

⁶⁵⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., p. 148.

⁶⁶⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...*ob. cit., p. 122.

⁶⁶¹ En esta línea se pronuncia también el TS para quien “*los delitos producidos en el ámbito organizativo o empresarial no suelen responder, por regla general, a comportamientos criminales aislados de una sola persona, sino que, más bien, son normalmente el resultado de la conjunción de numerosas acciones, así como de diversas personas entre las que se reparten decisiones y omisiones*”. En este contexto, “*la imputación individual de hechos realizados en el ámbito de una sociedad hace que el recurso a la tradicional Parte General del Derecho Penal plantee problemas y soluciones no del todo satisfactorias (...)*”. Así lo constata el TS, entre otras, en las siguientes resoluciones: SSTS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 480/2009, de 22 de mayo, RJ\2010\662, F. J. 11º; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 607/2010 de 30 de junio, RJ\2010\7181, F. J. 2º; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1100/2011, de 27 de octubre, RJ/2012/1099, F. J. 2º; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 598/2012, de 5 de julio, RJ/2013/2300, F. J. 8º.

⁶⁶² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit., pp. 98-99.

⁶⁶³ En este sentido, resultan, nuevamente, muy interesantes las reflexiones de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...*ob. cit., pp. 118-124, en las que, tomando como ejemplo los casos Lederspray y Colza, concluye que el sistema dogmático de la responsabilidad individual no es apto para hacer frente a delitos cometidos por corporaciones.

que no concurren ambos en ninguna persona física individualizable⁶⁶⁴. Pues bien, precisamente para evitar esas lagunas de punibilidad, se permite que la persona jurídica pueda responder autónomamente en tales casos, sin necesidad de determinar a la persona física o personas físicas presuntamente autoras del delito.

En ocasiones, tal indeterminación viene provocada deliberadamente por los miembros de la entidad que pretenden crear un ámbito de irresponsabilidad en el cual, ante la falta de una clara delimitación de competencias y responsabilidades entre sus miembros, devendría inviable responsabilizar a una concreta persona física del delito en cuestión. Sin embargo, sería precisamente esa falta de organización o esa ignorancia o ceguera deseada (*willful blindness*) la que permitiría fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica⁶⁶⁵. De hecho, un sistema de prevención de delitos, para ser eficaz, debe contener ineludiblemente una clara delimitación de responsabilidades entre los integrantes del ente, especialmente en relación con aquellas actividades que puedan constituir una fuente de peligro para bienes jurídicos ajenos. Nuevamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas serviría para cubrir las lagunas de punibilidad que, en ocasiones, presentan los delitos cometidos dentro de estructuras organizativas complejas en las que se diluye la responsabilidad entre sus miembros.

Esta indeterminación subjetiva del objeto del proceso podría concretarse en la debilidad de las sospechas con las que cuenta el Juez de Instrucción, de tal forma que sean suficientes para afirmar la existencia de unos hechos con apariencia delictiva pero no para sostener, más o menos fundadamente, la participación de un determinado individuo en los mismos o para afirmar su culpabilidad, lo que le permitiría imputar a una persona jurídica pero no a una persona física, en vista de la imposibilidad de atribuir los hechos, siquiera indiciariamente, al supuesto responsable individual. Del mismo modo, podría ocurrir que frente a la persona física inicialmente investigada o, incluso, formalmente encausada, no haya motivos suficientes para sostener su acusación, con lo que, respecto de la misma, procedería dictar un auto de sobreseimiento provisional (art. 641.2º LECrim). En este sentido, aun cuando las diligencias de investigación practicadas durante la instrucción no conduzcan a indicios lo suficientemente fundados como para acusar a una concreta persona física, constando la realización de un hecho típico y antijurídico imputable a las personas jurídicas, podrá abrirse el juicio oral contra estas, posibilitando de este modo su condena, tanto a las penas que legalmente les correspondan, como a satisfacer la responsabilidad civil en que hayan podido incurrir con su actuación. Por lo tanto, en esta situación, habiendo sido encausados ambos sujetos, corresponderá acordar tan sólo un sobreseimiento provisional y parcial, continuando el proceso frente al ente.

⁶⁶⁴ Sobre este fenómeno, ver, entre otras, las reflexiones de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 117-118.

⁶⁶⁵ En opinión de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., p. 152, esta situación en la que la corporación evita intencionadamente adquirir un conocimiento que pudiera perjudicarle constituiría el fundamento de la tipicidad subjetiva de la entidad, esto es, del dolo propio de la persona jurídica.

Pero no sólo la falta de sospechas o indicios suficientes para imputar y/o acusar a un determinado sujeto provoca que el proceso penal se dirija exclusivamente contra una persona jurídica. Otra circunstancia determinante de tal eventualidad consistiría en la imposibilidad de dirigir el procedimiento contra el responsable individual, lo cual podría deberse, por ejemplo, a la falta de una condición de procedibilidad⁶⁶⁶, siempre que la misma afectara específica y exclusivamente a la persona física en cuestión. Por ejemplo, en el caso de los Diputados y Senadores, faltando la autorización para proceder contra los mismos no cabría dirigir el procedimiento contra ellos, sin que tal circunstancia obstase a la continuación de la causa frente la persona moral coencausada (art. 754 LECrim⁶⁶⁷). De igual modo, si la persona física investigada o encausada sufriese enajenación mental de forma sobrevenida tras la comisión del delito, pero antes de celebrarse el juicio, se archivaría la causa respecto de la misma hasta que recobrase la capacidad procesal, si bien continuaría en relación con la persona jurídica (art. 383 LECrim⁶⁶⁸).

Así mismo, el hecho de que la persona o personas físicas autoras del hecho de referencia hayan fallecido, extinguiéndose, por consiguiente, su responsabilidad penal, así como la eventualidad de que tales sujetos se hubieren sustraído a la acción de la justicia, con la consiguiente imposibilidad de juzgarles o, incluso, la concurrencia respecto de las mismas de circunstancias excluyentes de su culpabilidad personal, no constituirían obstáculos para proceder penalmente contra la persona jurídica implicada. Tales supuestos presentan analogía con los casos en que se hace preciso enjuiciar al partícipe en un hecho delictivo habiendo fallecido, habiéndose fugado o siendo declarado no culpable el autor principal. Cabe recordar, en este punto, que, de acuerdo con el principio de accesoriedad limitada de la participación, el partícipe no realiza un hecho propio sino que participa en el hecho ajeno⁶⁶⁹, si

⁶⁶⁶ Por el contrario, en Italia la ausencia de una condición de procedibilidad que impida iniciar o proseguir la acción penal frente a la persona física impide también proceder contra el ente. Así los dispone expresamente el art. 37 D. Lgs. 231 al señalar que: “*Non si procede all'accertamento dell'illecito amministrativo dell'ente quando l'azione penale non puo' essere iniziata o proseguita nei confronti dell'autore del reato per la mancanza di una condizione di procedibilita'*”; En este sentido, MANCUSO, E. M., “Autonomia di accertamento e simultaneous processus”, en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsa, 2002, pp. 211-230, p. 213, se refiere a la “improcedibilidad” como límite a la autonomía del enjuiciamiento.

⁶⁶⁷ En tal precepto se dispone que “*si el Senado o el Congreso negasen la autorización pedida, se sobreseerá respecto al Senador o Diputado a Cortes; pero continuará la causa contra los demás procesados*”.

⁶⁶⁸ En este sentido, el precepto dispone que “*Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario, se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud, disponiéndose además respecto de éste lo que el Código penal prescribe para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Si hubiese algún otro procesado por razón del mismo delito que no se encontrase en el caso del anterior, continuará la causa solamente en cuanto al mismo*”; De hecho, en la regulación italiana, este supuesto constituye una de las excepciones a la regla general del enjuiciamiento conjunto prevista, expresamente, en la ley especial que regula la responsabilidad del ente derivada del delito. En este sentido, dispone el art. 38.2.a) D. Lgs. 231 que se procederá separadamente por el ilícito administrativo del ente cuando se acuerde la suspensión del procedimiento por incapacidad del imputado, cuyo estado mental le impide participar conscientemente en el proceso.

⁶⁶⁹ Véanse, en este sentido, entre muchas otras, las SSTS (Sala 2ª) de 17 de enero de 1991, RJ 1991\129, F. J. 1º; (Sala 2ª) núm. 711/1993, de 24 de marzo, RJ 1993\2502, F. J. 2º, en la que afirman, en relación con la complicidad que “*La participación, a diferencia de la autoría, que es la realización*

bien, para castigar al partícipe es preciso constatar que el autor principal ha realizado un hecho, al menos, típico y antijurídico. En tales casos, inicialmente, el TS entendía que sólo era posible condenar a los partícipes si el autor principal era, asimismo, enjuiciado en el correspondiente procedimiento penal⁶⁷⁰. Sin embargo, posteriormente, cambió de criterio y, actualmente, no ve obstáculo insalvable para castigar a los partícipes a pesar de no seguirse el proceso penal contra el autor principal⁶⁷¹.

En definitiva, cabe concluir que las responsabilidades de la persona jurídica y del autor material del delito son autónomas, en tanto que cuentan con criterios de imputación parcialmente diversos, sus culpabilidades se aprecian de forma individual, la entidad puede ser juzgada aun cuando no lo sea la persona física autora del delito y la individualización y duración de las penas responde también a criterios propios. Sin embargo, la comisión de un hecho típico y antijurídico por parte de una persona física es un presupuesto ineludible de la responsabilidad de la persona jurídica. Incluso si se admite que el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas debe ser interpretado como un sistema por el hecho propio⁶⁷², de tal forma que se afirme la existencia de un injusto típico de la persona jurídica, que actuaría con dolo propio y respondería de acuerdo a su propia culpabilidad⁶⁷³, el comportamiento típico y antijurídico de la persona física será, no fundamento, pero si presupuesto de la responsabilidad penal de la entidad⁶⁷⁴, con lo que, en todo caso, será objeto del proceso e integrará el *thema probandi*.

Como consecuencia, se debe convenir que la condena de la persona física autora del delito no es necesaria ni suficiente para declarar la responsabilidad de la persona jurídica⁶⁷⁵. No es necesaria, porque hay supuestos, en los cuales es posible imputar,

del hecho propio, es contribución al hecho ajeno. El partícipe, pues, no realiza por sí mismo el hecho delictivo, sino que favorece o coopera en la realización ajena".

⁶⁷⁰ Véase, en esta línea, la STS (Sala 2ª) núm. 1749/1992, de 15 de julio de 1992, RJ 1992\6371.

⁶⁷¹ En esta línea, se pueden ver, entre otras, la SSTS (Sala 2ª) núm. 1197/2001, de 20 de junio, RJ 2001\7264, F.J. 2º; (Sala 2ª) núm. 539/2003, de 30 de abril. RJ 2003\3085, F. J. 16º; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 606/2010, de 25 de junio, RJ\2010\7169, F.J. 8º; En todas ellas se sigue la teoría de la accesoriedad limitada de la participación, de tal forma que la absolución del autor del delito por falta de culpabilidad no impide la condena de los partícipes, ya sea como cooperadores necesarios o inductores, que tan presupone un hecho principal típico, antijurídico y doloso, pero excluyendo que el hecho principal deba ser igualmente culpable, y/o punible; Una crítica muy bien fundamentada a esta forma de proceder puede verse en VIDAL CASTAÑÓN, A., "¿Argumentación o pretexto?...ob. cit., donde se trata la problemática en torno a cómo es posible afirmar el dolo del autor sin que el procedimiento penal se siga contra él. Cuestión sobre la que se profundizará en el capítulo 3 en el epígrafe V relativo a la prueba.

⁶⁷² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 123.

⁶⁷³ Así lo entiende GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 119-124 para quien la tipicidad objetiva del injusto típico de la persona jurídica sería el defecto de organización, esto es, la organización de la entidad de forma que se superen los niveles de riesgo permitido y la materialización de tal riesgo en un resultado lesivo, la tipicidad objetiva o el dolo de la persona jurídica consistiría en el conocimiento colectivo sobre tal defecto organizativo y su culpabilidad en una la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. En los capítulos de la misma obra "El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., y "La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., el autor desarrolla pormenorizadamente estas ideas.

⁶⁷⁴ Así lo admite el propio GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 129.

⁶⁷⁵ En este sentido, ver GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.

acusar y condenar a una persona jurídica, sin haber dirigido la acción penal contra el responsable individual del delito o, incluso, sin haberlo identificado. En tales casos bastaría, tal y como dispone el CP, con constatar la “*comisión de un delito que haya tenido que cometerse*” (sic.) por determinadas personas físicas (art. 31 ter CP), esto es, de un hecho típico y antijurídico atribuible a tales individuos, sin necesidad de probar su culpabilidad personal. Mientras que, por otra parte, la condena a la persona natural no es suficiente para afirmar la responsabilidad de la persona jurídica, en la medida en que el art. 31 bis CP establece criterios específicos de imputación para tales entes, sin que sea bastante la constatación sin más de la comisión de un delito en su seno. Adicionalmente, habrá que probar que el sujeto actuó en nombre y por cuenta de la entidad y en su beneficio y que el delito pudo cometerse por la omisión del control debido de los superiores sobre los subalternos o por el incumplimiento o el ejercicio insuficiente de los deberes de vigilancia y supervisión del órgano de control sobre la adecuación de la actividad social al modelo de organización y gestión orientado a la prevención delictiva.

3.- Las dificultades para conjugar el modelo de responsabilidad vicarial con el enjuiciamiento autónomo del ente

Aun cuando exista una justificación político-criminal para permitir el enjuiciamiento autónomo del ente colectivo, cual es, cubrir las lagunas de punibilidad apuntadas⁶⁷⁶, la posibilidad de juzgar a la entidad de forma independiente cuando su responsabilidad depende, al menos parcialmente, de un hecho ajeno, es fuente de importantes contradicciones. El motivo radica en que, mientras, por un lado, se adopta un modelo de responsabilidad penal empresarial vicarial, o por el hecho ajeno, al mismo tiempo, se desvincula la responsabilidad de la persona jurídica de la propia del autor de tal hecho⁶⁷⁷, tanto en lo que se refiere a la culpabilidad (art. 31 ter 2 CP), como al enjuiciamiento (art. 31 ter 1 CP). Como consecuencia de tal sistema de imputación, en el proceso seguido exclusivamente frente a la persona jurídica, es necesario probar la comisión de un hecho típico y antijurídico por parte de ciertas personas físicas que no son parte en ese proceso, de lo cual se derivan ciertas incoherencias e incertidumbres, tanto desde la perspectiva de la dogmática penal, como desde el punto de vista procesal.

El CP aborda la cuestión afirmando que “*la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el párrafo*

⁶⁷⁶ En este sentido, sostiene ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., p. 312, que el modelo de autorresponsabilidad presenta la ventaja de que permite superar el importante obstáculo que presentan estos ilícitos, cual es, la dificultad de comprobar el delito cometido por un sujeto individual.

⁶⁷⁷ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la Administración de justicia” en AA. VV., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 221-289, p. 268.

anterior” (art. 31 ter 1 CP). Además de los defectos de redacción del precepto, el mismo parte de la muy cuestionable postura de que es posible constatar la comisión de un delito, y atribuirlo a ciertas personas, en atención a sus cargos o funciones en la organización, sin que tales sujetos sean parte en el proceso penal o incluso, en ciertos supuestos, sin llegar a ser personalmente identificados. En todo caso, a mi modo de ver, resulta incuestionable que, para que la persona jurídica resulte condenada, una persona física ha debido de cometer un delito o, un hecho, al menos típico y antijurídico aunque no necesariamente de forma culpable. Considero que esta afirmación debiera ser admitida, incluso, por aquellos autores que interpretan el modelo previsto por el legislador como un modelo de responsabilidad propia⁶⁷⁸, de tal forma que la entidad responde por su injusto típico al haber actuado de forma dolosa o imprudente⁶⁷⁹.

Hay que ser muy cauteloso para conjugar la citada regulación con el irrenunciable respeto a la presunción de inocencia de la persona jurídica y de sus miembros. Por una parte, para condenar a la persona jurídica, todos los elementos constitutivos del ilícito penal que se le imputa han de ser objeto de prueba, sin que puedan presumirse sin más. Entre tales elementos se encontraría el delito base o el hecho de referencia, tantas veces referido, entendido como hecho típico, es decir, tipificado como delito en el CP y realizado con dolo o imprudencia, y antijurídico, esto es, sin la concurrencia de causas de justificación, realizado por algún miembro de la entidad, en nombre y beneficio de la misma. Pero, al mismo tiempo, practicar pruebas destinadas a afirmar que el administrador o representante legal de una entidad ha actuado de forma dolosa o imprudente y antijurídica, sin que tal individuo sea parte en el proceso, podría dar lugar a una flagrante situación de indefensión, aun cuando, obviamente, tal pronunciamiento carezca de fuerza de cosa juzgada o efectos prejudiciales positivos en un eventual futuro proceso penal frente a la persona física presuntamente autora del delito en cuestión.

El problema radica en que, ante la imposibilidad de examinar a la persona física autora del delito, no sería posible probar que actuó con dolo, esto es, que su conocimiento y su voluntad abarcaron, en el momento de cometerse el hecho, todos los elementos objetivos del tipo penal. En tal caso, siendo rigurosos, la persona jurídica nunca podría resultar condenada si la persona física no hubiese sido individualizada y se encontrase, igualmente, acusada en el mismo proceso, ya que faltaría el hecho de referencia, presupuesto de su responsabilidad, en particular en lo que se refiere a la tipicidad subjetiva. Así pues, existirán evidentes dificultades para probar que un individuo que, o bien no ha sido individualizado, o bien no ha podido ser juzgado por algún otro motivo, realizó una actuación típica y antijurídica en provecho de la persona jurídica acusada o, incluso, que actuó con un determinado ánimo subjetivo como, por ejemplo, el de engañar, requerido por la descripción típica del delito de estafa, que se encuentra entre los imputables a las personas jurídicas (art. 251 bis CP).

⁶⁷⁸ En este sentido, entiende GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad...ob. cit., pp. 37-38, que el legislador ha adoptado un sistema, siquiera parcial, de autorresponsabilidad penal, principalmente porque las responsabilidades de la persona física y la persona jurídica son autónomas y porque las circunstancias que agravan o atenuan la responsabilidad de la persona física no afectan a la persona jurídica.

⁶⁷⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad...ob. cit., pp. 41-42.

La cuestión de la prueba del dolo resulta ciertamente compleja. En todo caso, sin pretender realizar un estudio exhaustivo sobre el tema, por exceder las pretensiones de este trabajo, para conjugar la posibilidad de enjuiciar a una persona jurídica, cuya responsabilidad depende del hecho cometido por una persona física que no está siendo juzgada al mismo tiempo, es necesario recurrir a la concepción normativa del dolo, según la cual, éste podrá deducirse, a través de un juicio de inferencia, renunciando así a la concepción psicológica del mismo⁶⁸⁰.

Asimismo, más allá de los problemas probatorios que podrían surgir en orden a examinar los elementos subjetivos del tipo, tales como el dolo o la imprudencia de la conducta constitutiva del hecho de referencia⁶⁸¹, resulta cuestionable que una sentencia pueda declarar hechos probados en los que ha intervenido una persona indeterminada o que, en todo caso, no ha sido parte en el correspondiente proceso por imposibilidad de proceder contra ella, por haber fallecido o por haberse sustraído a la acción de la justicia.

En concreto, para el supuesto de que el autor principal del delito hubiese fallecido, el TS sostuvo en alguna resolución puntual que, en relación con una persona fallecida, no cabría “*pronunciamiento de hechos en los que haya podido intervenir y menos incardinar su conducta en un tipo delictivo previsto en el Código Penal*”⁶⁸². De haberse mantenido esta doctrina, la efectiva aplicación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas exigiría su revisión, en tanto que, a la hora de juzgar a la persona jurídica es inevitable que el tribunal se pronuncie, al menos incidentalmente, sobre la comisión de un hecho típico y antijurídico por un sujeto que tenga el carácter de subalterno, administrador o representante de la entidad y, tal y como se indicó *ut supra*, uno de los puntos fuertes de la reforma radica,

⁶⁸⁰ Sin embargo, es preciso dar cuenta de que, tanto el TEDH, como el TS y el TC, apuestan cada vez más por una consideración del aspecto subjetivo de la conducta como hecho (esto es, como una cuestión fáctica) y no como una valoración jurídica deducible a través de un juicio de inferencia. Resulta expresiva al respecto la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 474/2013, de 24 de mayo, RJ 2013\4415, F. J. 1º, aptdo. 4º, en la que se pone de manifiesto ese tránsito desde una concepción valorativa-normativa del dolo a su actual entendimiento como una cuestión fáctica y, por tanto, necesitada de prueba directa. En este sentido, la citada resolución dispone que “*esa teoría [la de los juicios de valor] no pondera debidamente que el elemento del dolo contiene un importante componente factual al exigirse que el autor de los hechos actúe con conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal y asumiendo o aceptando cuando menos el resultado o las consecuencias de su acción. Por lo tanto, aun admitiendo las relevantes connotaciones normativas que presenta el dolo, no puede negarse una base o sustrato fáctico integrado por fenómenos psicológicos naturalísticos inferibles mediante prueba indiciaria*”. Si se acoge la concepción fáctica del dolo justo es reconocer que, prácticamente en ningún caso, sería posible condenar a una persona jurídica sin enjuiciar también al autor material del delito en tanto que, el dolo entendido como fenómeno psicológico, o bien debería presumirse, lo que iría en contra de la presunción de inocencia, o bien no podría ser probado.

⁶⁸¹ Cuestión que se abordará con mayor detenimiento en el epígrafe V del capítulo 3 relativo al objeto de la prueba.

⁶⁸² STS (Sala 2ª) núm. 659/1993, de 22 de marzo, RJ\1993\2487, F. J. 1º, en el que la resolución que resuelve un recurso de casación continúa diciendo lo siguiente: “*la sentencia de instancia ha prescindido total y absolutamente de las normas esenciales del procedimiento, y al hacer declaración de hechos probados respecto de una persona fallecida, que indudablemente no asistió a juicio ni fue defendida, ha vulnerado los principios de audiencia y contradicción con efectiva indefensión*”, por lo que se declara la nulidad del acto judicial en cuestión.

precisamente, en permitir el enjuiciamiento autónomo de la persona jurídica. En cualquier caso, actualmente, la doctrina del TS contempla sin problemas la posibilidad de que, existiendo otros encausados (que pueden ser meros partícipes), el proceso penal pueda continuar, aun cuando el autor de delito hubiese fallecido, dilucidándose en la misma la responsabilidad civil de sus herederos⁶⁸³ y la responsabilidad de los partícipes, para lo cual, en atención al principio de accesoriedad limitada de la participación, resulta ineludible afirmar la realización por el fallecido de un hecho, al menos, típico y antijurídico. En este sentido, explica, muy gráficamente, el TS que *“La extinción de la responsabilidad penal por muerte de un posible autor principal de un delito conforme a lo dispuesto en el núm. 1º del art. 112, como es fácilmente comprensible, sólo tiene eficacia en cuanto a la persona del fallecido, de modo que el proceso penal puede desarrollarse sin obstáculo alguno a fin de exigir las otras responsabilidades no afectadas por esa muerte. Si existe un hecho descrito en la norma como delito, es posible una condena penal a los copartícipes, aunque el autor principal quede exento de pena por alguna razón de carácter personal. La accesoriedad del inductor, autor mediato, coautor directo, cooperador necesario, cómplice o encubridor, etc., lo es sólo en relación al hecho típico y antijurídico, no respecto de la culpabilidad o cualquier otra causa de exclusión de la pena que pudiera afectar en particular al autor principal”*⁶⁸⁴.

También se prevé la subsistencia de la responsabilidad penal del ente en el caso de que el autor material de los hechos se hubiese sustraído a la acción de la justicia (art. 31 ter 2 CP). En este caso, procedería, la declaración de rebeldía del sujeto fugado, la consiguiente suspensión del juicio oral y el archivo de los autos en relación con el mismo (art. 841 LECrim), mientras que, en relación con la persona jurídica se dispondría la continuación del procedimiento (art. 842 LECrim). Cabe recordar, en este punto, que si la persona jurídica no puede ser notificada para la comparecencia inicial de imputación, por falta de domicilio social conocido, también será declarada en rebeldía (art. 839 bis 1 LECrim), pero, al contrario de lo que ocurre en relación con las personas físicas, tal declaración no impedirá la continuación de los trámites procesales hasta su conclusión (art. 839 bis 4 LECrim). En definitiva, cuando, o bien la persona física, o bien ambos sujetos, se sitúen en una situación de “ilocalizabilidad”, que dé lugar a su declaración en rebeldía, el proceso continuará, exclusivamente, frente a la persona jurídica (art. 839 bis 4 LECrim), mientras que el proceso contra la persona física se suspenderá al finalizar la instrucción (arts. 840 y 841 LECrim). De nuevo surgiría el mismo problema que en el supuesto anterior. El Juez, para condenar a la persona jurídica, tendría que declarar como hecho probado, en tanto que se trata de uno de los elementos constitutivos del ilícito imputable al ente, que la persona física rebelde ha cometido un hecho típico y antijurídico en determinadas circunstancias que permitan imputar responsabilidad a la persona jurídica.

Otro supuesto en el que el legislador prevé expresamente el enjuiciamiento autónomo de la entidad es el caso de conformidad parcial. El art. 787.8º LECrim permite a la persona jurídica conformarse con la pena más grave solicitada por las acusaciones sin que sea necesaria la conformidad del resto de coacusados. En este caso, el

⁶⁸³ Ver, por todas, la STS (Sala 2ª) núm. 1789/2002, de 31 de octubre, RJ 2002/9912.

⁶⁸⁴ STS (Sala 2ª) de 27 de junio de 1990, RJ 1990/5718, F. J. 6º.

problema que podría plantearse sería el de la contradicción de los hechos contenidos en la sentencia de conformidad con los que, en su día, se declaren probados en la sentencia de absolución o condena dictada contra la persona física tras la práctica de la prueba en un proceso penal público⁶⁸⁵. Así como la calidad en la que intervendría el condenado por conformidad en el proceso desarrollado frente al resto de coacusados, cuestión que será objeto de tratamiento en el apdo. 6.3 del presente epígrafe, al hilo del estudio de las consecuencias del enjuiciamiento separado de personas físicas y personas jurídicas, dado que la conformidad parcial es, precisamente, una de las causas que podría provocar esa separación de procesos.

4- La determinación del objeto del proceso: entre la unidad y la pluralidad

Antes de adentrarse en la determinación del objeto del proceso seguido contra una persona jurídica, conviene llamar la atención sobre la trascendental importancia de este aspecto del estudio, que se erige como una cuestión transversal, en la medida en que se refleja en el tratamiento de otras muchas cuestiones procesales relevantes⁶⁸⁶. Por ejemplo, el *thema probandi* y el *thema decidendi* son aspectos que vendrán determinados por el objeto del proceso⁶⁸⁷, así mismo la correlación entre la acusación y la sentencia, los límites de la litispendencia y de la cosa juzgada o la aplicación de la conexión, son tan sólo algunos de los temas cuyo estudio aparece condicionado por la determinación del objeto del proceso⁶⁸⁸.

A pesar de la relevancia teórica y práctica de la cuestión, no existe una posición unánime en cuanto a lo que es el objeto del proceso penal o cómo debe

⁶⁸⁵ Sobre esta problemática se volverá en el apdo. 4.7, epígrafe IV del capítulo 3 relativo a la conformidad de las personas jurídicas.

⁶⁸⁶ En este sentido, se puede ver MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal...* ob. cit., pp. 112-114, resaltando la relevancia del objeto del proceso para individualizar un proceso penal respecto de todos los demás posibles, existentes o que puedan presentarse de modo hipotético en el futuro y señalando, además, un listado de cuestiones procesales cuya resolución depende de la correcta determinación del objeto del proceso.

⁶⁸⁷ Así, sostiene SANGUINE, O., “Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal” en AA. VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 413-495, p. 421, que “el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica exige definir cuáles son los hechos que constituyen el objeto del proceso penal, que conforman lo que en él será el “*thema probandi*” y “*thema decidendi*”. Es necesario haber establecido cuáles son los hechos o conductas de los que se deriva la responsabilidad penal de la persona jurídica, para definir en consecuencia lo que debe ser probado y, en general, cuál es la “*questio facti*””.

⁶⁸⁸ A mayor abundamiento, MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal...* ob. cit., pp. 112-114, se refiere a otras cuestiones para las cuales la determinación del objeto del proceso resultaría relevante, tales como la fijación de la jurisdicción y la competencia, de la clase de proceso, del perjudicado y el ofendido y por ende de la legitimación para actuar como acusación particular y a la prohibición de variación sustancial objetiva en las calificaciones definitivas respecto de las provisionales.

delimitarse⁶⁸⁹. A efectos de este estudio se entenderá que el objeto principal del proceso penal viene constituido por la pretensión punitiva, entendiéndose por tal “*la declaración de voluntad, dirigida contra el acusado, en la que se solicita del Juzgado o Tribunal de lo Penal una sentencia de condena al cumplimiento de una pena o medida de seguridad fundada en la comisión por aquel de un hecho punible*”⁶⁹⁰. De tal definición se desprende que el objeto del proceso penal queda delimitado por un elemento subjetivo, cual es la persona del acusado y de un elemento objetivo, constituido por el hecho punible. A su vez, para determinar el hecho punible existen dos grandes teorías, la naturalista, que entiende el hecho como acontecer histórico desligado de toda valoración jurídica, y la teoría normativa o jurídica, que se centra en aquellos aspectos del hecho que resultan trascendentes para su subsunción en un norma penal. De una combinación de ambas concepciones se extrae que el hecho punible será el hecho histórico subsumible en tipos penales de carácter homogéneo⁶⁹¹. Por lo tanto, el objeto del proceso quedará exclusivamente determinado por la identidad subjetiva del acusado, la identidad objetiva del hecho punible y la homogeneidad del bien jurídico⁶⁹².

Siendo el elemento subjetivo, esto es, la persona del acusado, determinante del objeto del proceso, un procedimiento en el que se enjuicie la responsabilidad de dos sujetos estará integrado ineludiblemente por dos objetos procesales aun cuando compartan un núcleo fáctico común. Esto es lo que ocurre con la persona física y la persona jurídica que, siendo sujetos diferentes, responden por hechos parcialmente comunes. De tal comunidad fáctica se derivan ciertas consecuencias. Así pues, el hecho de que la persona física y la persona jurídica puedan optar por estrategias de defensa diversas, pero relativas a hechos comunes, da lugar a un potencial conflicto de intereses entre ellos que, a su vez, interfiere en la forma de intervención de la persona jurídica en el proceso o en la posibilidad de compartir postulantes con sus representantes personalmente investigados o encausados. Del mismo modo, ese entramado fáctico común puede afectar al régimen impugnatorio, provocando la extensión de los efectos del recurso interpuesto por el sujeto recurrente al otro que dejó transcurrir los plazos para recurrir, cuando la impugnación se funde en motivos comunes o no exclusivamente personales. Por último, la referida unidad fáctica

⁶⁸⁹ Pueden verse las distintas teorías sobre el objeto del proceso penal, así como la forma en que se va progresivamente delimitando a lo largo del proceso en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.; SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 187-192; Así mismo, repara MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal...* ob. cit., p. 111, sobre la indeterminación en torno a esta trascendental cuestión y sobre la existencia de opiniones doctrinales contradictorias.

⁶⁹⁰ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal...* ob. cit., p. 282.

⁶⁹¹ En este sentido, cabe traer a colación, la Exp. de Motivos de la Propuesta CPP del año 2013, al disponer que “*siendo el objeto del proceso penal un hecho normativo, un cambio de calificación que altere el acontecimiento de la vida relevante para la disposición penal resulta una modificación inadmisibles de los términos del debate. Con el fin de definir de forma clara el margen en el cual la acusación puede cambiar la calificación durante el juicio, en conclusiones, o el Tribunal aplicar una disposición penal no invocada por la acusación, se define la homogeneidad como coincidencia de bienes jurídicos tutelados o situación de los mismos en la misma línea de ataque, de modo que la lesión o puesta en peligro de uno dañe necesariamente al otro*”; Sobre la homogeneidad del bien jurídico como criterio de delimitación del objeto del proceso ver PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.; SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 190-192.

⁶⁹² GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal...* ob. cit., pp. 285-286.

también tendrá consecuencias en la determinación de los eventuales efectos prejudiciales o positivos de la cosa juzgada cuando la responsabilidad de ambos sujetos sea juzgada en procedimientos separados.

4.1.- La relación participativa de la persona física y la persona jurídica en el delito

Para determinar el objeto del proceso penal seguido contra una persona jurídica, puede resultar útil, como paso previo, realizar una reflexión sobre cuál es, desde el punto de vista del derecho material, la condición en qué persona física y persona jurídica intervienen en el delito. Sin ánimo de profundizar en tal cuestión, por escaparse a la finalidad del presente estudio, cabe considerar las siguientes posibilidades. En primer lugar, si la persona jurídica fuese autora de un delito según lo previsto en el art. 28 CP, es posible interpretar, o bien que cada sujeto, persona física y jurídica, es autor de un delito⁶⁹³, o bien que ambos son coautores del mismo delito⁶⁹⁴. Sin embargo, también cabría sostener que la persona jurídica participa en el delito cometido por la persona física, única autora del mismo, ya como cómplice (art. 29 CP), ya como cooperadora necesaria (art. 28 b) CP), según si su intervención se considera determinante o no para la realización del hecho. En tal caso, el autor del delito sería la persona física, en tanto que ejecutaría los actos ejecutivos típicos y dominaría finalmente la realización del hecho, mientras que la responsabilidad de la persona jurídica quedaría sometida al principio de accesoriedad limitada de la participación. Incluso, cabría entender que la entidad es autora cuando actúan sus representantes, en tanto que las actuaciones de estos se consideran como propios de la persona jurídica, en virtud de la doctrina del *alter ego*, y participe cuando quien actúa es un subalterno que se vale de la estructura societaria y de la falta de controles para delinquir.

En todo caso, independientemente de que la persona jurídica sea considerada como autora, cooperadora necesaria o cómplice, considero que su participación en los hechos se fundamentaría en la modalidad de comisión por omisión (art. 11 CP)⁶⁹⁵, al menos cuando quien delinque es un subalterno. En tal supuesto, la entidad estaría jurídicamente obligada a ejercer un control sobre sus trabajadores en orden evitar la

⁶⁹³ Esta posibilidad se basaría en las construcciones dogmáticas que desarrollan una teoría jurídica del delito para las personas jurídicas, tal como lo hace GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad...ob. cit., pp. 38-43, al sostener que la persona jurídica realiza un hecho típico, antijurídico y culpable y, por lo tanto, responde por un delito distinto al cometido por la persona física.

⁶⁹⁴ A favor de esta opción se pronuncia GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal...*ob. cit., p. 172, para quien es la conjunción de la actuación de la persona física con las especiales posibilidades comisivas de la persona jurídica la que determina el resultado final. Lo cual presentaría, en opinión del autor, rasgos próximos a la coautoría tales como el dominio funcional del hecho, la intervención en fase ejecutiva y el acuerdo de voluntades.

⁶⁹⁵ En este sentido, PÉREZ MACHÍO, A. I., “Modelos tradicionales de responsabilidad penal...ob. cit., p. 37, fundamenta su posición de garante en un actuar precedente (injerencia), esto es, en el incumplimiento de las obligaciones de autorregulación que pone en peligro a determinados bienes jurídicos como consecuencia de la actividad empresarial.

comisión de delitos en el desarrollo de las actividades sociales⁶⁹⁶. Así pues, tal deber de adopción de ciertas medidas de prevención, vigilancia y control de los delitos, vendría a fundamentar su posición de garante en relación con la evitación de delitos relacionados con su actividad⁶⁹⁷. En este sentido, al omitirse la implementación de tales medidas preventivas, si con ello se favorece o facilita la comisión de un delito, la entidad debe responder del hecho punible por no haber realizado la conducta debida que le correspondería efectuar en atención a su posición institucional de garante de los bienes jurídicos que se ponen en riesgo como consecuencia del ejercicio de su actividad. Así pues, tal posición de garante se fundamentaría en su deber de neutralizar o minimizar los riesgos delictivos inherentes a su actividad, manteniéndolos en niveles jurídico-penalmente aceptables.

Aunque no es el propósito de este trabajo calificar penalmente la actuación de la persona jurídica, en ocasiones, pronunciarse sobre tales cuestiones resulta inevitable. Pues bien, creo que la actuación de la persona jurídica se asimilaría a un supuesto de participación delictiva, en tanto que el art. 31 bis CP no describe un delito autónomo, sino que se refiere a una forma de participación o de colaboración en el delito de otro. En este sentido, el art. 31 bis CP no contiene ningún tipo penal⁶⁹⁸, de forma análoga a lo que ocurre con la descripción de las conductas de inducción o cooperación, no describe una conducta activa o pasiva merecedora de sanción, sino una modalidad de actuación que permite imputar a la persona jurídica la verdadera conducta delictiva protagonizada por otro sujeto, que es la que se define en la Parte Especial del CP. Es decir, no habría un nuevo delito del que la persona jurídica fuese responsable penalmente, sino una particular responsabilidad penal por el único delito cometido: el de la persona física⁶⁹⁹. Por otra parte, una interpretación sistemática, conduce, igualmente, a conceptualizar la responsabilidad de las personas jurídicas como una forma de participación en el delito de otro, en tanto que el art. 31 bis CP está ubicado en un título que lleva por rúbrica “*De las personas criminalmente responsables de los delitos*”, en el que se regulan las formas de participación delictiva. Además, tal participación se realizaría por omisión, en tanto que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas consiste en no haber cumplido con los deberes de supervisión, vigilancia y control y en no haber

⁶⁹⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 20.

⁶⁹⁷ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 121 y 131-133.

⁶⁹⁸ Según ROBLES PLANAS, R., “Pena y persona jurídica...ob. cit., resulta dudoso que exista un título de imputación autónomo para la persona jurídica y, en todo caso, es evidente que el defecto de organización autónomamente considerado no constituye ilícito penal alguno, ni siquiera mercantil o civil, en tanto no provoque un daño; Un argumento que probaría según ROMA VALDÉS, A.; I. Escobz García (coord.), *Responsabilidad de las personas*...ob. cit., p. 109, que el defecto de organización no es un objeto procesal autónomo consistiría en tomar en consideración que, cuando una determinada persona física y jurídica son condenadas conjuntamente, posteriormente, la misma ausencia de sistemas de control o prevención, no debe impedir el enjuiciamiento de la misma persona jurídica cuando, con el mismo fundamento, pretenda ser enjuiciada la entidad por distintos hechos cometidos por la misma o por otra persona física; En una línea similar, ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral”, en J. Banachloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 237-267, pp. 252-254, sostiene que cada delito individual genera una nueva responsabilidad porque cambia el elemento objetivo.

⁶⁹⁹ Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Las penas de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7920, 11 de septiembre de 2011.

adoptado medidas de prevención de delictiva eficaces para evitar o minimizar el riesgo de comisión de delitos en su seno.

4.2.- La unidad o pluralidad de delitos

La existencia de dos sujetos penalmente responsables determina la existencia de dos objetos procesales, si bien, cabe preguntarse, si se trata también de dos delitos diferentes o, en realidad, ambas personas, física y jurídica, responden por una misma infracción. Existen dos posturas diversas en torno a esta cuestión. Por una parte, se encontrarían quienes consideran que los hechos constitutivos de la responsabilidad del ente vienen determinados por el defecto de organización que constituiría una conducta autónoma atribuible a la entidad⁷⁰⁰. Por otra, quienes argumentan, en contra de tal opinión, que el defecto de organización autónomamente considerado no constituye ilícito penal alguno⁷⁰¹, sino que es tan sólo una circunstancia que permite transferir a las personas jurídicas la responsabilidad derivada del delito cometido por sus agentes.

Otra forma de abordar la cuestión de la unidad o pluralidad delictiva sería determinar la consideración que merecen, en términos dogmáticos, los criterios de imputación previstos para la persona jurídica en el art. 31 bis CP. Si los mismos se consideran fundamento de la culpabilidad del ente colectivo, a la sazón se debe admitir que cada sujeto responderá por el mismo hecho típico y antijurídico, si bien en atención a su propia culpabilidad, que para la persona jurídica vendría configurada precisamente por tales criterios de imputación⁷⁰². Si, por el contrario, se considera que tales elementos constituyen requisitos típicos del ilícito imputable a la persona jurídica, la entidad respondería por un hecho típico distinto del hecho de referencia, que integraría un nuevo delito de tipificación compleja, o doblemente típico, en tanto que integrado por la conducta descrita en la Parte Especial y adicionalmente por los requisitos típicos previstos en el art. 31 bis CP⁷⁰³, lo cual implicaría la existencia de

⁷⁰⁰ En este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 18, sostiene que, como exigencia del principio de culpabilidad, a la persona jurídica sólo es posible reprocharle sus propias infracciones por lo que sólo responderá penalmente cuando el delito haya sido posible debido a un fallo organizativo de ésta, es decir, cuando haya tenido lugar una omisión del cuidado debido en la evitación de delitos en su seno, *constituyendo dicho fallo organizativo la conducta propia de la persona jurídica y el objeto del reproche penal* (la cursiva es mía); En una línea similar sostiene AMODIO, “Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti”, *Cassazione Penale*, 2005, p. 330, que existe una conducta autónoma del ente consistente en la *culpa in vigilando*.

⁷⁰¹ En este sentido, se pronuncian ROBLES PLANAS, R., “Pena y persona jurídica...ob. cit.; ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., p. 109; ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada...ob. cit., pp. 252-254.

⁷⁰² En esta línea, argumenta GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 36, que los hechos internos de la persona jurídica son aquellos en los que se fundamenta su culpabilidad.

⁷⁰³ Así pues, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 40-41, sostiene que la tipicidad objetiva, en el caso de las personas jurídicas, quedaría integrada por el defecto de organización; En una línea similar, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 41, afirma que persona física y persona jurídica cometen dos delitos distintos ya que se trata de tipos penales distintos (el del art. 31 bis CP y el correspondiente de

dos conductas delictivas distintas. Así cabría razonar si se entienden, como la hace parte de la doctrina penal, las normas de participación como una expresa ampliación de los diferentes tipos⁷⁰⁴ o, simplemente, si se considera que la conducta imputable a la persona jurídica es, en realidad, el defecto de organización o la omisión del control debido sobre sus agentes⁷⁰⁵.

A mi parecer, la confusión radica en que el CP se refiere al delito cometido por la persona física cuando, en realidad, debería referirse al hecho de referencia entendido éste como hecho típico y antijurídico. Para cerrar este apdo., resulta apropiado reconocer que la unidad o la pluralidad de delitos dependerán de la concepción de delito que se maneje. Así pues, si se asimila el delito al hecho de referencia, esto es, al hecho típico y antijurídico, también denominado delito base, y se entiende que la persona jurídica responde por la tipicidad y antijuridicidad de la conducta humana, existiría un único delito, el de la persona física. Sin embargo, si se entiende, como tradicionalmente lo hace la dogmática penal que el delito es una acción típica, antijurídica, culpable y punible⁷⁰⁶, entonces, en tanto que cada sujeto responde de acuerdo con su propia culpabilidad, la persona física y la persona jurídica cometerían sendos delitos. Igualmente, las construcciones dogmáticas que entienden que la persona jurídica responde, no sólo conforme a su propia culpabilidad, sino también por un injusto típico propio y específico, siendo el hecho de referencia un simple presupuesto de su responsabilidad⁷⁰⁷, también implican la existencia de dos delitos. En todo caso, a efectos de conexidad, lo relevante no es, como pudiera, equivocadamente, hacer pensar la literalidad del art. 17 LECrim, el delito entendido en sentido dogmático, sino la pluralidad de objetos procesales, con lo que esta disquisición teórica carece de relevancia práctica a los efectos de este estudio.

4.3.- La unidad o pluralidad de hechos punibles

Si se parte de que entre la persona física y la persona jurídica existe una relación de participación delictiva, entonces se hace preciso convenir que ambos sujetos responden por un único hecho típico, aun cuando lo hagan conforme a su culpabilidad individual. En esta línea, cabe recordar que, *“la participación, a diferencia de la autoría, que es la realización del hecho propio, es contribución al hecho ajeno. El partícipe, pues, no realiza por sí mismo el hecho delictivo, sino que favorece o coopera en la realización ajena. De la estructura de la participación, se deriva como consecuencia necesaria su carácter accesorio (...) Y ello quiere decir que la punibilidad del partícipe depende de la realización de un hecho principal de*

la Parte Especial), que son distintas las conductas o hechos y los títulos de imputación. Esto lleva al autor a afirmar que si se persiguen conjuntamente a persona física y persona jurídica, el proceso penal tendrá un objeto plural.

⁷⁰⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1951)*...ob. cit., p. 305.

⁷⁰⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 18.

⁷⁰⁶ BACIGALUPO ZAPATER, E., “La teoría jurídica del delito de Jiménez de Asúa (o el nacimiento de la dogmática penal de habla castellana)”, en M. Jaén Villejo; E. Moreno y Bravo; M^a. L., Silva Castaño (dirs.), E. Moreno y Bravo (coord.), *La teoría jurídica del delito*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Dykinson, 2005, p. 29.

⁷⁰⁷ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 119-124.

*uno o varios autores*⁷⁰⁸. Pero, aun cuando el hecho antijurídico sea común, la culpabilidad de cada partícipe es individual, de ahí que, cuando comete el delito un subalterno, se exige que el mismo haya sido posible por la organización defectuosa del ente o por el incumplimiento de sus deberes de supervisión, vigilancia y control, mientras que las circunstancias que afectan a la culpabilidad de la persona física devienen irrelevantes para su enjuiciamiento (art. 31 ter 2 CP).

En mi opinión, el art. 31 bis CP deja claro que existe un hecho histórico y típico que se erige en elemento constitutivo común de la responsabilidad de ambas personas, la física y la jurídica. Este hecho es el, tantas veces, referido como “hecho de referencia”, en ocasiones denominado, impropriamente, “delito base”, del cual, bajo ciertas circunstancias, se derivan responsabilidades autónomas para sendos sujetos. En otros términos, ni bajo el perfil naturalístico ni bajo el empírico-criminológico es manifiesta la existencia de una conducta autónoma del sujeto colectivo⁷⁰⁹. Así, el hecho punible, en su vertiente objetiva, es parcialmente común a ambos sujetos, a la persona física que lo protagoniza y a la persona jurídica, de cuya responsabilidad penal se erige como presupuesto.

Ahora bien, los elementos determinantes de la responsabilidad de uno y otro sujeto son diferentes. En este sentido, la conducta imputable a la persona física, ha debido realizarse por cuenta y en provecho del ente para que alcance una dimensión corporativa, esto es, relevancia jurídico-penal para la corporación. Así mismo, para afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica, puede ser preciso constatar que la realización del hecho de referencia fue posible, para el subalterno, por el incumplimiento de los deberes de supervisión por parte de sus superiores o del organismo de control.

A favor de considerar que el hecho imputable a la persona física y a la jurídica es único, cabe traer a colación un argumento de derecho positivo. La literalidad del art. 31 ter 1 *in fine* CP se refiere al supuesto en que, *como consecuencia de los mismos hechos*, se imponga a ambos sujetos la pena de multa, disponiendo que, en tal caso, la cuantía de la sanción debiera ser modulada en atención a la gravedad de los mismos. Así pues, el precepto se refiere a esa unidad fáctica de la que llega a derivar la posibilidad de que la ajustar la penalidad en atención a la gravedad del conjunto factual del que responden ambas personas. En este sentido, resultarían, igualmente, dignos de mención los argumentos de la doctrina italiana que sostienen que la introducción de la responsabilidad de la persona jurídica supone una duplicación normativa pero no fáctica⁷¹⁰, con lo que el componente fáctico en el que se fundaría la responsabilidad de ambos sujetos sería idéntico.

⁷⁰⁸ STS (Sala 2ª) núm. 711/1993, de 24 de marzo, RJ 1993\2502, F. J. 2º.

⁷⁰⁹ Así lo expresa RENZETTI, S., *Le misure cautelari interdittive applicabili agli enti giuridici*, p. 19, que fue su tesis de doctorado, disponible en http://amsdottorato.cib.unibo.it/1150/1/Tesi_Renzetti_Silvia.pdf, última consulta 28/07/2015

⁷¹⁰ En este sentido, se afirma que el ilícito es sólo uno, el cometido por la persona física, mientras que en relación con la persona jurídica debería hablarse más bien de una especie fáctica de estructura compleja de la que el ilícito penal representa sólo uno de los elementos esenciales e irrenunciables (Cfr. FIDELBO, G., “Le attribuzioni del giudice penale...ob. cit., p. 449; BASSI, A., “Il

Sin embargo, tal afirmación parte, a mi modo de ver, de un sofisma, cual es la distinción entre hecho y Derecho, absolutamente desacreditado por la ciencia jurídica moderna⁷¹¹. Lo fáctico y lo jurídico van indisolublemente unidos cuando se pretende determinar el objeto del proceso penal. Por lo que, aun cuando el hecho de referencia sea elemento común a sendas responsabilidades penales, resulta evidente que el hecho punible que se atribuye a cada uno de los responsables no es idéntico, en tanto que se establecen requisitos de tipificación e imputación distintos para ambos. Es decir, que desde una perspectiva jurídica los hechos relevantes para sostener la responsabilidad de una y otra persona no son los mismos.

Desde la perspectiva de la teoría naturalista, que atiende al hecho punible como un acontecer histórico, cabe afirmar que ambos sujetos responden por el mismo hecho. Ahora bien, desde el punto de vista normativo los hechos relevantes son tan sólo en parte coincidentes, de tal forma que del delito presuntamente cometido por la persona natural hay que eliminar lo relativo a su culpabilidad personal y agregar el resto de requisitos o elementos típicos previstos en el art. 31 bis CP, que describen la concreta modalidad comisiva en la que se fundamenta la responsabilidad del ente. En definitiva, la autonomía entre la responsabilidad del ente y la de sus administradores, directivos o empleados comporta que para la determinación de la responsabilidad penal de una o de otros sean relevantes, en parte, hechos y conductas diferentes⁷¹². Y precisamente, en esa coincidencia de carácter parcial, se encuentra la esencia de la institución de la conexión que, como tal, ocupa un puesto intermedio entre la unidad y la pluralidad⁷¹³.

En este sentido, desde la teoría normativa del hecho punible, resulta preciso reconocer que, los hechos imputables a uno y otro sujeto son tan sólo parcialmente coincidentes o, en otras palabras, que el único elemento constitutivo común a ambas responsabilidades es el hecho de referencia. Para arrojar luz sobre esta cuestión resulta útil recoger la delimitación que GASCÓN INCHAUSTI realiza sobre los hechos objeto del proceso frente a la persona física y a la persona jurídica. El autor divide tales hechos en tres categorías. Tal división, aunque a nivel práctico podría resultar un tanto artificial, en el plano teórico resulta ciertamente clarificadora de los hechos penalmente relevantes para cada uno de los sujetos responsables. La primera categoría, estaría integrada por los “*hechos de referencia o por el delito base*”, constituidos por la conducta cometida por una persona física que ostenta la condición de directivo o empleado no controlado y susceptible de tipificarse como uno de los delitos imputables al ente. En segundo lugar, estarían los denominados por el autor “*hechos internos de la persona jurídica*”, que serían todos los relevantes para

rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica”, *Rivista* 231, n. 3, septiembre, 2006, p. 44; DE SIMONE, G., “I profili sostanziali della responsabilità...ob. cit., p. 81.

⁷¹¹ En este sentido, sostiene NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal*...ob. cit., p. 26, en relación con las teorías sobre el objeto del proceso, que “no tiene ningún sentido fijarse solamente en una parte de la expresión: “hecho delictivo”. Es decir, al contrario de lo que hicieron las viejas teorías naturalista y normativa, no tiene lógica alguna separar el sustantivo “hecho” del adjetivo “delictivo”, porque sólo la expresión global en sí, toda ella, adquiere significado para el proceso penal. Hecho y derecho deben estar unidos a estos efectos”.

⁷¹² Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 33

⁷¹³ Cfr. FOSCHINI, G., *Diritto processuale penale. La commessione*, Giuffrè, Milano, 1952, p. 3

determinar la existencia y el grado de culpabilidad de la entidad. Se incluirían aquí los hechos de los que se deriva el defecto de organización, los referidos a la existencia de un programa de cumplimiento, así como el resto de cuestiones fácticas de las que depende la apreciación de las atenuantes (art. 31 quáter CP) y la determinación de las penas (art. 66 bis CP) de la persona jurídica. Por último, estarían “*los hechos internos de la persona física*”, que serían los relativos a la culpabilidad *stricto sensu* de la persona que realizó el hecho de referencia. De tales categorías, sólo las dos primeras conformarían el hecho punible atribuible a la persona jurídica, mientras que el hecho de referencia pertenecería, tanto a la persona física, como a la persona jurídica⁷¹⁴. En realidad, tal hecho de referencia formaría parte de dos objetos procesales diversos, en tanto que constituiría el sustrato fáctico común de sendos objetos procesales penales, claramente delimitados entre sí por la individualidad de los sujetos encausados.

Detrás de esta argumentación se encuentra el tradicional debate entre las teorías naturalistas y normativas que intentan determinar lo que es el hecho punible como elemento objetivo determinante del procesal penal. Se sigue aquí la teoría normativa según la cual lo relevante para el proceso penal no es el hecho natural, sino tan sólo sus aspectos trascendentes para la subsunción, esto es, los hechos típicos⁷¹⁵. Por eso, aunque el hecho punible, entendido como un acontecer natural en unas determinadas coordenadas de espacio y tiempo puede ser el mismo, los elementos determinantes de la responsabilidad de uno y otro sujeto resultan sólo en parte comunes. Esto es, desde una óptica jurídica, no hay coincidencia plena entre los hechos que se imputan a sendos sujetos.

4.4.- La duplicidad de objetos procesales y la determinación del objeto del proceso instaurado frente la persona jurídica

En todo caso, hay que tener en cuenta que, aunque los sujetos respondiesen por un único delito o por el mismo hecho punible, seguirían existiendo dos objetos procesales por el mero hecho de que se atribuya responsabilidad a dos sujetos jurídicamente independientes, es decir, por la existencia de dos personas encausadas. Tal circunstancia constituiría *per se* condición suficiente para afirmar la existencia de dos objetos procesales, toda vez que la determinación de la identidad del acusado conforma el objeto del proceso penal, de tal suerte que existen tantas pretensiones, cuantas personas se les haya de dirigir la acusación, aun cuando la misma se funde en la comisión de un solo hecho punible⁷¹⁶.

⁷¹⁴ Así lo expone GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 36-37.

⁷¹⁵ Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.; SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 190.

⁷¹⁶ En favor de esta argumentación, aducen PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R.; SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 186, que son “delitos conexos” los cometidos simultáneamente por dos o más personas (arts. 17. 1º y 2º LECrim).

Para apreciar la existencia de dos objetos procesales, por lo tanto, es suficiente con que se enjuicie la responsabilidad de dos sujetos con existencia independiente. De hecho, algunos autores han mantenido la inutilidad de la diversión entre el elemento objetivo y el elemento subjetivo del objeto del proceso penal, ya que no puede haber identidad en los hechos si no hay identidad del sujeto, por lo que la identidad subjetiva debería ir incluida en el estudio de la primera⁷¹⁷. Esto es, cuando dos personas participan en la comisión de un delito, cada una realiza una intervención personal y distinta en los hechos. Sin embargo, tal razonamiento debe ser matizado en el caso de las personas jurídicas, en tanto que, en relación con su responsabilidad penal, el hecho típico y antijurídico cometido por ciertas personas físicas se erige en presupuesto de su responsabilidad.

En definitiva, no cabe duda de que la duplicidad de responsabilidades penales, aun surgida de un acontecimiento fáctico parcialmente unitario, implica la existencia de dos objetos procesales. Uno de tales objetos vendría determinado por la persona física autora del delito base, que debiera ser identificada como algún representante legal de la entidad, alguien autorizado para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica, alguien que ostentase facultades de organización y control dentro de la misma o, en su caso, un subordinado a los anteriores, así como por el propio delito base, en tanto que hecho punible atribuido a tal sujeto. El segundo objeto procesal vendría determinado, subjetivamente, por la identidad del ente jurídico en cuyo beneficio se actuó y, objetivamente, o bien por una actuación típica y antijurídica, realizada por cuenta o en nombre y en beneficio de la entidad por alguno de sus representantes, administradores u otros sujetos con poderes de decisión, organización o control, o bien por una actuación típica y antijurídica realizada en el ejercicio de la actividad social y por cuenta y en beneficio de la entidad, por algún subalterno, ya se trate de directivos de la línea media o de simples empleados siempre que, en este caso, el delito haya sido posible por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión y vigilancia que corresponde cumplir a la entidad a través de sus órganos de control⁷¹⁸.

Pues bien, constatada la existencia de dos objetos procesales, se hace necesario determinar la relación entre ambos, que dependerá, principalmente, de la vinculación extraprocesal entre los hechos imputados a uno y otro sujeto. En función de cuál sea el nexo entre ambos objetos procesales, cuestión que se tratará en el siguiente apdo. de este mismo epígrafe, cabrá cuestionarse la necesidad de enjuiciamiento conjunto o las posibilidades de enjuiciamiento separado de ambos sujetos. Así pues, en función de la intensidad de ese nexo entre los hechos imputados a uno y otro sujeto, se

⁷¹⁷ En este sentido, se pronuncian, LIU, K., *Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht*, Schletter, Breslau, 1927, p. 72; CARNELUTTI, *Principii del processo penale*, Morano, Napoli, 1960, p. 119; Esta corriente de pensamiento es recogida por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R; SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 186.

⁷¹⁸ Por su parte, PORTAL MANRUBIA, J., "El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 155, partidario de exigir un defecto de organización en todo caso, esto es, también cuando delinquen los sujetos apicales, entiende que el objeto del proceso frente a la persona jurídica, quedaría delimitado por la actuación punible, que por un fallo de seguridad en su estructura, ejecuta la persona física integrada en la dirección del ente o que forma parte de su estructura vertical, así como por la identidad del ente jurídico que es responsable de dicha actuación por transferencia.

determinará si es posible proceder separadamente frente a ambos sujetos por razones de oportunidad o si, por el contrario, tal separación no sería posible sin romper la continencia de la causa -usando los términos de la LEC 1881⁷¹⁹-. Tales reflexiones resultan especialmente oportunas al hilo de la última reforma de la LECrim, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que ha modificado el régimen de la conexidad para evitar automatismos en la acumulación de las causas, señalando que, aun en los supuestos legalmente tasados de conexidad, la investigación y el enjuiciamiento conjuntos sólo procederán cuando resulte conveniente para el esclarecimiento de los hechos y para la determinación de las responsabilidades procedentes, pudiendo excluirse cuando tal acumulación suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso (art. 17.1 LECrim).

⁷¹⁹ RD 3 de febrero de 1881 aprobando la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.- La conexidad entre ambos objetos procesales

A pesar de que se trata de dos objetos procesales integrados por hechos, al menos desde la perspectiva normativa, parcialmente distintos y de los que se derivan dos responsabilidades autónomas, la vinculación fáctica entre ambos objetos resulta innegable. El hecho de referencia se encuentra integrado o contenido en ambos objetos procesales por lo que, el enjuiciamiento separado, con total seguridad, implicará dividir la continuidad de la causa. El riesgo de sentencias contradictorias cuando la persona física y la persona jurídica son enjuiciadas separadamente o, mejor dicho, el riesgo de contradicciones entre las declaraciones de hechos probados de ambas resoluciones judiciales⁷²⁰, resulta evidente, toda vez que, para enjuiciar a la persona jurídica, será preciso constatar la comisión de un hecho típico y antijurídico por una persona física determinada a la que se atribuye su autoría material. Consecuentemente, el fuerte ligamen que existe entre ambos objetos aboga por favorecer, en la medida de lo posible, su enjuiciamiento conjunto.

De hecho, cabe afirmar que entre el delito imputable a la persona natural y el ilícito atribuido al ente existe una relación de prejudicialidad, que justificaría el favorecimiento, en la medida de lo posible, del examen común de las posiciones forenses de ambos sujetos. Desde una perspectiva lógica, una cuestión sería prejudicial a otra cuando entre ambas existiera un vínculo tan estrecho que la decisión de una resultase imprescindible para poder llegar a la otra o, dicho en otros términos, cuando la decisión de una hubiera de influir de un modo necesario en la resolución de la otra⁷²¹. Y esto es, precisamente, lo que ocurre con el delito base y el ilícito imputable al ente. Sin embargo, siendo ambas infracciones de carácter penal, no cabe apreciar una relación prejudicial en el sentido previsto en la LECrim, que sólo contempla la posibilidad de cuestiones prejudiciales heterogéneas, en particular, de carácter civil o administrativo. En este punto, cabe traer a colación la situación del ordenamiento italiano en el que, siendo la responsabilidad de la persona jurídica formalmente administrativa, su conocimiento por el Juez penal podría constituir una suerte de cuestión prejudicial, también en los términos definidos en la LECrim⁷²².

⁷²⁰ En esta línea, señala, en mi opinión acertadamente, DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 78 que el argumento de evitar sentencias contradictorias puede atacarse diciendo que si se trata de delitos distintos – y la pluralidad de delitos es presupuesto esencial de la conexión– no parece que, en rigor, quepa hablar de decisiones contradictorias. Así pues, lo más grave que podría suceder siguiéndose un proceso distinto para cada delito, sería que se apreciara de distinta manera por cada juzgado el elemento de parcial coincidencia que fundaría la conexión y este elemento no tiene relevancia en la decisión propiamente dicha. La contradicción podría residir, en todo caso, no tanto en las decisiones en sí mismas consideradas como en su fundamentación fáctica.

⁷²¹ Cfr. MORCILLO MORENO, J., *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales...* ob. cit., p. 14.

⁷²² Así pues, en el D. Lgs 231, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y otros entes sin personalidad, se establece la responsabilidad de tales entes por los ilícitos administrativos derivados del delito (cfr. art. 1.1 D. Lgs 231), disponiéndose que, de la comisión de un delito en el seno de una determinada entidad, en ciertas circunstancias, puede derivarse la imputación al ente de una infracción de naturaleza administrativa. Por lo tanto, cuando el Juez penal, competente para juzgar el delito, conoce cumulativamente de tal infracción administrativa, la doctrina observa una relación de prejudicialidad en el enjuiciamiento conjunto del delito y de dicha infracción. En este sentido se pronuncia, en el seno de la doctrina italiana, RIGO, F., “Il giudizio”...ob. cit., p. 353, señalando que, en Italia, al ser la responsabilidad de la persona jurídica formalmente administrativa, su conocimiento por el Juez penal constituye una verdadera cuestión prejudicial, también en términos

Cabe recordar, en este punto, que la acumulación no es la única forma de tratamiento procesal del fenómeno de la conexión: no hay que olvidar la suspensión prejudicial y la cognición ocasional⁷²³. Pues bien, en el caso objeto de estudio, de no ser posible la acumulación inicial, y descartada la suspensión prejudicial, en tanto que ambas *res iudicandae* tienen naturaleza penal, las posibilidades quedarían reducidas a la cognición ocasional del delito base por el Juez penal que conoce de la causa frente a la persona jurídica. En este sentido, si ambos objetos procesales se escinden, el órgano investido de competencia para conocer del juicio sobre la responsabilidad del ente deberá resolver *incidenter tantum* la cuestión relativa al delito imputable a la persona física⁷²⁴. Así, el Juez que juzga a la persona jurídica debe pronunciarse sobre el delito base, en tanto que presupuesto de la responsabilidad penal de la entidad, aunque tal pronunciamiento se realice en vía puramente incidental y, por lo tanto, sin reflejar su eficacia de cosa juzgada, ni efectos prejudiciales, en otros procesos que eventualmente pudieran desarrollarse, posteriormente, frente al autor o autores que protagonizaron el hecho de referencia.

El enjuiciamiento de la subsistencia del delito y de su presunta comisión por parte de uno de los sujetos indicados en el art. 31 bis 1 CP, constituyen una cuestión previa, presupuesto lógico para la afirmación de la responsabilidad de la persona jurídica. Por este motivo, el proceso al ente no puede prescindir de la positiva verificación de tales hechos, que constituyen la premisa lógico-jurídica para la irrogación de las sanciones previstas contra las personas jurídicas⁷²⁵. Esa relación lógico-jurídica entre ambos objetos procesales constituye, precisamente, el fundamento de la conexión entre ellos y, consiguientemente, de la necesidad de su enjuiciamiento conjunto. Ahora bien, cuando tal acumulación no sea posible y, por tanto, se verifique la situación de separación entre ambos procesos, el Juez, al enjuiciar a la persona jurídica, deberá pronunciarse, en vía incidental, sobre la subsistencia del hecho delictivo “prodrómico” y su atribución a alguna de las categorías de personas señaladas en el art. 31 bis 1 CP. En este sentido, la resolución deberá indicar tan sólo el cargo o función que tal persona ocupaba en la entidad, sin que exista ninguna obligación, ni aun posibilidad, de atribuir el delito base a ninguna persona física en concreto⁷²⁶, so pena de vulnerar su presunción de inocencia y su derecho de defensa, así como de infringir principios inherentes a la estructura del proceso, tales como los de audiencia y contradicción.

El problema del enjuiciamiento conjunto de ambos objetos procesales, radica en que, la peculiar situación que se da entre la persona física y la persona jurídica, no encaja claramente en los supuestos de conexión previstos en el art. 17 LECrim que, además,

jurídicos; Igualmente califica el nexo entre ambos objetos procesales de ligamen prejudicial VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., pp. 125-126.

⁷²³ DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 59

⁷²⁴ En términos similares, aunque en relación con la regulación italiana, se pronuncia CORDERO, F., *Procedura penale Procedura penale* (2012)... ob. cit., p. 1330.

⁷²⁵ En un sentido similar se pronuncia RIGO, F., “Il giudizio”... ob. cit., p. 364, en relación con el ordenamiento italiano.

⁷²⁶ Así, lo afirma MANCUSO, E. M., “Autonomia di accertamento e simultaneous...” ob. cit., pp. 212-213, para la regulación italiana.

son considerados *numerus clausus*⁷²⁷. Según GASCÓN INCHAUSTI los delitos imputados a la persona física y a la persona jurídica podrían considerarse conexos en el sentido del art. 17.1 LECrim que se refiere a los delitos cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas⁷²⁸. Esta regla de conexión requiere la comisión de un delito por dos personas en unidad de espacio -reunidas- y de tiempo -actuación simultánea-. Con la intención de subsumir el supuesto de las personas físicas y jurídicas, acusadas por los mismo hechos, en el art. 17.1 LECrim, se argumenta que, si se obvia la exigencia de personas reunidas, en sentido físico, se puede entender que la comisión es simultánea, aunque “*en rigor, la persona jurídica no comete un delito en un momento determinado, sino que se le imputa responsabilidad porque su organización defectuosa y su falta de control han permitido la comisión del delito en su provecho*”. En este sentido, el citado autor entiende que “*si pudiera hablarse de comisión esta se produciría en el momento de comisión del delito por la persona física*”⁷²⁹, aunque reconoce que este encaje supone forzar la letra de la ley ya que, en sentido estricto, ni los delitos *se cometen* a la vez ni las personas están *reunidas*⁷³⁰.

Ahora bien, a pesar de la dificultad para encajar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de quienes por ella actúan en la literalidad de los supuestos previstos en el art. 17 LECrim, la relación de continencia que existe entre sendos objetos procesales, en vista del idéntico núcleo fáctico en el que se fundamentan ambas responsabilidades, supone, a mi juicio, un ligamen lo suficientemente fuerte como para interpretar extensivamente las causas de conexión. De otro modo, se perderían las ventajas derivadas de una investigación y un enjuiciamiento conjunto de ambos sujetos y se incurriría en un evidente riesgo de sentencias contradictorias⁷³¹, con las negativas implicaciones que conlleva, en términos de seguridad jurídica y de justicia, que unos mismos hechos existan y dejen de existir para los distintos órganos del Estado⁷³².

En realidad, en alguna ocasión, el TS ha admitido el carácter abierto de las causas de conexión señaladas en el art. 17 LECrim. En este sentido, en un supuesto de receptación sostuvo que, “*si bien la jurisprudencia patria se ha inclinado por una*

⁷²⁷ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 200.

⁷²⁸ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 41

⁷²⁹ Ver GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 91; Igualmente, del mismo autor *Proceso penal y*...ob. cit., pp. 41-42.

⁷³⁰ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 41, que hace referencia a la necesidad de obviar una interpretación literal de la exigencia legal de que las personas estén reunidas.

⁷³¹ En la misma línea, sostiene GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 42, que “*a todos los efectos, resulta básico que pueda investigarse y enjuiciarse conjuntamente a la persona física y a la persona jurídica, pues está claro que la imputación de responsabilidad penal a una y a otra se funda, en parte, en unos hechos comunes (...) y conviene evitar que se divida “la continencia de la causa”*”.

⁷³² En este sentido, sostiene el TC que, es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado, lo que ocurre cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos se producen resoluciones contradictorias, pero la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismo hechos desde perspectivas jurídicas diversas, sino que reside precisamente en que unos mismos hechos ocurrieron o no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor o no lo fue, lo que redundaría en una vulneración del principio de seguridad jurídica. Ver, por todas, SSTC 77/1983, de 3 de octubre y 30/1996, de 27 de febrero.

exégesis estricta, favorable al «númerus clausus», no faltan argumentos para la posición contraria”. En la misma resolución, el Alto Tribunal continúa diciendo que “*la razón misma de la conexidad material como criterio de competencia puede no agotarse en las previsiones expresas, y el texto del precepto no sólo no excluye otras posibilidades, sino que incluso parece admitirlas con la fórmula de que los supuestos enumerados «considerense delitos conexos», como si otros pudieran serlo al margen de tal consideración explícita*”⁷³³. En este orden de ideas, cabe entender que varias *res iudicandae* penales son conexas cuando tienen en común algún elemento⁷³⁴, en particular, cuando existe un nexo extraprocésal entre los hechos⁷³⁵ y no, exclusivamente, en los supuestos contemplados en la ley.

De hecho, la evolución del delito de receptación, al que se refiere la citada resolución del TS, podría encontrar cierta analogía con nuestro objeto de estudio. La receptación era considerada, inicialmente, como un modo de participación en el delito de robo y sólo posteriormente se tipificó como conducta autónoma. De modo análogo, en el momento en que el CP introduce la responsabilidad de las personas jurídicas, tipifica como conducta autónoma lo que, hasta hace poco, era penalmente irrelevante, pero que no deja de ser materialmente una forma de participación en el delito de otro. Por otra parte, al igual que ocurre con la penalidad de la receptación, las penas previstas para las personas jurídicas toman como referencia, para fijar su duración, las penas privativas de libertad previstas para la persona física autora del delito (art. 66 bis CP)⁷³⁶, lo que también podría servir de apoyo a la tesis que califica de participación la relación entre ambos sujetos responsables, con el consiguiente ligamen estructural que se daría entre los tipos penales. Como consecuencia, cabe afirmar, al igual que lo hace el TS en relación con los delitos de robo y receptación, que la conexidad entre ambos delitos de descansa en la propia estructura de los tipos⁷³⁷. Análogamente, considero que la conexidad existente entre los delitos imputables a la persona física y a la persona jurídica se sustentaría en el propio sistema de imputación previsto para los entes colectivos.

⁷³³ STS (Sala 2ª) de 21 de septiembre 1987, RJ 1987\6608, F. J. 2º.

⁷³⁴ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 34.

⁷³⁵ Sobre este particular, señala DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 20, que la conexión penal se refiere a un nexo entre hechos extraprocésales que vienen luego al proceso penal, frente a la conexión civil que implica un nexo entre acciones.

⁷³⁶ En este sentido, el art. 66 bis 2º fija el límite temporal de determinadas penas previstas para las personas jurídicas en atención a la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

⁷³⁷ STS (Sala 2ª) de 21 de septiembre 1987, RJ 1987\6608, F. J. 4º.

6.- El enjuiciamiento conjunto o separado de ambos objetos procesales

La estrecha relación entre el delito base y el ilícito penal imputable al ente impone la tendencia al proceso acumulativo⁷³⁸. De hecho, en la doctrina se ha llegado a afirmar que es una razón de pura lógica la que conduce al enjuiciamiento conjunto de ambas responsabilidades en tanto que, es tal la interconexión de la responsabilidad penal de la persona física y de la persona jurídica que la lógica y el sentido común imponen, como regla general y cuando sea factible, el enjuiciamiento conjunto de ambas clases de personas⁷³⁹. Por lo tanto, a pesar de que con la nueva regulación de la conexidad, la acumulación se somete a razones de oportunidad, relativas a las facilidades para investigar y probar los hechos, así como a la evitación de dilaciones, se trataría, en mi opinión, de un supuesto de conexión necesaria, y no meramente conveniente, en virtud de la fuerza que cabe atribuir al nexo extraprocesal que se observa entre ambos objetos⁷⁴⁰.

Precisamente, ese núcleo factual común es el fundamento de la regla del *simultaneus processus* por la que se ha optado en la regulación italiana. En este sentido, el art. 38 D. Lgs. 231 establece que el procedimiento por el ilícito administrativo del ente se reúne con el procedimiento penal instaurado frente al autor del delito del que depende tal ilícito⁷⁴¹. De esta forma, la ley especial que regula en Italia la responsabilidad de los entes por la comisión de delitos, establece el principio general de enjuiciamiento conjunto, en antítesis del *favor separationis* que impregna el CPP italiano. Esta opción legislativa se justifica por razones de efectividad, de homogeneidad, de economía procesal, así como de integridad del enjuiciamiento, que prevalecen sobre las razones de celeridad⁷⁴². Sin embargo, a continuación, la ley italiana establece algunas excepciones a la regla general del enjuiciamiento conjunto, como serían la incapacidad sobrevenida de la persona física o la tramitación del proceso frente al ente por algún procedimiento especial. Por último, se establece una cláusula abierta que, según parte de la doctrina, quebraría el carácter taxativo de los supuestos de separación⁷⁴³. Esta norma dispone que se proceda separadamente frente

⁷³⁸ GIGLIOLI, M., "Il procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni amministrative. Profili generali", en AA.VV., A. Di Amato (dir.); A. D'Arrivo; A. Di Amato (coords.) *Trattato di diritto penale dell'impresa. La responsabilità da reato degli enti*, Vol. 10º, Cedam, Verona, 2009, pp. 599-626, p. 608

⁷³⁹ Cfr. GARCÍA PÉREZ, J. J., "Cuestiones procesales en la exigencia...", ob. cit., pp. 28-29.

⁷⁴⁰ Esta diferencia jurisprudencial entre la conexión necesaria y suficiente es analizada en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X; PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R; SEOANE SPIEGELBERG, J.L., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 200.

⁷⁴¹ Así dispone el art. 38.2 D. Lgs. 231 que "Il procedimento per l'illecito amministrativo dell'ente e' riunito al procedimento penale instaurato nei confronti dell'autore del reato da cui l'illecito dipende".

⁷⁴² VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 125; En idéntico sentido se pronuncia CORVI, P., "Attribuzioni del giudice penale in materia di responsabilità degli enti", en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 201-208, p. 207.

⁷⁴³ Afirma VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., pp. 130-131 que la norma de cierre del art. 38. 2. c) D. Lgs. 231 con su abstracción, quiebra la taxatividad de las excepciones, en cuanto que da entrada a situaciones no prefiguradas expresamente, pero que se imponen por razones de coherencia sistemática. En la misma línea se pronuncian, entre otros, CORDERO, F., *Procedura penale* (2012)... ob. cit., p. 1330; FERRUJA, P., "Il processo penale contra gli enti: incoerenze e

al ente cuando la observancia de las disposiciones procesales lo haga necesario. Si bien es cierto que esta cláusula de cierre deja un enorme espacio a la discrecionalidad judicial, debe admitirse que, al mismo tiempo, garantiza la economía procesal y el derecho a una defensa eficaz en todas las fases del proceso⁷⁴⁴, siempre que, en su interpretación, se parta de la estricta necesidad de separación, sin vaciar de contenido la regla general del *simultaneus processus*.

El problema en España, tal y como se señaló en el apdo. anterior, radica en la inexistencia de una norma *ad hoc* que establezca la regla del enjuiciamiento conjunto, así como en el difícil encaje de la peculiar situación que se da entre la persona física y la persona jurídica en los supuestos de conexión previstos en el art. 17 LECrim, que, generalmente, son considerados *numerus clausus*⁷⁴⁵. Y es que, partiendo de la existencia de dos objetos procesales, la regla general es que cada uno suponga la formación de una causa (art. 17.1 LECrim), de tal suerte que el enjuiciamiento conjunto sólo es posible si ambos pueden ser considerados conexos, en virtud del art. 17.2 LECrim. Sin embargo, a pesar de que la ausencia de una regla legal específica que disponga el enjuiciamiento conjunto para las personas físicas y las personas jurídicas, hay que tomar en consideración que, como regla general, no pueden perseguirse, en procedimientos separados, a las diversas personas actualmente inculpadas por el mismo hecho⁷⁴⁶. Así pues, parece que, en vista de la estrecha conexión existente entre el complejo fáctico que fundamenta la responsabilidad penal del ente y el hecho punible imputado a la persona natural resulta, cuando menos aconsejable, si no obligado en la medida de lo posible que, para facilitar la investigación y la prueba de los hechos y la determinación de los presuntos responsables, así como para alcanzar una mayor completitud en el enjuiciamiento y para evitar pronunciamientos contradictorios, ambas causas discurren por el mismo procedimiento.

Ante la falta de una regla legal de conexión, por si el ligamen inherente a la misma estructura de los tipos penales y la similitud con el supuesto de conexión previsto en el art. 17.1 LECrim no fueran suficientes, cabe esgrimir algunos otros argumentos complementarios de derecho positivo que apoyarían, igualmente, la solución del enjuiciamiento conjunto:

- a) En primer lugar, si se atiende a la literalidad del art. 17.1 LECrim, según el cual *cada delito dará lugar a la formación de una causa*, partiendo del entendimiento de que la persona física y la persona jurídica participan en un *mismo delito*, ambos deberían ser enjuiciados en un mismo procedimiento. Es decir, si se interpreta que, en sentido estricto, se comete un único delito del que se derivan sendas responsabilidades el procedimiento ha de ser

anomalie nelle regole di accertamento” en AA.VV., G. Garuti (coord.), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, pp. 223-242, p. 227.

⁷⁴⁴ Cfr. SPANGHER, G., *I procedimenti speciali*...ob. cit., p. 450.

⁷⁴⁵ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L. *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 200.

⁷⁴⁶ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1951)*...ob. cit., p. 280

también único⁷⁴⁷. Esta interpretación implica entender que las relaciones de conexidad se producen necesariamente entre dos delitos y no entre dos objetos procesales⁷⁴⁸, si bien es cierto que está claro si la LECrim pretendía realizar tal distinción.

- b) En segundo lugar, la regla competencial del art. 14 bis LECrim parece tender al enjuiciamiento conjunto. En este sentido, cabe entender que, a la luz del ligamen prejudicial que existe entre el ilícito imputable al ente y el delito presupuesto, con el fin de facilitar un cúmulo procesal no necesario, pero idóneo para evitar el riesgo de decisiones contradictorias, le ha parecido natural al legislador, asignar la competencia para conocer de los ilícitos imputables al ente al mismo órgano competente para conocer del delito base⁷⁴⁹. De esta forma, la competencia objetiva, al venir atribuida al mismo juzgado o tribunal, no tiene que ser modificada por razón de la conexión para lograr el deseable resultado del enjuiciamiento conjunto de ambos sujetos.
- c) Por su parte, la regla introducida en el art. 787.8 LECrim, según la cual la persona jurídica podrá prestar su conformidad con independencia de la posición que adopten los demás acusados, parece presuponer tal reunión, al referirse a la conformidad autónoma de la entidad en un proceso iniciado contra una pluralidad de encausados. Si bien es cierto que esta norma prevé un supuesto de separación, para el caso en que la persona jurídica se conforme y continúe el proceso frente a los individuos disconformes, no es menos cierto que tal eventualidad podrá tener lugar siempre y cuando el procedimiento se haya entablado, inicialmente, de forma conjunta frente a todos.

A pesar de las poderosas razones que se han esgrimido a favor del enjuiciamiento conjunto no es posible ignorar que, en ciertos supuestos, ambos sujetos tendrán que ser enjuiciados separadamente. Tal enjuiciamiento separado resulta posible toda vez que en el proceso penal no existe la figura del litisconsorcio pasivo necesario⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ En esta línea, cabría interpretar que hay unidad de objetos cuando se acusa de un solo hecho punible a uno o varios sujetos. Así lo entienden, TOMÉ GARCÍA, J. A.; GARCÍA LUBÉN BARTHE, P., *Temario de derecho procesal penal, adaptado al nuevo programa de las pruebas selectivas para el ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 4º ed., Colex, Madrid, 2010, pp. 115-116, para quienes, la pluralidad de objetos se produciría cuando se acusa de varios hechos punibles a uno o varios acusados. Sin embargo, no parece que esta sea la concepción de unidad y conexión que contempla la LECrim, en tanto que el primer supuesto de conexión que la Ley prevé se refiere a los delitos cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas (art. 17.1 LECrim), en donde se integrarían las conductas en que dos individuos cometen un mismo delito.

⁷⁴⁸ Esta línea argumentativa podría venir avalada por DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., pp. 28 y 78, para quien la coautoría o la participación de varias personas en un mismo hecho delictivo no constituiría un caso de conexión, en sentido estricto, por faltar la pluralidad delictiva que constituye presupuesto esencial de la conexión.

⁷⁴⁹ En términos semejantes interpreta VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., pp. 106-107, el art. 36.1 D.lgs. 231 el cual, de forma análoga al art. 14 bis LECrim, dispone que *“la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell’ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono”*.

⁷⁵⁰ En este sentido, sostiene SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho procesal...* ob. cit., p. 693, que ha de repudiarse la posible existencia de litisconsorcio pasivo necesario en el proceso penal

Consecuentemente, aunque el proceso se instaure frente a uno sólo de los sujetos investigados y no frente a ambos, la relación jurídico-procesal estará bien constituida. Es decir, el enjuiciamiento conjunto de ambos sujetos, siendo conveniente, y aun necesario, en virtud de la unidad fáctica derivada del sistema de responsabilidad por atribución de hechos ajenos, no obedece a inexorables necesidades de la *litis*⁷⁵¹, toda vez que la responsabilidad de los acusados es personal y su derecho de defensa de titularidad y ejercicio individual.

El propio CP establece, tal y como se señaló en el apdo. 3 del presente epígrafe, ciertos supuestos en los que es posible juzgar exclusivamente a la persona jurídica, sin enjuiciar a la persona física autora de los hechos. En tales casos, el proceso se sigue únicamente frente al ente colectivo, en atención a la autonomía de su responsabilidad frente a la atribuida a la persona física, si bien se hace preciso el pronunciamiento, al menos *incidenter tantum*, sobre la comisión de un delito por un individuo que no es parte en el proceso. Los motivos que podrían conducir a un enjuiciamiento separado de ambos sujetos pueden dividirse, a efectos expositivos, en razones de índole penal y razones de índole procesal. Aunque, en realidad, toda causa material de separación tiene un reflejo procesal, y toda razón de naturaleza procesal encuentra su fundamento último en una circunstancia fáctica o extraprocesal.

Así pues, de la regulación prevista en el CP se deduce que la persona jurídica será enjuiciada al margen de la persona física cuando esta última no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella (art. 31 ter 1 CP), así como cuando la misma se encuentre exenta de responsabilidad por haber actuado de forma no culpable o no pueda ser juzgada por haberse sustraído a la acción de la justicia o por haber fallecido (art. 31 ter 2 CP). De tales causas, la inculpabilidad de la persona física y su fallecimiento podrían considerarse de naturaleza penal, en tanto que la culpabilidad hace referencia a una categoría de la teoría del delito, mientras que el fallecimiento es una causa de extinción de la responsabilidad penal (art. 130.1.1º CP) y no sólo de la acción penal. El resto de los supuestos, a pesar de estar previstos en el CP, serían de naturaleza procesal. Así, la no individualización del sujeto en el marco de la investigación, la concurrencia de un óbice de procedibilidad que impida dirigir el procedimiento frente a la persona física o la fuga del autor de los hechos, que implicará su declaración en rebeldía, con la

en atención a que “*el criterio general de nuestra Ley es considerar la posición de cada imputado con total independencia de los restantes*”, “*la sentencia que ponga término al proceso debe tener en cuenta no solamente la comisión del hecho delictivo, sino muy principalmente la personalidad de los delincuentes y sus circunstancias subjetivas (...)*”; “*por tal motivo, la sentencia que declara la existencia de un delito y considera autores del mismo a varios imputados puede, sin infringir ley alguna, condenar a algunos a determinada pena, a otros a una pena inferior e incluso absolver a algunos de los imputados*”; En una línea similar, se pronuncia DÍAZ PITA, Mº P., *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 209-210; Igualmente apuntan GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Lecciones de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1999, p. 280, que, cuando hay pluralidad de sujetos en la parte pasiva del proceso, ya como autores, ya como partícipes, de un solo hecho delictivo o de hechos conexos que deban resolverse en una misma sentencia, no existirá entre los distintos acusados ningún tipo de vínculo, ni deberán correr igualdad de suertes.

⁷⁵¹ Cfr. PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit.; También señala la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...ob. cit.*, p. 39)

consiguiente imposibilidad de juzgarle, constituyen impedimentos de carácter procesal.

Pero no sólo los supuestos expresamente previstos en el CP serían causa de enjuiciamiento separado, sino que, igualmente, si uno de los sujetos prestase su conformidad y el proceso continuase para el otro, supuesto expresamente previsto en la LECrim (art. 787.8), también se rompería la continencia de la causa. Del mismo modo, cualquier causa de suspensión que afectase individualmente a uno sólo de los sujetos podría conducir a la separación de sendos procedimientos. Sería el caso, por ejemplo, de que el autor de los hechos resultase súbitamente incapacitado (art. 383 LECrim) o el supuesto en que no pudiese comparecer al acto del juicio oral por encontrarse enfermo (art. 746.5º LECrim), debiendo suspenderse, en ambos casos, el proceso frente a la persona física y continuando para la jurídica.

En este punto, es preciso traer a colación la previsión del art. 746. 6º II LECrim según la cual “*no se suspenderá el juicio por la enfermedad o incomparecencia de alguno de los procesados citados personalmente, siempre que el Tribunal estimare (...) que existen elementos suficientes para juzgarles con independencia*”. Por su parte, el art. 786.1 II LECrim prevé, en el marco del procedimiento abreviado, la posibilidad de enjuiciar separadamente a los distintos procesados cuando concurren los siguientes requisitos: a) que el incomparecido haya sido citado personalmente; b) que la ausencia sea injustificada, es decir, que no responda a un motivo legítimo oportunamente alegado; c) que los Jueces, antes de resolver, oigan a las partes en el proceso; d) además, aunque no lo señala expresamente la ley, el juez deberá valorar si existen elementos suficientes para juzgar al comparecido o a los comparecidos, con independencia de los ausentes, lo cual implica que, por las circunstancias del caso concreto, no sea necesaria la declaración del coacusado ausente para formar criterio suficientemente fundado en cuanto a la acusación formulada frente al que esté presente⁷⁵².

A la vista de estas eventualidades determinantes de la separación de procedimientos, cabe indagar sobre su extensión al supuesto de este estudio, cual es, el enjuiciamiento de una persona física y una persona jurídica a las que se les imputan los mismos hechos. Esto es, cómo debe proceder el Juez, por ejemplo, cuando la persona física acusada, sin estar declarada en rebeldía, y habiendo sido personalmente citada, no comparece. Si el proceso continúa contra la persona jurídica, las pruebas deberán versar y el Juez deberá pronunciarse sobre la comisión del delito por la persona física no comparecida, por lo que, seguramente, lo más conveniente será suspender el proceso contra la entidad y señalar una nueva vista en la que ambos sujetos sean enjuiciados conjuntamente, preservando así la continencia de la causa. Considero, por lo tanto, que el fuerte ligamen que existe entre los hechos imputables a ambos sujetos y, consecuentemente, las ventajas que conlleva el enjuiciamiento conjunto, en particular, la neutralización del alto riesgo de que se dicten resoluciones contradictorias si se procede separadamente frente a ambos sujetos, abogan por la suspensión del proceso en relación con la persona jurídica. No será necesario siquiera valorar, casuísticamente, la existencia de elementos suficientes para juzgar a la

⁷⁵² Sobre este particular, véase DÍAZ PITA, Mº. P., *Conformidad, reconocimiento de...ob. cit.*, p. 45.

entidad con independencia, toda vez que la conexión descansa en la propia estructura del sistema de imputación previsto para las personas jurídicas. Por eso, en mi opinión, tal disposición no debería ser aplicada a los supuestos de personas físicas y personas jurídicas dado que, ante el fuerte ligamen existente entre ambos objetos procesales, el enjuiciamiento separado debería reservarse para aquellos supuestos en que fuese totalmente inevitable.

Así pues, de *lege ferenda*, resultaría adecuado establecer, expresamente, la regla general del enjuiciamiento conjunto, al estilo de la contenida en la legislación italiana, de tal forma que se favoreciese tal solución en la medida de lo posible. En definitiva, sólo cuando se previese una inaceptable dilación o un aplazamiento *sine die* del enjuiciamiento, cabría proceder separadamente frente al sujeto no afectado por la causa de suspensión⁷⁵³, evitando cualquier interpretación extensiva de las causas de separación o guiándose el juzgador por el criterio de la absoluta necesidad de disgregación de la causa⁷⁵⁴. Por eso, cuando, en vista del motivo de la suspensión, se prevea que la misma será relativamente breve, sería recomendable, a efectos de favorecer el enjuiciamiento conjunto de ambas responsabilidades, suspender el procedimiento frente a ambos sujetos y reanudarlo cuando tal causa suspensiva hubiese desaparecido.

6.1.- Ventajas y desventajas del enjuiciamiento conjunto

Para tratar el tema del enjuiciamiento conjunto hay que partir, en líneas generales, de la existencia de dos grupos de intereses distintos que se encuentran en tensión. Por un lado, se encontraría el interés en preservar la continencia de la causa o en evitar decisiones contradictorias, así como en facilitar la investigación y la prueba de los hechos, en facilitar su esclarecimiento y la determinación de los responsables y en alcanzar un mayor acierto en la calificación jurídica. Mientras que, por otro lado, y frente a tales razones, cabría esgrimir otras vinculadas a la eficacia y a la rapidez del proceso penal. En este sentido, el principio de celeridad, cada vez más presente en las reformas procesales, podría desaconsejar la instauración de procesos excesivamente complejos, seguidos contra una pluralidad de sujetos, sugiriendo la desconexión o división de las causas con objetos múltiples aun cuando estos fueran conexos⁷⁵⁵. Esta

⁷⁵³ En esta línea, entiende GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”, ob. cit., pp. 28-29, que, sólo excepcionalmente podría celebrarse el juicio oral sólo contra la persona jurídica, cuando fuese preciso para evitar su aplazamiento *sine die*. Sin embargo, si la persona física no comparece, y no es posible juzgarle en ausencia, la suspensión y el nuevo señalamiento de vista (arts. 746 y 786.1 LECrim) deberían incluir también a la persona jurídica.

⁷⁵⁴ Esto es, así mismo, lo que propone la doctrina italiana, en orden a evitar que regla general que opta por el enjuiciamiento conjunto (art. 38 D. Lgs. 231) quede vacía de contenido (Ver, entre otros, MANCUSO, E. M., “Autonomia di accertamento e simultaneous...ob. cit., p. 227; VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...*ob. cit., p. 128)

⁷⁵⁵ En relación con esta cuestión se pueden ver los criterios expresados en la STS (Sala 2ª) núm. 867/2002, de 29 de julio, RJ 2002\6357, (Caso Banesto), conforme a la cual, “en los casos de delincuencia económica compleja, cometida a través de elaboradas y artificiosas maniobras contables, realizadas por sociedades que, cumpliendo las formalidades legales, se utilizan como instrumentos de encubrimiento o difuminación de actividades delictivas, la concentración de la investigación en un solo proceso, dificulta, en ocasiones, la tarea de apurar todas las posibilidades

tensión debería resolverse dejando un cierto margen de discrecionalidad al instructor⁷⁵⁶ para lo cual, la nueva redacción del art. 17 LECrim introduce criterios de oportunidad que escapan de automatismos en la acumulación de las causas, permitiendo enjuiciar separadamente delitos considerados conexos cuando el enjuiciamiento conjunto suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, mientras que, en el marco del procedimiento abreviado, se establece la posibilidad de formar piezas separadas en ciertos supuestos.

A favor de la separación de los procedimientos se esgrimen razones de celeridad, en tanto que, consentir la reunión sin límite lleva a resultados paradójicos frente a las exigencias de economía procesal y de eficacia formal, que siempre deberían orientar al Juez antes de ampliar una causa, objetiva o subjetivamente, de tal forma que se provoque una dilación del juicio contraria a los principios del justo proceso legal⁷⁵⁷. Igualmente, para este supuesto, se advierte que la acumulación alimenta el riesgo de los maxi-procesos y, consecuentemente, de una *capitis deminutio* de las garantías del ente inculpado, así como de la persona física coacusada, motivada por eventuales simplificaciones probatorias a favor de la acusación, con la confusión probatoria prácticamente perfecta e indistinta de las dos *res iudicandae*⁷⁵⁸.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que hay casos en que la necesidad de enjuiciar conjuntamente resulta más imperiosa que en otros, en vista del intenso ligamen extraprocesal entre los hechos objeto del pleito. En términos generales, se aprecia que cuando se trata de juzgar a los presuntos partícipes en un mismo hecho delictivo la necesidad de enjuiciar conjuntamente es mayor que cuando se enjuician varios delitos, en tanto que en el primer caso es muy claro el peligro de ruptura de la continencia de la causa y parece más probable el riesgo de decisiones contradictorias⁷⁵⁹. Con el mismo resultado, aunque a través de una argumentación distinta, sostiene ASENCIO MELLADO que si se imputa un mismo hecho a varios sujetos no pueden enjuiciarse estos en procesos separados, “*ya que en los distintos procesos los coimputados podrían pasar a ser considerados testigos y con ello cambiar su propio estatuto jurídico y su derecho de defensa*”⁷⁶⁰.

probatorias y deja fuera (...) a personas que pudieran haber sido inculpadas en alguna de las actividades que han sido calificadas como delictivas”, por lo tanto, cabe la posibilidad de formar piezas separadas “*cuando resulte conveniente para simplificar y activar el procedimiento, aún en aquellos supuestos, en los que pudiera encontrarse una aparente o real conexidad entre los diversos hechos, si bien existen razones y elementos para juzgar separadamente a cada uno de los imputados*”.

⁷⁵⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 89.

⁷⁵⁷ VARRASO, G., *El procedimiento per gli illeciti...* ob. cit., p. 127.

⁷⁵⁸ Ídem. p. 126.

⁷⁵⁹ Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 100.

⁷⁶⁰ Cfr. ASENCIO MELLADO, J. M^o., *Derecho Procesal penal*, Tirant lo Blanch, 5^o ed., Valencia, 2010, pp. 36-37. Continúa diciendo el autor que “*no obstante, la propia Ley puede establecer excepciones generales o particulares a la regla de la conexión, en cuyo caso el análisis de la posibilidad de enjuiciamiento separado deberá hacerse atendiendo, en todo caso, a la necesidad de preservar el derecho de defensa*”. Posteriormente, el autor, en *Derecho Procesal penal*, Tirant lo Blanch, 7^o ed., Valencia, 2015, p. 47, a la luz de la nueva regulación de la conexidad, que permite excepcionar la regla de acumulación de delitos conexos, cuando hay riesgo de excesiva complejidad procesal y, por lo tanto, de indebidas dilaciones en el proceso, debe aplicarse sólo cuando se dé el riesgo legalmente previsto para evitar romper la continencia de la causa, afectando a la prueba y al régimen procesal de los coimputados que pasarían a ser testigos.

Pues bien, precisamente, la relación entre persona física y persona jurídica, aun cuando constituye una especie *sui generis*, se ha venido asimilando, en este trabajo, a una forma de participación delictiva en el mismo delito, por lo que la necesidad de enjuiciamiento conjunto resulta indiscutible, no sólo por las genéricas ventajas ya señaladas sino también en aras de garantizar una defensa más efectiva de ambos sujetos. De hecho, en el caso de las personas físicas y las personas jurídicas, las ventajas que se derivan del enjuiciamiento conjunto resultan evidentes, tanto en relación con el derecho de defensa, como para la neutralización del alto riesgo de resoluciones contradictorias y para lograr un mejor acercamiento a la verdad, una mayor precisión en el enjuiciamiento y una más adecuada individualización de las penas. Así, se observa que:

- a) La imputación de ambos sujetos, como ya se ha señalado, se funda en parte en hechos comunes, en tanto que el hecho de referencia o el delito base, entendido como hecho típico y antijurídico, fundamenta la imputación de uno y otro. Además, la función que, dentro de la persona jurídica, desempeña el autor material de los hechos, también es relevante a efectos de determinar la responsabilidad de aquella. En consecuencia, para asegurar una eficaz defensa de la entidad, el traslado de la imputación, y la información de garantía que se le ha de proporcionar al inicio del proceso, deberían incluir, en la medida de lo posible, la identidad del presunto autor del delito, en tanto que puede ser interesante para la entidad realizar alegaciones al respecto, señalando, por ejemplo, que la persona física objeto de investigación o coencausada no ocupaba cargo alguno en la entidad en el momento de los hechos o que ocupaba uno distinto al que se le atribuye en la imputación. En la misma línea, para asegurar efectiva y temporáneamente la defensa de la persona jurídica, sería conveniente una imputación simultánea con el ente, en el mismo proceso⁷⁶¹.
- b) El enjuiciamiento conjunto, evitaría el elevado riesgo de resoluciones con hechos probados contrapuestos. Piénsese en la difícil coexistencia de una sentencia que condenase a la persona jurídica por unos hechos, con otra resolución judicial que absolviese al presunto autor por no haber actuado dolosamente, lo cual determinaría que no cometió delito alguno si este sólo se prevé en su modalidad dolosa. O incluso cabría la posibilidad, si bien menos probable, de que, condenada la persona jurídica, la persona física fuese absuelta por inexistencia del hecho, con lo que entre ambas resoluciones existiría una flagrante e inaceptable incoherencia, jurídicamente inaceptable e insostenible.
- c) Al mismo tiempo, la comunidad sobre una parte de los hechos objeto del pleito hace que la investigación y el enjuiciamiento conjunto favorezcan el acercamiento a la verdad material, la determinación de los responsables, la

⁷⁶¹ Sobre todas estas cuestiones se profundizará en el epígrafe relativo a la imputación que será objeto de tratamiento en el capítulo 2.

prueba de los hechos y la efectividad e integridad del juicio jurisdiccional⁷⁶², así como la eficiencia y economía procesal, en cuanto se economiza en términos de tiempo y dinero, al no tener que duplicar las actividades instructoras y probatorias⁷⁶³.

- d) En última instancia, el enjuiciamiento conjunto posibilita una determinación más correcta de la condena, al menos en lo que se refiere a la pena de multa cuando la misma se impone a la persona física y a la persona jurídica. En tal caso, la ley dispone que el juzgador modulará su cuantía de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos (art. 31 ter 1 CP)⁷⁶⁴, lo cual difícilmente podrá llevarse a cabo si la responsabilidad de ambos sujetos se determina en procesos independientes.

En definitiva, dadas las diversas ventajas que presenta el enjuiciamiento conjunto y los correlativos problemas que podrían derivarse de un enjuiciamiento separado de ambos sujetos, entiendo que, a través de las reglas hermenéuticas, debería intentar favorecerse la solución del enjuiciamiento conjunto, dada la intensa conexión y la relación de continencia que se observa entre ambos objetos procesales. Por lo tanto, aunque el art. 17.1 LECrim prevé tal posibilidad, no parece oportuno proceder separadamente contra ambos sujetos por razones de economía procesal, tendentes a evitar la conformación de causas excesivamente complejas o largas.

6.2.- La posibilidad de acumulación o separación de procedimientos

En vista de que al enjuiciarse a dos sujetos, persona física y persona jurídica, existirán, en todo caso, dos objetos procesales, habrá que determinar, qué posibilidades existen de que, iniciado un proceso frente a uno sólo de tales sujetos, o iniciados dos procedimientos separados, la persona física y la persona jurídica puedan llegar a ser juzgadas en un único procedimiento. Y, a la inversa, si por razones de celeridad procesal podría llegar a dividirse la causa inicialmente seguida, de forma conjunta, frente a ambos sujetos presuntamente responsables.

⁷⁶² Sobre este particular, apunta DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 83, como argumento a favor de la conexión delictiva el logro del acierto en punto capitales relativos a la calificación jurídica de los hechos.

⁷⁶³ Tal y como observan VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., pp. 125-126; MANCUSO, E. M., "Autonomia di accertamento e simultaneous..." ob. cit., pp. 211-230, la unidad del objeto, aun siendo parcial, hace que la reunión de procedimientos impida inútiles duplicidades de la actividad instructora, muchas veces técnicamente complejas y costosas.

⁷⁶⁴ Sobre este particular, apunta DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 83, como argumento a favor de la conexión delictiva, el logro en el acierto en la determinación de la penalidad.

6.2.1.-La ampliación subjetiva del objeto del proceso o la reunión de procedimientos

En primer lugar, cabe plantearse la posibilidad de que, iniciados los procesos separadamente, puedan llegar a reunirse o acumularse en un único procedimiento. Ahora bien, las posibilidades de ampliación del objeto del proceso en marcha variarán en función de la fase procesal en la que se encuentre el enjuiciamiento.

Por ejemplo, si la persona física inicialmente fugada reaparece o es hallada una vez iniciado el proceso penal contra el ente, encontrándose pendiente la fase de instrucción, será preciso citarla para practicar con la misma la comparecencia inicial de imputación. En este sentido, podría ocurrir que, estando inicialmente indeterminado el individuo supuestamente responsable, durante la instrucción, resultase individualizado, dado que, los avances en la investigación, podrían determinar que, en primer lugar se conociese la supuesta comisión del delito en el seno de una entidad y, sólo posteriormente, fuese descubierto el responsable individual, con lo que habría que proceder a citarle para una primera comparecencia en la que se le comunicase su imputación, reuniéndose, a partir de ese momento, ambos procedimientos y siendo juzgados los dos sujetos en una vista oral única.

Otra posibilidad consiste en que, una vez concluida la instrucción, el órgano de enjuiciamiento decida revocar el auto de conclusión del sumario, que se mandará devolver al Juez que lo hubiese remitido, expresando las diligencias que hayan de practicarse para completar la instrucción, lo cual podría ocurrir, por ejemplo, si el Tribunal entiende que no han sido encausados todos los responsables del delito en cuestión, provocando, en su caso, una ampliación subjetiva del objeto del proceso (arts. 630 y 631 LECrim). En este sentido, cabe plantearse el supuesto en que, concluida la instrucción, el autor material de los hechos siga sin ser identificado, abriéndose, en tal caso, el juicio oral sólo contra la persona jurídica que responde, aunque la persona física responsable no haya sido individualizada (art. 31 ter 1 CP). Ahora bien, es posible que el órgano de enjuiciamiento entienda que no se han agotado las posibilidades de identificar al autor de los hechos y disponga, por lo tanto, la reapertura de la instrucción, revocando el auto de terminación del sumario (art. 630 LECrim) e indicando las diligencias que hayan de practicarse en orden a completar la investigación (art. 631 LECrim).

Finalmente, incluso en sede de juicio oral, cabe la posibilidad de que, revelaciones o retractaciones inesperadas hagan surgir una sospecha criminal fundada en relación con algún individuo como potencial autor material de los hechos, con lo que sería necesario suspender el juicio oral y practicar una sumaria instrucción suplementaria (art. 746.6º LECrim), que permitiese ampliar subjetivamente el objeto del proceso, con la finalidad de enjuiciar conjuntamente todas las responsabilidades dimanantes de los hechos objeto de la causa. Igualmente, es posible que, como consecuencia de tales revelaciones, se produzca el sobrevenido hallazgo de la persona física rebelde que se encontraba en paradero desconocido, pudiendo, igualmente, en tal supuesto, suspenderse la vista, en orden a practicar una sumaria instrucción complementaria en

la que se procedería a imputar a la persona física, presunta autora de los hechos, (art. 746.6º LECrim).

Sin embargo, si al reaparecer o descubrirse a tal persona física, la entidad ya hubiera sido juzgada, no habría posibilidad de reunir los procedimientos, que se encontrarían en instancias jurisdiccionales diferentes⁷⁶⁵, con lo que sería necesario juzgar al autor del delito de forma independiente, sin poder admitir como ciertos, so pena de vulnerar su derecho de defensa, los pronunciamientos que *incidenter tantum* pudiera haber emitido la sentencia previamente dictada, frente a la persona jurídica, en relación con los hechos imputables a la persona física.

En definitiva, cabe afirmar que lo ideal será que ambos procesos se inicien conjuntamente, ya que ello significa que la instrucción ha resultado efectiva, en tanto que ha conseguido determinar a todos los supuestamente responsables y asegurar a todas las personas que han de ser juzgadas (art. 299 LECrim). Sin embargo, cuando por circunstancias de la investigación o eventualidades en relación con las personas que deban ser enjuiciadas, no sea posible esa acumulación inicial, a través de la revocación del auto de conclusión del sumario o de una sumaria instrucción complementaria todavía sería posible reunir en un único procedimiento ambos procesos, a pesar de que se encuentren en fases distintas. Así pues, si uno de ellos está en la fase intermedia o al inicio del juicio oral y el otro se encuentra en la fase de instrucción, la reunión resultará factible.

Ahora bien, en ningún caso, cabría reunir procesos que se encontrasen en distinto grado jurisdiccional, en tanto que tal proceder podría provocar dilaciones indebidas en el proceso más avanzado o hacer que el sujeto pasivo del nuevo proceso perdiese un grado de jurisdicción. Por ejemplo, si tras haber resultado condenada en primera instancia la persona jurídica, reconociéndose, por lo tanto, la subsistencia del delito presupuesto, surgen indicios de culpabilidad contra una determinada persona física, la reunión del segundo proceso al primero supondría eludir un grado completo de juicio sobre la responsabilidad de la persona natural, exclusivamente para dejar espacio a presuntas exigencias de celeridad y uniformidad de la decisión⁷⁶⁶, lo cual resultaría inadmisibles. Igualmente, mantener irresuelto o suspender los plazos para interponer el recurso de apelación o de casación, a la espera de reunir los procesos en la segunda instancia, resultaría inadmisibles, no sólo por falta de previsión legal, sino

⁷⁶⁵ En esta línea, DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...*ob. cit., p. 104, niega que se puedan acumular procesos que se encuentren en distinto grado ya que se alteraría el procedimiento sustancialmente; Del mismo modo, en el seno de la doctrina italiana, a pesar de que el D. Lgs. 231 si recoge la regla general del enjuiciamiento conjunto, VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...*ob. cit., p. 127, sostiene que, es presupuesto de operatividad de la reunión, cuando por cualquier eventualidad no se ha llevado a cabo en la fase preliminar el cúmulo de las *res iudicandae*, la pendencia en el mismo estado y grado de ambos procedimientos.

⁷⁶⁶ MANCUSO, E. M., "Autonomia di accertamento e simultaneous..."ob. cit., p. 222, plantea esta problemática, aunque parte de la situación inversa, esto es, qué ocurre si condenada una persona física en primera instancia surgen indicios contra la persona jurídica. Hipótesis que, en mi opinión, resulta más improbable, dado que, conociendo la comisión de un delito por un determinado individuo en el seno de una entidad, la posible responsabilidad de la persona jurídica surgirá de forma prácticamente automática, aunque sólo sea en forma de sospecha, cuya constatación requerirá, evidentemente, la realización las pertinentes diligencias de investigación.

por las indebidas dilaciones que ello causaría al sujeto primeramente enjuiciado, alargando indebidamente su sujeción al proceso.

6.2.2.- La posibilidad de formar piezas separadas

Por último, cabe plantearse si la posibilidad de abrir piezas separadas contemplada en art. 762.6º LECrim podría aplicarse a las causas seguidas contra personas jurídicas y personas físicas por el mismo delito. Este precepto permite que, con el fin de simplificar y activar el procedimiento, el Juez pueda formar piezas separadas para enjuiciar independientemente los delitos conexos y a cada uno de los sujetos investigados. Se concede así al Juez instructor la posibilidad de agilizar el procedimiento, separando, en procedimientos distintos, las causas relativas a delitos conexos o a varios sujetos pasivos, con lo que se viene a reconocer el carácter facultativo que, en algunos casos, tiene la regla de enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos. Así pues, en tales supuestos, la regla de acumulación que rige para los delitos conexos no es una regla imperativa y de orden público, sino que puede ceder ante razones de simplificación o rapidez del proceso⁷⁶⁷. Su carácter dispositivo se ha agudizado con la última reforma de la LECrim ya referida, que permite enjuiciar separadamente delitos conexos cuando la acumulación suponga excesiva complejidad o dilación para el proceso, con lo que parecen eliminarse *ex lege* los supuestos de conexidad necesaria.

Del tenor del art. 762.6º LECrim⁷⁶⁸, resulta evidente que es posible enjuiciar separadamente los delitos conexos imputados a uno o varios sujetos. Sin embargo, cabe plantearse si también sería posible abrir piezas separadas cuando existen varios sujetos a los que se atribuye el mismo delito. Esta dudosa interpretación es defendida por DÍAZ PITA para quien, la literalidad del precepto admite, en todo caso, el enjuiciamiento separado de los encausados, cuando estos sean varios⁷⁶⁹, con lo que siempre que hubiese varios sujetos pasivos podrían ser juzgados de forma independiente, sin necesidad de ulteriores valoraciones, incluso, cuando fuesen partícipes de un mismo delito. De la determinación del ámbito de aplicación de tal precepto dependerá su extensión o no a los casos seguidos frente a personas físicas y a las personas jurídicas dado que, tal y como se señaló previamente, la relación que se da entre ambos sujetos es similar a la que se en las relaciones de participación delictiva.

⁷⁶⁷ STS (Sala 2ª) de 5 marzo de 1993, RJ 1994\700, F. J. 3º.

⁷⁶⁸ El precepto señala que “*Para enjuiciar los delitos conexos comprendidos en este Título, cuando existan elementos para hacerlo con independencia, y para juzgar a cada uno de los imputados, cuando sean varios, podrá acordar el Juez la formación de las piezas separadas que resulten convenientes para simplificar y activar el procedimiento*”.

⁷⁶⁹ En este sentido, DÍAZ PITA, Mº. P., *Conformidad, reconocimiento de...* ob. cit., pp. 47-48, entiende que el art. 762.6º LECrim, contempla dos supuestos independientes. El primero se referiría, de un lado, a los casos de pluralidad de delitos y de sujetos en la parte pasiva del proceso, y de otro, a los supuestos de pluralidad de delitos y un solo encausado; mientras que el apdo. segundo se referiría a los casos de pluralidad de sujetos pasivos y un solo hecho delictivo, sin requerirse pluralidad de hechos, en vista de la coma que separa independencia de la conjunción “y”.

Llegados a tal punto, se hace preciso reparar en la diferencia que existe entre la conexidad necesaria y la conexidad de conveniencia, siendo sólo en este último caso en el que, en mi opinión, cabe abrir piezas separadas. En este sentido, ya señaló tempranamente el TS⁷⁷⁰ que *“la conexidad agrupa hechos distintos -al menos desde el punto de vista normativo, al ser susceptibles de calificación separada -que por tener entre sí un nexo común, es aconsejable se persigan en un proceso único, por razones de eficacia del enjuiciamiento y de economía procesal”*. Por lo tanto, para que haya conexidad ha de haber hechos distintos, siendo los atribuidos a la persona física y a la persona jurídica parcialmente idénticos. Pero, si, como se ha indicado anteriormente, se considera que, desde un punto de vista jurídico, los hechos atribuidos a ambos sujetos son distintos, todavía queda un ulterior nivel de análisis. En tal sentido, continúa la resolución citada señalando que *“ese nexo puede resultar de la unidad de responsables, de una relación de temporalidad (simultaneidad en la comisión) o de un enlace objetivo de los hechos”*. La determinación de cuál sea tal nexo es relevante en tanto que *“la fuerza unificadora del nexo no es la misma en todos los casos, especialmente en el de coetaneidad de la ejecución, en el que la simple coincidencia temporal de delitos individualizados y diferentes puede permitir su enjuiciamiento en causas separadas, mientras no lo permite, en cambio, la comisión conjunta por varios partícipes, obrando de acuerdo, de unos mismos hechos simultáneos”*. Así pues, tal distinción entre conexidad necesaria y conexidad por razones de conveniencia o economía procesal se reflejaría en el citado art. 762.6º LECrim, que permitiría juzgar delitos conexos en procedimientos separados cuando existiesen elementos para hacerlo con independencia.

En relación con su aplicación a los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, se ha dicho que la dualidad de objetos puede aconsejar la tramitación en piezas separadas de aquello que sea susceptible de tratamiento autónomo, a fin de evitar que la sustanciación y posibles incidencias de una parte de la causa sean una rémora para el resto⁷⁷¹. En la misma línea, la jurisprudencia ha manifestado que, en los casos de delincuencia económica compleja, cometida a través de elaboradas y artificiosas maniobras contables, realizadas por sociedades que, cumpliendo las formalidades legales, se utilizan como instrumentos de encubrimiento u ocultación de actividades delictivas, la concentración de la investigación en un solo proceso, dificulta, en ocasiones, la tarea de apurar todas las posibilidades probatorias y deja fuera, a personas que pudieran haber sido inculpidas en alguna de las actividades que han sido calificadas como delictivas. Por ello se debe valorar, en cada caso concreto, la posibilidad del tratamiento autónomo y separado de aquellas operaciones que, por su configuración, permiten un enjuiciamiento por separado⁷⁷².

⁷⁷⁰ STS (Sala 2ª) de 5 marzo de 1993, RJ 1994\700, F. J. 3º.

⁷⁷¹ Cfr. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2011)...ob. cit.; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2012)...ob. cit., p. 366.

⁷⁷² Ver, por todas, STS (Sala 2ª) núm. 867/2002, de 29 de julio, RJ 2002\6357, cuestiones previas F) “Sobre las dificultades de llevar adelante un macro-proceso como el que nos ocupa y sobre la conveniencia de romper la conexidad, cuando sea posible, sin alterar las reglas competenciales”; Resultan interesantes los criterios expresados en esta resolución, previamente citada, conforme a la cual, cabe *“la posibilidad de incoar piezas separadas en casos de delincuencia económica, cuando la*

Si bien, en contra de la posibilidad de formar piezas separadas en los procesos contra personas físicas y personas jurídicas cabe sostener, como lo hace ASENSIO MELLADO, que el art. 762.6º LECrim sólo sería aplicable a casos de conexión mixta, esto es, diversos hechos imputados a varios sujetos, pero nunca en aquellos en que exista una conexidad subjetiva, es decir, un mismo hecho imputado a diversos sujetos⁷⁷³. Así mismo, sostiene GÓMEZ ORBANEJA que, en principio, no puede perseguirse en procedimientos separados a las diversas personas actualmente inculpadas por el mismo hecho⁷⁷⁴. Por su parte, la Circular 1/2011 de la FGE señala que el sistema de imputación por el que ha optado el legislador español en el art. 31 bis CP, desaconseja la incoación de piezas separadas a lo largo de la investigación para determinar la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, que deberá ser dilucidada en un mismo procedimiento. Aunque, a renglón seguido, reconoce que a pesar de ello, en casos excepcionales podrá valorarse la pertinencia de incoar tales piezas a fin de evitar dilaciones⁷⁷⁵.

Por lo que a mí respecta, entiendo que, fundándose la imputación de responsabilidad de la persona física y la persona jurídica en hechos en parte comunes, o en la participación de ambos sujetos en un mismo delito, debería optarse por la indivisibilidad, de tal forma que la investigación y el enjuiciamiento del delito se desarrollasen conjuntamente para no dividir la continencia de la causa⁷⁷⁶. Además, en el caso de las personas jurídicas existe, como ya se ha intentado demostrar, una estricta relación de continencia entre los objetos procesales, en tanto que uno contiene al otro, por lo que el riesgo de fallos contradictorios es muy elevado⁷⁷⁷. En este sentido, se observa que, en atención a la estructura de los tipos penales, la responsabilidad de la persona jurídica presupone una determinada actuación antijurídica por parte de la persona física. Se trataría, en definitiva, de un supuesto de conexión necesaria que no admitiría, en principio, la formación de piezas separadas.

6.3.- Las consecuencias de la separación de ambos procesos en sendos procedimientos

Si finalmente, por uno u otro motivo de los esgrimidos *ut supra*, la persona física y la persona jurídica terminan siendo juzgadas de forma independiente, ya sea por iniciarse los procesos en momentos distintos, o ante jueces diferentes en atención a las normas de reparto, ya sea por formarse piezas separadas para agilizar el

investigación conjunta de los delitos, lejos de favorecer el esclarecimiento de los hechos, puede producir un efecto contrario y no deseado”.

⁷⁷³ Cfr. ASENSIO MELLADO, J. Mº., *Derecho Procesal penal*, Tirant lo Blanch, 5º ed., Valencia, 2010, pp. 36-37.

⁷⁷⁴ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley...* ob. cit., (1951), p. 280

⁷⁷⁵ FGE, Circular 1/2011, p. 103.

⁷⁷⁶ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 42.

⁷⁷⁷ En esta línea, señala SÁNCHEZ MELGAR, J., “El delito de estafa respecto...ob. cit., que enjuiciamiento conjunto de la persona física y la jurídica, es condición indispensable para no romper la continencia de la causa.

enjuiciamiento, se corre el riesgo de que se dicten sentencias contradictorias, con las negativas implicaciones que esta eventualidad tendría en cuanto a valores esenciales de nuestro ordenamiento, tales como la justicia y la seguridad jurídica. En tal caso, y dado que no es admisible que unos hechos existen y dejen de existir para los distintos órganos del Estado⁷⁷⁸, cabría plantearse la posibilidad de establecer un mecanismo de revisión para atacar la firmeza de una sentencia cuya concordancia con la realidad es puesta en entredicho por otra resolución judicial posterior que enjuicie los mismos hechos⁷⁷⁹, sobre todo si la pena impuesta en la primera sentencia todavía se encuentra en fase de ejecución.

En todo caso, y aunque esta cuestión será objeto de estudio independiente en el epígrafe VII del capítulo 3 relativo a la cosa juzgada, cabe adelantar aquí que la sentencia dictada en primer lugar no puede tener efectos prejudiciales o de cosa juzgada positiva en el ulterior procedimiento en el que deban enjuiciarse los mismos hechos, so pena de vulnerar el derecho de defensa del sujeto juzgado en segundo lugar. En este sentido, debe prescindirse de los efectos *ultra partes* de la primera sentencia, en tanto que ha de prevalecer el derecho a un juicio contradictorio, reexaminándose el objeto de la de la relación prejudicial⁷⁸⁰.

También cabría plantearse en qué calidad intervendría la persona física absuelta o condenada por tales hechos en el procedimiento posterior instaurado frente a la persona jurídica. En líneas generales cabrían dos posibilidades. O bien que tal sujeto, ya enjuiciado, actuase con las prerrogativas y derechos del sujeto pasivo del proceso, por tener una responsabilidad personal en los hechos, siendo, por tanto, sus declaraciones valoradas como las de un coencausado, o bien, que interviniese en el ulterior proceso en calidad de testigo en tanto que, en el segundo proceso seguido contra la persona jurídica, el individuo ya juzgado no ostentaría la condición de parte.

En este sentido, la Propuesta CPP, que trataba específicamente esta eventualidad, señalaba que, a quien hubiera sido encausado por los hechos objeto del procedimiento, y fuera posteriormente llamado para declarar como testigo, le resultarían, en todo caso, aplicables los derechos a guardar silencio, a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con lo que se aproximaría su estatuto jurídico más al de un sujeto investigado o encausado que al de un testigo (arts. 373 y 10 Propuesta CPP). Esta solución tendría consecuencias, no sólo en cuanto al estatuto jurídico-procesal del declarante, sino también en cuanto a la valoración de sus declaraciones, que debiera regirse por las reglas jurisprudenciales aplicables a las declaraciones de los coencausados resultando, por lo tanto, insuficientes por sí mismas para desvirtuar la presunción de inocencia y, necesitadas, por lo tanto, de otras pruebas o datos objetivos que corroborasen su veracidad.

⁷⁷⁸ Ver, por todas, SSTC 77/1983, de 3 de octubre y 30/1996, de 27 de febrero, ya citadas.

⁷⁷⁹ Cuestión que será tratada en el apdo. 2 del epígrafe VIII del capítulo 3.

⁷⁸⁰ Sobre esta cuestión puede consultarse ZUCCONI GALLI FONSECA, E., *Pregiudizialità e rinvio (contributo a la studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna University Press, Bologna, 2011, pp. 375-388.

Ahora bien, dado que ese borrador no llegó a tramitarse, hay que estar a la doctrina jurisprudencial del TS recogida en Acuerdo no jurisdiccional del año 2008 en el que se estableció que “*La persona que ha sido juzgado por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismo hechos, declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad*”⁷⁸¹. En este sentido, se sostiene, en la doctrina que, en aquellos casos en que, una pluralidad de encausados (por el mismo delito o por delitos conexos) sean objeto de procedimientos separados, no habría obstáculo para que el tercero ajeno al proceso prestara su declaración como testigo⁷⁸². Por lo tanto, la persona física, autora material del hecho de referencia, si ya ha sido juzgada, con independencia de que haya resultado condenada o absuelta, en el posterior proceso seguido frente a la persona jurídica, será llamada para declarar en calidad de testigo⁷⁸³, dado que no existe ninguna razón de peso que justifique el mantenimiento de los derechos que tuvo en las declaraciones que prestó en el juicio en que se juzgó su responsabilidad⁷⁸⁴, por lo que estará obligada a declarar y a decir la verdad, sin perjuicio del derecho a no contestar a alguna pregunta, si de la misma puede derivarse algún perjuicio material o moral, directo e importante para sí misma. Esta dispensa se derivaría de aplicar analógicamente el art. 418 LECrim que permite a los testigos no contestar a ciertas preguntas para evitar perjuicios, ya a la persona, ya a la fortuna, de alguno de sus parientes cercanos.

7.- Recapitulación

El sistema de responsabilidad por el que ha optado el legislador, aun cuando fundamenta la responsabilidad propia de la persona jurídica en la falta de un sistema de organización y control adecuado para la prevención de delitos y en el incumplimiento de los deberes de supervisión y control de la entidad, sigue partiendo de la realización de un hecho de referencia por parte de determinadas personas físicas, como presupuesto de la responsabilidad de la entidad. Como consecuencia de ello, se establece un sistema de responsabilidad acumulativa, en el cual, la autonomía entre la responsabilidad de la persona jurídica y de las personas físicas que por ella actúan es tan sólo relativa, y el núcleo fáctico común que existe entre ambos objetos procesales implica la necesidad de favorecer, en la medida de lo posible, el enjuiciamiento conjunto de ambos acusados.

⁷⁸¹ TS (Sala 2ª) Acuerdo no Jurisdiccional de 16 de diciembre de 2008 sobre la validez de la declaración en el plenario del coimputado juzgado con anterioridad que acude como testigo al juicio de otro acusado, JUR 2009/45633 disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-16-de-diciembre-de-2008-sobre--Apropiacion-indebiday-deslealtad-profesional--Alcance-del-art-386-2-del-CP--Validez-de-la-declaracion-en-el-plenario-del-coimputado-juzgado-con-anterioridad-que-acude-como-testigo-al-juicio-de-otro-acusado>; Dicho acuerdo, ha sido objeto de aplicación, entre otras muchas, en las siguientes resoluciones: ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) de 18 de mayo 2011, JUR 2011/184268; ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) de 6 de marzo 2013, JUR 2013/110602.

⁷⁸² DÍAZ PITA, Mº. P., *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 398-399.

⁷⁸³ Cfr. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...* ob. cit., p. 299.

⁷⁸⁴ Cfr. LOZANO EIROA, M., *La declaración de los coimputados*, Civitas, Navarra, 2013, p. 262

Hay que tener en cuenta que ambos sujetos responden individualmente, pero por el mismo hecho de referencia, que constituye la conducta típica imputable a la persona física y, al mismo tiempo, presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Como consecuencia de esta coincidencia parcial entre los elementos constitutivos de la responsabilidad de uno y otro sujeto, aun cuando desde una perspectiva jurídica los hechos que se les imputan son distintos, el ligamen entre los mismos es muy fuerte como para desconocerlo por razones de conveniencia, de celeridad o de economía procesal. Así pues, los supuestos de separación de procedimientos, con el consiguiente enjuiciamiento independiente de ambos acusados, han de quedar reducidos a los supuestos en que la acumulación resulta imposible.

Por lo tanto, en mi opinión, el criterio general debe de ser el de enjuiciamiento conjunto, rigiéndose las excepciones por la estricta necesidad de separación. Así pues, sólo en los supuestos en que se permite el enjuiciamiento autónomo de la entidad, ya sea por imposibilidad de individualización, fuga, fallecimiento, ya sea por concurrir una exención que excluya la culpabilidad de la persona física, podrá procederse únicamente contra la entidad, procurando, en el resto de los casos, determinar y asegurar a todas las personas responsables del hecho objeto del proceso, para enjuiciar sus responsabilidades conjuntamente, sin romper la continencia de la causa.

Cuando el enjuiciamiento aislado de la persona jurídica resulta inevitable, se plantean numerosos problemas, dado que el Juez debe pronunciarse sobre hechos protagonizados por un sujeto que no es parte en el proceso. Además, la estrecha conexión entre los hechos que fundamentan la responsabilidad de la persona física y la persona jurídica implica un elevado riesgo de que se dicten resoluciones con pronunciamientos contradictorios. Estos motivos, junto con el resto de razones apuntadas, evidencian que las razones de agilización del proceso no debieran erigirse en fundamentación suficiente para ignorar la fuerte relación de conexidad que descansa en el propio sistema de imputación penal, diseñado por el legislador, para las personas jurídicas.

Capítulo 2. La instrucción de las causas penales seguidas frente a las personas jurídicas

I. Formas de iniciación del procedimiento penal. El principio de legalidad y el principio de oportunidad en las causas criminales seguidas frente a las personas jurídicas

1.- Planteamiento

En principio, el hecho de que el procedimiento se dirija contra una persona física, contra una persona jurídica o contra a ambas, no afecta a su forma de iniciación. Sin embargo, en atención a las dificultades para descubrir e investigar los delitos cometidos en entornos organizacionales, al carácter colectivo del sujeto pasivo del proceso, que viene integrado por una pluralidad de personas, a los daños colaterales que suelen asociarse al enjuiciamiento de ciertas empresas, así como a la titularidad colectiva o difusa de algunos de los bienes jurídicos que pueden lesionar con su actividad delictiva, puede resultar de interés realizar algunas reflexiones sobre el cómo y el cuándo puede o debe iniciarse un proceso penal frente a una persona jurídica así como sobre la conveniencia de introducir criterios de oportunidad en las decisiones de imputación y acusación frente a los entes colectivos.

En este punto, se hace preciso reflexionar sobre la amplitud con que se reconoce la legitimación activa en el proceso penal español, que supone, sin duda, una importante garantía para el principio de legalidad que todavía rige en el ordenamiento jurídico español (arts. 105 LECrim y 3.4 EOMF). Frente a este régimen legal, no faltan autores que aboguen por la introducción del principio de oportunidad en el proceso penal español⁷⁸⁵, esto es, por la atribución al Ministerio Público de poderes discrecionales a la hora de instar o de concluir el proceso penal, lo cual podría conducir, bien la supresión, bien la limitación de la acusación en manos de los ciudadanos⁷⁸⁶.

Estas cuestiones que, en principio, podrían no presentar especialidades en relación con el enjuiciamiento de las personas jurídicas, serán tratadas aquí con el objeto de reflejar y discutir las propuestas de la doctrina que apuestan por introducir criterios de oportunidad en las decisiones de imputación frente a los entes colectivos, aduciendo,

⁷⁸⁵ GIMENO SENDRA, V., “La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1992, pp. 505-527, pp. 517 y ss; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. 6 extra, ejemplar dedicado a la Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas, 1989, pp. 17-56; Del mismo autor, “El principio de oportunidad reglada. Su posible incorporación al sistema del proceso penal español” en AA.VV., *La reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, pp. 287-308, esp. p. 306, donde se afirma que nada se opone a la introducción de un cierto uso de la oportunidad reglada en nuestro sistema, que contribuya agilización del proceso, a las soluciones consensuadas en supuestos en que está ausente el conflicto sociológico de la verdadera criminalidad y en los que los sujetos del tratamiento penal estén ya socializados, permitiendo así una más flexible política criminal; Un estudio sobre el principio de oportunidad y los distintos posicionamiento de la doctrina puede verse en ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, PPU, Barcelona, 1994, pp. 187-202.

⁷⁸⁶ Cfr. MONTERO AROCA, J., *El Derecho procesal en el Siglo XX*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 127.

que, a través de acuerdos pre-procesales, entre el sujeto pasivo y la Fiscalía, que eviten formalizar la persecución penal, podrían lograrse las mismas finalidades de prevención especial pero evitando el estigma que un proceso penal público podría suponer para la imagen de la entidad⁷⁸⁷. A estos efectos, tal y como ocurre en los Estados Unidos⁷⁸⁸, para ofrecer a las personas jurídicas acuerdos que eviten su enjuiciamiento formal, podrían tomarse en consideración factores tales como la gravedad del delito, la omisión del debido control por parte de la entidad, las medidas emprendidas por la misma para autorregularse y prevenir futuros delitos, su voluntad para colaborar con la justicia en el descubrimiento de los delitos cometidos en su seno y, muy señaladamente, los daños colaterales que la persecución penal podría conllevar para los acreedores, los trabajadores o, más generalmente, para la economía nacional. De hecho, las propuestas tendentes a introducir criterios de oportunidad en las decisiones de imputación y acusación frente a las personas jurídicas se deben, posiblemente, a la fascinación que, en ocasiones, produce el sistema americano entre los juristas de tradición continental⁷⁸⁹, así como a la influencia que, indudablemente, ha tenido aquel sistema legal en la criminalización de las personas jurídicas.

En cuanto a la iniciación del proceso penal, cabe señalar que, como regla general, que puede producirse, bien de oficio, o bien a instancia de parte (arts. 303 y 308 LECrim)⁷⁹⁰. La iniciación *ex officio*, esto es, la acordada por el Juez de Instrucción, sin previa petición de parte, constituye un vestigio del antiguo proceso penal inquisitivo, sin regulación legal y cuyo ámbito se limita a aquellos casos en que el Juez recibe la *notitia criminis*, a través de un medio de comunicación o de un hallazgo casual, en el marco de otro procedimiento⁷⁹¹. Dado el limitado ámbito de aplicación de esta forma de iniciación del procedimiento, y en vista de los riesgos que, un entendimiento amplio de la misma podría suponer para el derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley e, incluso, para la imparcialidad del juzgador⁷⁹², lo más habitual será que el procedimiento

⁷⁸⁷ Cfr. BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., pp. 191-192.

⁷⁸⁸ En los Estados Unidos, sucesivos memorándums se han encargado de regular los principios rectores de las decisiones de la fiscalía sobre si presentar cargos o no frente a las personas jurídicas. Actualmente, tales principios de encuentran recogidos en el *U.S. Attorney’s Manual* §§ 9-28.000 a 9-28.1300, que lleva por título “*Principles of federal prosecution of Business Organizations*”, disponible en http://federalevidence.com/pdf/Corp_Prosec/Bus_Pros_DOJ_Guidelines_08.pdf, última consulta 28/07/2015.

⁷⁸⁹ Una acertada crítica al sistema americano y a la introducción del principio de oportunidad, por influencia de aquél, puede verse en MONTERO AROCA, J., *El Derecho procesal en el Siglo...ob. cit.*, pp. 124-127.

⁷⁹⁰ Sobre las formas de iniciación del proceso penal ver PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...ob. cit.*, pp. 206-216.

⁷⁹¹ En este sentido, se pronuncia NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...ob. cit.*, p. 116; Más ampliamente, sobre esta cuestión, destaca la obra del mismo autor *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Bosch, Barcelona, 2001.

⁷⁹² Se puede ver la crítica de NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...ob. cit.*, p. 116, que además pone de manifiesto como esta forma de iniciación del procedimiento penal resulta contraria al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en tanto que el juzgador se autoatribuye el conocimiento de un asunto, sin la necesaria determinación genérica y apriorística de la competencia; Así mismo, en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...ob. cit.*, p. 207, se llama la atención sobre la imposibilidad que el juez-testigo, esto es, quien contempló personalmente la perpetración del hecho, pueda incoar de oficio el proceso por los riesgos para su imparcialidad.

se inicie a instancia de parte, ya sea a través de una denuncia, bien de un particular, bien de la policía, ya sea a través de una querrela presentada por el acusador particular, el acusador popular o la acusación pública que corresponde al MF.

En el caso de la criminalidad de empresa, el hecho de que los delitos se cometan en un entorno cerrado, en ocasiones, con la participación de varios sujetos en la decisión y la acción delictiva, conduce a estudiar ciertas formas de denuncia que cobran especial importancia en el contexto organizativo o empresarial. Así pues, tal y como se verá posteriormente, tanto en el apdo. 3.1 del presente epígrafe, como, posteriormente, en el capítulo 3, al tratar el contenido de los *compliance programs*, al hilo del estudio de la prueba, los sistemas de denuncia interna de las empresas constituyen una parte esencial de sus programas de cumplimiento normativo, en tanto que mecanismos idóneos para prevenir y detectar conductas delictivas en su seno. En este sentido, las específicas dificultades para detectar e investigar los delitos cometidos en entornos corporativos, junto con la idea de la autorregulación como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, conduce a estudiar la figura del *whistleblower*⁷⁹³ o denunciante cívico, como el particular, miembro de una organización, que pone en conocimiento de la autoridad o, en su caso, del órgano de supervisión del modelo de prevención o de otro órgano interno de la entidad constituido a tal fin, la comisión de un supuesto delito en el seno de la misma.

Al hilo del estudio de la figura del *whistleblowing*, surge el problema de las denuncias anónimas, las cuales, si bien no sirven como acto de iniciación de parte de un proceso penal, en tanto que es requisito de validez de las mismas la identificación del denunciante (arts. 266, 267 y 268 LECrim), podrían propiciar, en su caso, la iniciación de una investigación policial, de un procedimiento penal de oficio, si el receptor de la *notitia criminis* es el Juez de Instrucción o, en su caso, de una investigación interna por parte de la entidad, cuando la denuncia es recibida por los órganos de control de la organización. Así mismo, cabe plantearse la posibilidad de que sea la propia persona jurídica implicada la que haga llegar la información sobre la *notitia criminis*, o los resultados de su investigación interna, a la autoridad, autodenunciándose para beneficiarse de las circunstancias atenuantes previstas en el art. 31 quáter a), b) y d) CP.

La otra forma de dar inicio al procedimiento penal es a través de una querrela (arts. 270 y ss. LECrim), esto es, constituyéndose el sujeto-querellante en parte acusadora. En este punto, es posible referir ciertas particularidades relativas a la acusación particular y a la acusación popular que podrían surgir al hilo del nuevo régimen de responsabilidad penal previsto para las personas jurídicas. En relación con la acusación particular, que es la ejercitada por la víctima del delito, se presenta el problema de su determinación, dado el carácter colectivo o difuso de muchos de los bienes jurídicos potencialmente lesionados por la criminalidad que protagonizan las corporaciones. Por otra parte, en cuanto a la acusación popular, es preciso recoger las críticas de la doctrina en torno al reconocimiento de esta posibilidad en las causas seguidas frente a las personas jurídicas, debido a los graves daños colaterales que una acusación infundada podría ocasionar para la entidad.

⁷⁹³ Sobre esta figura, véase un estudio exhaustivo en RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...ob. cit.*

Así mismo, será objeto de análisis en este epígrafe la posibilidad de que la persona jurídica pueda simultanear las posiciones de parte activa y parte pasiva en el marco de un mismo procedimiento penal. En este sentido, la persona jurídica puede ser considerada víctima de un delito y, como tal, tener un interés legítimo en personarse como acusación particular frente a sus representantes o administradores. Mientras que, por el contrario, si se determina que el delito en cuestión fue cometido en beneficio de la organización, y que ésta omitió los controles preventivos adecuados para su evitación, podría resultar coimputada. El problema surge por la posibilidad de que, en determinados casos, no esté claro, *ab initio*, si el delito se cometió en beneficio o en perjuicio de la entidad, circunstancias que vendrían a fundamentar su legitimación como parte pasiva del proceso y como parte acusadora, respectivamente y que, en la práctica, podrían estar necesitadas de prueba.

2.- El principio de legalidad y el principio de oportunidad en los procesos frente a las personas jurídicas

2.1- Introducción. El clásico debate entre los principios de legalidad y de oportunidad

Antes de analizar el quién, el cuándo y el cómo de la decisión de iniciar un proceso penal, se hace preciso determinar los criterios que sirven para decidir si tal proceso debe iniciarse o no. La respuesta a tal cuestión viene determinada por el sistema legal de que se trate, en el que, o bien puede regir el principio de legalidad, como ocurre en España (art. 105 LECrim) o Italia (art. 50.2 CPP italiano), de tal forma que, como norma general, todos los delitos han de ser perseguidos, o bien puede reinar el principio de oportunidad, como ocurre en Francia (art. 40 CPP francés), en los Países Bajos (arts. 167 y 242 CPP holandés) y, en general, en los países de tradición anglosajona⁷⁹⁴, de tal forma que la determinación de proceder frente al presunto culpable de un determinado delito se supedita a una decisión discrecional de la autoridad competente, normalmente ligada a conceptos jurídicos indeterminados, como el interés público en la persecución del ilícito.

El principio de legalidad supone, entre otras cosas, que todos los delitos de los que tenga conocimiento la autoridad deben dar inicio a actuaciones penales, sin que razones de oportunidad, tales como, el interés público en la represión del delito de que se trate, la actitud colaborativa del sospechoso con la Fiscalía o la escasa gravedad de la

⁷⁹⁴ Para un estudio comparativo sobre los distintos sistemas procesales penales europeos, con referencias a la dicotomía principio de oportunidad-principio de legalidad, véase AA.VV., R. Vogler; B. Huber (eds.), *Criminal Procedure in Europe*, Max-Plant-Institut; Dunkler & Humblot, Berlín, 2008; Así mismo, ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y en América. ¿Un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 128-141 y 167-232, donde se refieren las posibilidades de la justicia negociada, tanto en los países de tradición mixta-continental, como en EE. UU. y se ofrece un estudio de las reformas del proceso penal en Italia, Francia, España, Chile, Colombia, Brasil, Argentina y Méjico, con indicaciones sobre la introducción, en tales sistemas jurídicos, del principio de oportunidad.

conducta, sean tomadas en consideración a la hora de iniciar una investigación⁷⁹⁵. Por el contrario, el principio de oportunidad se define como la “*facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio, con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado*”⁷⁹⁶.

La vigencia del principio de legalidad, en el Estado español (art. 305 LECrim), implica que, formalizada una denuncia, la autoridad competente para investigar los delitos, debe proceder a realizar las comprobaciones pertinentes de los hechos denunciados, salvo que no revistan carácter de delito o que sean manifiestamente falsos (art. 269 LECrim). Así mismo, en el momento en que, a través de las pertinentes diligencias de investigación, aparecen sospechas fundadas frente a un determinado sujeto, ya se trate de una persona física, ya de una persona jurídica, es preciso proceder a su imputación, sin que tampoco en esta decisión judicial intervengan razones de oportunidad. Igualmente, el MF, en su decisión de sostener la acusación y de solicitar la apertura del juicio oral frente a un determinado sujeto, debe actuar de acuerdo con el principio de legalidad, de tal suerte que, si entiende que existen indicios suficientes de haberse cometido un delito, debe proceder frente a todos los supuestamente involucrados, salvo que aparezcan exentos de responsabilidad (art. 637.3º LECrim) o no haya motivos suficientes para acusarles (art. 641.2º LECrim), en cuyo caso procederá el sobreseimiento de la causa⁷⁹⁷. Incluso, en el caso de que el MF solicite el sobreseimiento, no existiendo acusación particular personada, el Juez de Instrucción puede, o bien acordar que se haga saber la pretensión del MF a los directamente ofendidos o perjudicados para que comparezcan a defender su acción si lo consideran oportuno, o bien remitir la causa al superior jerárquico del fiscal para que resuelva si procede o no sostener la acusación (arts. 642, 643 y 644 en el procedimiento ordinario y art. 782.2 LECrim en el abreviado). Así pues, en principio, las decisiones sobre la iniciación de una investigación, la imputación del sospechoso, la formalización de su condición de encausado o procesado, su acusación y la apertura del juicio oral en su contra, son actuaciones ajenas a consideraciones sobre la conveniencia o la oportunidad de tal proceder, constituyendo actividades regladas de obligada observancia para las autoridades encargadas de perseguir los delitos públicos.

Por el contrario, en los Estados Unidos, sistema jurídico estudiado aquí por su larga tradición en lo que a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere, rige el principio de oportunidad, según el cual, los fiscales, aunque guiados por ciertas directrices orientativas, gozan de un amplio poder discrecional para decidir si presentar cargos o no por un determinado delito, qué cargos, si es que la conducta encaja en

⁷⁹⁵ En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley* (1951)...ob. cit., p. 250, sostiene que el principio de legalidad, al que se refiere como el principio de obligatoriedad de la acción penal, implica que “*los funcionarios del MF están obligados al ejercicio de la acción por todos los hechos constitutivos de delito conforme a la ley penal sustantiva que lleguen a su conocimiento, sin que puedan eximirles de esa función razones de oportunidad o conveniencia*”.

⁷⁹⁶ GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1457, pp. 1287-1306, p. 1291, disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344064221?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>, última consulta 30/05/2015. También publicado en *Poder Judicial*, núm. Extra 2, 1988 (Ejemplar dedicado a: Justicia penal), pp. 31-52, p. 34.

⁷⁹⁷ Las causas de sobreseimiento son idénticas en el procedimiento abreviado por remisión expresa del art. 782.1 LECrim.

varios tipos delictivos, y contra qué sujetos⁷⁹⁸. Tales criterios orientadores se refieren a razones de interés público en la persecución de ciertos delitos en detrimento de otros, lo que a veces conduce a dejar de perseguir ciertas infracciones consideradas menos graves y, desde luego, impregna la persecución penal de un cariz político. Así mismo, se toman en consideración las posibilidades de resocialización del supuesto responsable, que se hacen depender de circunstancias, tales como la reincidencia u otros aspectos de su personalidad, que denoten peligro de reiteración delictiva y se valora la actitud colaborativa del sujeto con la Administración de Justicia, reconociendo su culpa, esforzándose en reparar el daño y en compensar a las víctimas⁷⁹⁹. En este contexto, también para las personas jurídicas, se han dictado directrices específicas, que guían a los fiscales en sus decisiones de imputación, a las que se hará referencia más adelante⁸⁰⁰.

El hecho de que los fiscales en los Estados Unidos gozan de un enorme poder discrecional resulta innegable⁸⁰¹. Sin duda, de tal sistema se derivan ciertas inquietudes relativas, por ejemplo, a la desigual aplicación de la ley penal en supuestos análogos, a la imprevisibilidad de las decisiones de imputación, a la falta de transparencia de la dinámica negociadora entre los sospechosos y las autoridades policiales y fiscales, que puede conducir a abusos y coerciones, a la desjudicialización en la aplicación del Derecho Penal o a la hipervaloración de la confesión inculpatoria, que muchas veces es la única prueba de cargo⁸⁰². Además, este poder discrecional provoca que la mayoría de

⁷⁹⁸ En aquel país, el principio de oportunidad tiene su reflejo legal Ver la regla 11 *Federal Rules of Criminal Procedure* y en las directrices que guían a los fiscales a la hora de decidir si presentar cargos por un presunto delito o frente a un sospechoso se encuentran recogidas en el *U.S. Attorneys' Manual*, disponible en http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/. Sobre la discrecionalidad de la Fiscalía norteamericana, afirma McDONALD, W. F., "The Prosecutor Domain", en AA.VV., W. F. McDonald (ed.), *The prosecutor*, Sage Publications, Beverly Hills, Londres, 1979, pp. 15-51, p. 29, la gran expansión de las facultades discrecionales de los fiscales estadounidenses responde a la generalización de las negociaciones entre el acusado y la fiscalía (*plea bargaining*), dinámica por la que se resuelven la mayor parte de los asuntos penales en aquel país a través de la cual el acusado reconoce su culpabilidad y, a cambio, el Fiscal reduce los cargos, la petición de pena o, incluso, renuncia a presentar ciertos cargos. Sobre el *plea bargaining* se puede ver un exhaustivo estudio en lengua castellana en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, pp. 27-118.

⁷⁹⁹ Cfr. con las directrices contenidas en el *U.S. Attorneys' Manual*, disponible en http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/, que pretende guiar a los fiscales en sus decisiones de si presentar cargos o no por un determinado delito; Se puede ver, un análisis más exhaustivo de tales circunstancias en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada...ob. cit.*, pp. 71-73.

⁸⁰⁰ De hecho, han sido varios los Memorándums que, desde 1999 hasta la actualidad, han tratado de orientar y unificar la actuación de la Fiscalía en este ámbito. Así pues, en 1999 se publicó el Holder Memo, titulado "*Federal prosecution of corporations*". Posteriormente, el 20 de enero del año 2003, aquel memorándum inicial se actualizó con la declarada intención de examinar más a fondo la autenticidad de la cooperación empresarial dando lugar al Thomson Memo, un texto intitulado "*The Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*". En el año 2006, aquel texto fue sustituido por el McNulty Memo, con el mismo título, pero algo más respetuoso con el derecho de defensa de las corporaciones y, en particular, con el sagrado privilegio abogado-cliente, cuya renuncia, con los anteriores textos, se había convertido casi en *conditio sine qua non*, para mostrar una actitud colaborativa con la Fiscalía y evitar así una acusación formal. Finalmente, el 28 de agosto de 2008 se dictó el Filip Memo que, a pesar de no ser vinculante, es la guía con que cuentan, actualmente, los fiscales estadounidenses para decidir si presentar cargo o no frente a una corporación.

⁸⁰¹ VANEK, D., "Prosecutorial discretion", *Criminal Law Quarterly*, vol. 30, 1988, pp. 219-237.

⁸⁰² Estas y otras críticas son referidas y analizadas en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada...ob. cit.*, pp. 95-107.

los delitos no lleguen a juicio, sino que se resuelvan a través de acuerdos entre la Fiscalía y los acusados, lo que trae como consecuencia un sistema de justicia penal impregnado de un peculiar carácter negocial, en el que los acusados renuncian a sus derechos, y en particular a su derecho de defensa⁸⁰³, con el fin de alcanzar un acuerdo ventajoso para sus intereses o para lograr la lenidad de su condena, lo que se ha dado en llamar la cultura de la renuncia (“*culture of waiver*”)⁸⁰⁴.

En términos generales, cabe señalar que el principio de oportunidad, al tomar en consideración criterios ajenos a la gravedad del hecho y al grado de culpabilidad del presunto autor del mismo, como podrían ser su actitud cooperativa y, en general, su comportamiento posdelictivo, su supuesta peligrosidad criminal o, en el caso de las personas jurídicas, su potencial económico o su número de trabajadores, como factores a tener en cuenta a la hora de determinar los posibles daños colaterales que su enjuiciamiento podría acarrear a terceros inocentes, puede conducir a situaciones discriminatorias en las que dos sujetos, con una participación similar en el mismo delito, reciban un tratamiento legal distinto⁸⁰⁵. Por el contrario, el principio de legalidad, vendría a garantizar que todo sujeto que comete un delito es juzgado de acuerdo con su culpabilidad personal, lo que parece respetar, en mayor medida, los principios de igualdad y de seguridad jurídica, aun cuando en atención a su conducta posdelictiva y a las necesidades de prevención especial pueda modularse su pena⁸⁰⁶. En este sentido, la obligación de perseguir todos los delitos, y la consiguiente ausencia de discrecionalidad en las decisiones de la Fiscalía, podría resultar útil para evitar discriminaciones en la iniciación del proceso, así como para prevenir las excesivas presiones a las que se ve sometido el sujeto investigado para reconocer su culpabilidad, colaborando con la acusación en su propia condena, a cambio de lenidad.

Ahora bien, el principio de oportunidad también presenta ciertas ventajas. En primer lugar, da lugar a una justicia más flexible, que permite, en mayor medida, atender a las particularidades de cada individuo y a sus posibilidades de rehabilitación y de

⁸⁰³ Así entiende, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, pp. 129-130, que, mediante la conformidad, el acusado renuncia a su derecho de defensa o, más bien, “a los actos posteriores del juicio en que aquel habría de manifestarse mediante la actividad de su defensor o la personal suya, o mediante la producción de pruebas”.

⁸⁰⁴ Sobre la cultura de la renuncia de derechos, en general, se puede ver MAZZONE, J., “The Waiver Paradox”, *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, Issue 2, 2002-2003, pp. 801-878; En particular, en los casos de responsabilidad penal de empresas HENRY, O. M., “Privilege? What Privilege? Culture of Waiver in the Corporate World”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 20, núm. 3, verano 2007, pp. 679-694.

⁸⁰⁵ Estas violaciones del principio de legalidad se observan, con toda su crudeza, en el sistema estadounidense, en el que la discrecionalidad de los fiscales conduce, en ocasiones, a tratar discriminatoriamente a sujetos con idéntica responsabilidad criminal y discrimina a aquellos que deciden ir a juicio frente a los que reconocen tempranamente su culpabilidad. Sobre estos inconvenientes del *plea bargaining* se puede ver RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada*...ob. cit., pp. 96-97 y 101-104; Ahora bien, justo es reconocer que, en el Estado español, tales riesgos de discriminación se vería atenuados por estar sometido el MF a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica, así como a los de legalidad e imparcialidad (art. 2.1 EOMF).

⁸⁰⁶ Como advierte MONTERO AROCA, J., *El Derecho procesal en el Siglo...*ob. cit., p. 27, el “llamado principio de oportunidad no atiende a aumentar las facultades de los órganos jurisdiccionales, ni en la persecución de los delitos, ni en la determinación de la pena, ni en su ejecución. Se pretende todo lo contrario, limitar los poderes de los órganos jurisdiccionales, fortaleciendo al Ministerio Público”.

resocialización. En este sentido, sostiene GIMENO SENDRA que “*el fundamento del principio de oportunidad no hay que encontrarlo ni en la lenidad, ni en la arbitrariedad, sino en razones de utilidad o interés social*”⁸⁰⁷. Además, este principio supone una clara ventaja en términos de ahorro de recursos públicos y de economía procesal, acelerando ostensiblemente, los tiempos de finalización de los procesos, lo cual, mediatamente, conduciría a agilizar la pronta reparación de la víctima. Así pues, la no necesidad de perseguir todos los delitos que se cometen, permite a los Estados establecer prioridades en la persecución penal, de tal forma que los recursos públicos, de carácter evidentemente limitado, puedan concentrarse en aquellas conductas que la política criminal estatal considera más graves o necesitadas de represión⁸⁰⁸. Igualmente, la posibilidad de poner fin al proceso a través de acuerdos y conformidades supone un enorme ahorro de recursos, en términos de tiempo y dinero. De hecho, uno de los principales argumentos que se esgrimen para introducir criterios de oportunidad en la persecución penal suele ser el economicista, esto es, el de descongestionar la justicia penal⁸⁰⁹.

Por otra parte, los críticos con el principio de legalidad entienden que el objetivo de perseguir todos los delitos que se cometen resulta utópico, por lo que la limitación de los recursos públicos exige establecer prioridades⁸¹⁰. Así pues, según esta corriente doctrinal, ante la imposibilidad práctica de perseguir todos los hechos punibles, en aquellos Estados en que rige el principio de legalidad existe, *de facto*, una selección de los delitos por los que se procede, con el inconveniente de que los criterios para tal elección no están expresamente previstos en la ley⁸¹¹. En este sentido, resulta llamativo que, en el Estado español, a pesar de regir con fuerza el principio según el cual todos los delitos han de ser perseguidos, haya habido, hasta el momento, tan pocas decisiones de imputación y de procesamiento frente a las personas jurídicas⁸¹², y aún menos de

⁸⁰⁷ GIMENO SENDRA, V., “La reforma del proceso penal en el actual...ob. cit., p. 517.

⁸⁰⁸ Desde este punto de vista, PINTOS, J.; PASTOR PRIETO, S., “La economía y el derecho: una colaboración difícil pero provechosa”, *Revista de Economía*, núm. 13, 1992, pp. 96-100, p. 99, consideran conveniente, mediante el establecimiento de sistemas de conciliación entre el MF y el acusado, el “*liberar recursos de casos menos graves o de condenas más dudosas para su ulterior aplicación a casos más graves*”.

⁸⁰⁹ En este sentido, tal y como señala RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada*...ob. cit., p. 73, en Estados Unidos los costes monetarios derivados de composición del jurado o de la comparecencia de testigos, así como los derivados del tiempo que tendrían que emplear los jueces, fiscales y el resto del personal al servicio de la Administración de Justicia, también son factores a tener en cuenta a la hora de decidir si ofrecer un acuerdo al sujeto investigado o no.

⁸¹⁰ Así pues, afirma CHIAVARIO, M., “Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell’azione penale”, en *Scritti in onore di Constantino Mortati*, IV, Milano, 1977, pp. 82 y ss., esp. p. 111, que en pro del principio de oportunidad juega el hecho de que en España, como en otros países de nuestro entorno, es constatable la falta de una plena vigencia del principio de legalidad.

⁸¹¹ En esta línea, SANTANA VEGA, D. M., “Principio de oportunidad y sistema penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994, pp. 105-136, p. 119, advierte que el principio de legalidad genera la denominada “discrecionalidad del MF”, en virtud de la cual se decide si ejercitar o no la acción penal, teniendo en cuenta el material probatorio de que se dispone, la trascendencia social del hecho y las posibilidades de éxito de la acción. Sin embargo, para esta autora, la solución no pasaría por introducir el principio de oportunidad que conduciría, en su opinión, a sustituir la discrecionalidad por la pura arbitrariedad.

⁸¹² Sin ánimo de exhaustividad, cabe señalar, las siguientes resoluciones aplicando el nuevo régimen de responsabilidad de las personas jurídicas, decidiendo sobre su imputación y/o procesamiento: AJCI, núm. 6, de 11 de octubre de 2011, Rec. 19/2011, que fue el primer auto de procesamiento frente a varias personas jurídicas que traficaban con droga, simulando operaciones de comercio internacional (Ver, sobre esta resolución, NEIRA PENA, A. M^a, “Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas:

condena⁸¹³, cuando la reforma legal lleva ya más de cuatro años en vigor. Quizás sea por la abrupta novedad que la reforma ha supuesto para los operadores del orden jurisdiccional penal, por las inseguridades jurídicas que plantea la regulación o por la tardanza en aprobar la correlativa reforma procesal, pero lo cierto es que resulta extraño que haya habido tan pocos procesos penal frente a personas jurídicas, si se toma en consideración que el principio de legalidad obliga a perseguir todos los delitos y a todos los potencialmente responsables. Por lo tanto, o bien, ingenuamente, se acepta que, efectivamente, en estos años, casi no se han desarrollado conductas que encajen en el modelo de responsabilidad previsto en el art. 31 bis CP y concordantes, o bien es preciso asumir que, *de facto*, la Fiscalía no procede frente a todas las personas jurídicas que incurren en responsabilidad penal.

El debate entre principio de oportunidad y principio de legalidad se puede considerar ya clásico⁸¹⁴. Tal y como se acaba de señalar, ambos principios presentan ventajas e inconvenientes por lo que, en el panorama comparado, no se encuentran soluciones unánimes a tal disyuntiva. Así pues, mientras los países del *Common Law*, junto con Francia y Bélgica, son sistemas en los que rige el principio de oportunidad, en la mayor parte de los países de tradición continental, reina el principio de legalidad. Lo que se pretende aquí no es reflexionar sobre las ventajas o desventajas de uno y otro sistema, lo cual excedería del objeto de este trabajo, sino determinar si, tal y como apunta parte de la doctrina⁸¹⁵, en la persecución penal de las personas jurídicas, se agudizan las ventajas del principio de oportunidad. Esto es, si, efectivamente, el enjuiciamiento de las personas jurídicas presenta especificidades que justifican la introducción del principio de oportunidad en las decisiones de persecución penal o si, por el contrario, el enjuiciamiento de las personas jurídicas se emplea, únicamente, como excusa para

comentario del Auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN^o, *Diario La Ley*, 7768, 3 de enero de 2012); AAN (Sala de lo Penal, Sección 4^o) núm. 260/2014, de 17 de diciembre, ARP 2014\1700, confirmando la imputación de una sociedad mercantil estatal por delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales, contra la Hacienda Pública y blanqueo de capitales; AAN (Sala de lo Penal, Sección 2^o), de 19 de mayo de 2014, DD.PP. 26/2012, en el que se reflexiona sobre los criterios de imputabilidad de las personas jurídicas que tienen por actividad principal la comisión de ilícitos penales (Se pueden ver, sobre esta resolución, los siguientes comentarios: GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal...ob. cit.; NEIRA PENA, A. M^a”, “Reseña al auto de la de la Sala...ob. cit., pp. 300-302); AJCI núm. 5, de 20 de febrero de 2014, ARP 2014\41, en el que se decidió la imputación del Fútbol Club Barcelona por un delito de fraude fiscal.

⁸¹³ En cuanto a las sentencias condenatorias, cabe destacar que, en primera instancia, se han dictado algunas por faltas (ver, por todas, SJI núm. 2 de Marchena, de 10 de octubre de 2012), que han sido revocadas en segunda instancia (en este caso, por la SAP Sevilla (Sección 4^a, Penal), núm. 562/2013, de 5 noviembre, ARP 2013\1367), dado que el CP no prevé la responsabilidad de las personas jurídicas por faltas, sino únicamente por ciertos delitos; Así mismo, resulta destacable la SAP de Barcelona, de 19 de febrero de 2014, que condena a una Sociedad de Responsabilidad Limitada por un delito contra el medioambiente, consistente en la producción de ruidos ambientales por un bar y la SAP de Madrid (Sección 3^a) núm. 742/2014, de 17 diciembre, JUR 2015\58575, que condenó a una sociedad mercantil y a su administrador por delito de estafa, siendo, recientemente, revocada esta resolución por el TS (STS (Sala 2^a, Sección 1^a) núm. 514/2015, de 2 de septiembre, JUR 2015\224389).

⁸¹⁴ Una síntesis del debate sobre la posibilidad de introducción del principio de oportunidad al sistema de enjuiciamiento criminal español desarrollado durante las décadas de los ochenta y noventa en la doctrina española se puede ver en AA.VV., *La reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, pp. 275-406.

⁸¹⁵ En esta línea, se pronuncia, entre otros, GIMENO BEVIÁ, J., “La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de *compliance* en el proceso penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8437, 9 de diciembre de 2014.

reiterar las tradicionales ventajas y argumentos alegados por los defensores de tal principio. A tal fin, se hace necesario analizar los fundamentos que se esconden detrás de ambos principios.

Lo cierto es que, en el caso de las personas jurídicas, quizás por influencia del sistema americano, o quizás por la extendida idea de que el fundamento de la responsabilidad de las mismas, no se fundamenta tanto en una finalidad retributiva, sino más bien en incentivar su autorregulación, una parte de la doctrina demanda la introducción de criterios de oportunidad en las decisiones de imputación y acusación⁸¹⁶. En este sentido, se propone que, a semejanza de lo que ocurre en los Estados Unidos, las personas jurídicas puedan evitar su imputación, y los daños colaterales y reputacionales asociados a la misma, cuando hayan implementado o se comprometan a implementar un programa de organización y gestión adecuado para prevenir las conductas delictivas de naturaleza similar a aquella que presuntamente se han perpetrado en su seno y, además, hayan reparado a las víctimas, argumentando que, en tal caso, los perjuicios económicos y sociales derivados de la imputación de la entidad no se verían compensados por el escaso interés público que presentaría su persecución penal⁸¹⁷.

2.2.- Las ventajas y desventajas del principio de oportunidad en los procesos frente a las personas jurídicas

2.2.1.- Ventajas del principio de oportunidad en las causas seguidas frente a las personas jurídicas

2.2.1.1.- Evitación de los daños colaterales y reputacionales

Uno de los argumentos que podrían emplearse para defender la introducción del principio de oportunidad en las causas seguidas frente a las personas jurídicas es el afán por evitar o minimizar los daños colaterales que, supuestamente, produciría la mera imputación de una persona jurídica. La presentación de cargos o la formalización de un proceso frente a un ente colectivo, especialmente cuando se trata de una sociedad cotizada, podrían provocar daños irreparables para el posicionamiento de la misma en el mercado, aun cuando el proceso acabase con una absolución. En este sentido, se hace referencia a los perjuicios tanto económicos, como sociales, que se derivarían de la mera imputación⁸¹⁸ y que podrían medirse en términos de daño a su imagen corporativa y a su reputación, caída del precio de sus acciones, interrupción de sus ingresos, problemas para obtener financiación, pérdida de clientes etc.

⁸¹⁶ GIMENO BEVIÁ, J., “La apuesta por el principio de oportunidad...ob. cit., según quien, de *lege ferenda*, sería necesario establecer criterios de oportunidad en el proceso penal frente a las personas jurídicas; Del mismo autor *El proceso penal de las personas...*ob. cit., pp. 182-188.

⁸¹⁷ Cfr. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., pp. 182-188.

⁸¹⁸ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., pp. 182-183.

Para entender esta problemática, resulta paradigmático, el caso de la auditora Arthur Andersen, que quebró tras su acusación y condena en un proceso penal. Esta entidad, una de las cinco grandes sociedades de auditoría estadounidenses, fue señalada como cómplice de la estructura contable fraudulenta que contribuyó a la caída de Enron, empresa energética para la que Andersen trabajaba como auditora externa. A finales de 2001 David Duncan, empleado de la auditora, y encargado de la contabilidad de Enron, mandó a sus empleados destruir toneladas de documentación potencialmente incriminatoria. Tras reconocer la destrucción de documentos, en noviembre de 2001, la Fiscalía americana ofreció un acuerdo a la auditora en el que debía de reconocer su culpabilidad por la infracción cometida, pero ésta, que ya había visto muy dañada su reputación por anteriores escándalos legales, lo rechazó. Consecuentemente, en marzo de ese mismo año, fue acusada de obstrucción a la justicia y condenada en juicio por un jurado popular⁸¹⁹. Posteriormente, la Corte Suprema absolvió a la entidad por entender que el Jurado había recibido instrucciones inadecuadas que anulaban su veredicto⁸²⁰. Sin embargo, esta reversión de su condena no pudo hacer nada para resucitar al gigante contable, cuyos clientes habían salido huyendo en masa y cuya desaparición del mercado supuso la pérdida de cerca de 30.000 puestos de trabajo.

Este caso supuso un punto de inflexión en la doctrina americana, en la política criminal del Gobierno y en la práctica de los fiscales, en lo relativo a la forma de enfrentar los crímenes corporativos⁸²¹. Desde entonces, el fenómeno consistente en que una entidad desaparezca o sufra un bloqueo económico-financiero que conduzca a su expulsión del mercado a causa de la formalización de una acusación penal se ha dado en llamar efecto Andersen o “*death by indictment*” (es decir, “muerte por acusación”). El miedo a que esto ocurra, se ha extendido, enormemente, en la sociedad y en la doctrina americana, a raíz del caso Arthur Andersen⁸²², llegando a afirmarse que una acusación formal, anterior a cualquier juicio, normalmente resulta en la muerte de cualquier negocio, por

⁸¹⁹ MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, núm. 15, pp. 797-842, pp. 804-806.

⁸²⁰ Véase, en este sentido, *Arthur Andersen LLP v. United States*, 544 U.S. 696, 706-708 (2005), sosteniendo que el Jurado no había recibido instrucciones correctas sobre el *mens rea* requerido para probar la comisión de un delito de obstrucción a la justicia.

⁸²¹ Así, MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth...ob. cit., p. 800-807, sugiere que el colapso de Arthur Andersen, tras su acusación en marzo de 2002 y su condena en junio de ese mismo año, junto con la campaña publicitaria orquestada por la entidad, avivaron las críticas y las preocupaciones en torno a los daños colaterales que una mera acusación puede provocar, llegando a acabar con una gran corporación, con lo que ello supone en términos de destrucción de empleo y pérdidas para los inversores. Tales críticas provocaron, según el autor, un giro en la política criminal del Gobierno frente a las corporaciones, optando por el uso de los controvertidos DPAs para evitar así la acusación formal de las grandes empresas; Asimismo, ELIASON, R. D., “We need to indict them. Prosecution Agreements won’t deter enough corporate crime”, *Legal Times*, Vol. XXXI, núm. 38, 22 de septiembre de 2008, pp. 1-2, señala que la actual aversión por presentar cargos frente a las corporaciones se remonta a la caída de Arthur Andersen.

⁸²² En este sentido, MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth...ob. cit., p. 800, afirma que la creencia de que las persecuciones penales suponen una “pena de muerte corporativa” ha sido increíblemente amplificada por el colapso de Arthur Andersen LLP, auditora de la empresa Enron, que fue condenada por obstrucción a la justicia después de destruir toneladas de documentos potencialmente incriminatorios días previos al estallido de Enron; En la misma línea, ELIASON, R. D., “We need to indict them...ob. cit., pp. 1-2, afirma que el recuerdo de Andersen ha llevado a exagerar el supuesto efecto destructivo que una condena penal puede tener para un negocio.

medio del daño reputacional en el mercado y por el daño a los intereses financieros de sus inversores y accionistas⁸²³.

Además de los daños directamente provocados a los intereses económicos y financieros de la entidad, ya sea través de la pérdida de clientes, de su posicionamiento en el mercado, de las decisiones de desinversión de sus socios o del bloqueo de su financiación, también es preciso valorar, en este punto, las consecuencias que tal deriva de la entidad podría tener para terceros ajenos a la dinámica delictiva que se relacionen con la misma, tales como, los acreedores, proveedores, clientes, pequeños accionistas y, muy especialmente, los trabajadores, como sujetos económicamente dependientes de aquélla. En este sentido, se afirma que la acusación formal de la persona jurídica podría implicar perjuicios irreparables para la organización y para los grupos de interés que se relacionan con ella, los denominados *stakeholders*⁸²⁴.

En España, aunque la imputación no equivale a un juicio de acusación, su trascendencia pública sugiere que, aquellos autores excesivamente preocupados por los daños colaterales que la publicidad del proceso penal podría provocar a la entidad, abogarán por adelantar a un momento previo a la imputación juicios impropios de tal estadio procesal, en orden a eludir la difusión pública de la *notitia criminis* o de las supuestas actividades delictivas en las que aparezca implicada la entidad, evitando, por consiguiente, la mala publicidad para su reputación⁸²⁵. La solución podría pasar por exigir una mayor solidez de los indicios precisos para imputar a las personas jurídicas, evitando su imputación con base en meras sospechas de haber incurrido en responsabilidad penal y reservando su efectivo enjuiciamiento sólo para los supuestos más graves y flagrantes⁸²⁶. Así mismo, introduciendo ciertas dosis de oportunidad en las

⁸²³ En este sentido, sostiene SENKO, M., "Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 19, núm. 1, 2009, pp. 163-194, p. 164, citando a WRAY, C. A.; HUR, R. K., "The power of the corporate charging decisions over corporate conduct", *Yale Law Journal Pocket Part*, núm. 116, 2007, pp. 306 -311, p. 306, que indictment alone, prior to any litigation, usually results in the death of any business entity by means of reputational damage in the marketplace and damage to the financial interests of its shareholders and investors".

⁸²⁴ Término introducido en el lenguaje de la estrategia, de la ética empresarial y de la responsabilidad social corporativa a partir de la obra FREEMAN, R. E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984, para referirse a "quienes pueden afectar o son afectados por las actividades de una empresa".

⁸²⁵ En este sentido, se pronuncia GIMENO BEVIÁ, J., "La apuesta por el principio de oportunidad...ob. cit., para quien sería preciso evitar la celebración del juicio oral, pudiendo alcanzarse en el interés de la justicia con menos costes para el Estado y menos perjuicios para la persona jurídica, a través de acuerdos previos a esa etapa procesal; En la misma línea, BANACLOCHE PALAO, J., "La imputación de la persona jurídica... ob. cit., pp. 191-192, se refiere a la posibilidad de introducir en el futuro soluciones que permitan evitar la formalización de la persecución penal de la persona jurídica, a través de acuerdos con el MF, para evitar así la estigmatización derivada de la imputación y el daño a la imagen de la corporación, pero sin renunciar al castigo, con el consiguiente efecto de prevención especial que prevenga la reincidencia de la entidad; En los Estados Unidos, tal y como se indicó *ut supra*, muchos autores se hacen eco de las devastadoras consecuencias que para la imagen e, incluso, para la continuidad en el mercado de ciertas corporaciones, puede tener la mera presentación de cargos en su contra. Ver, en este sentido, SENKO, M., "Prosecutorial Overreaching in Deferred...ob. cit., p. 164; WRAY, C. A.; HUR, R. K., "The power of the corporate charging decisions...ob. cit., pp. 306 y ss.

⁸²⁶ En esta línea, la FGE, Circular 1/2011, pp. 96-97, hace un llamamiento a los Sres. Fiscales para que sean especialmente diligentes al evaluar y emitir informes en relación con la admisión e inadmisión de querrelas cuando se dirijan a sociedades cotizadas, entidades financieras y de seguros, o empresas de cualquier sector que cuenten con plantilla.

decisiones de imputación de las personas jurídicas, se permitiría buscar soluciones pre-procesales negociadas, entre la fiscalía y las corporaciones, que evitarían el estigma de la persecución penal, el daño reputacional, difícilmente cuantificable en términos económicos, y los daños colaterales, que en el plano socio-laboral podría suponer la mera imputación de una gran empresa⁸²⁷. En este sentido, se afirma que la imputación encierra una sanción en sí misma, debido a los daños económicos y sociales que puede provocar a la entidad, por lo que resulta indispensable la disposición de la pretensión penal por parte de la acusación pública⁸²⁸.

Con la entrada en vigor de la última reforma de la LECrim⁸²⁹, el panorama cambia, sustancialmente, en este punto. En primer lugar, porque se diferencia entre las figuras del investigado y del encausado de tal forma que, el sujeto pasivo del proceso goza, con plenitud, del derecho de defensa, desde el inicio de la instrucción, cuando se formaliza la investigación frente a él, pero, sin embargo, no adquiere la condición de encausado hasta que, finalizada la instrucción, se determina que existen indicios racionales de criminalidad contra él y se procede, por lo tanto, a imputarle, formalmente, aunque de forma presunta, participación en el delito. De esta forma se pretende reservar el estigma inherente a la condición de imputado para el nuevo encausado, contra el que concurre indicios sólidos de responsabilidad.

Por otra parte, el novedoso proceso por aceptación de decreto, que se regula en los arts. 803 bis a) y ss. LECrim, permite terminar el proceso por acuerdo entre el sujeto pasivo y el MF, una vez iniciadas las diligencias pre-procesales de la Fiscalía y antes de que finalicen las diligencias previas, aun cuando el sujeto pasivo no haya sido todavía llamado a declarar en calidad de investigado, con lo que se introduce la posibilidad de llegar a un acuerdo pre-procesal, siempre y cuando el MF entienda que la única pena aplicable es la de multa. Por esta vía, podrían incentivarse las soluciones negociadas, evitando la formalización de la investigación frente a la persona jurídica que se aviene al acuerdo ofrecido por el fiscal.

Por último, cabe señalar que, en los Estados Unidos, el criterio de los daños colaterales, es uno de los expresamente previstos en las Directrices de la Fiscalía para decidir si presentar cargos frente a una determinada corporación o no⁸³⁰. Aunque la propia guía señala que, en la mayoría de los casos, ningún factor, individualmente considerado, debiera ser determinante, lo cierto es que, seguramente, por miedo al referido efecto *death by indictment*, los daños colaterales ocupan una posición preeminente en las decisiones de la fiscalía de no presentar cargos o de ofrecer a las corporaciones acuerdos de diferimiento de la persecución penal (*Deferred Prosecution Agreements*, más conocidos por sus siglas DPAS) o acuerdos de no persecución penal (*Non-Prosecution Agreements* o NPAS).

⁸²⁷ GIMENO BEVIÁ, J., “La apuesta por el principio de oportunidad...ob. cit.

⁸²⁸ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., pp. 183.

⁸²⁹ L.O. 13/2015, de 5 de octubre.

⁸³⁰ Apdo. 9.28.900 de los “*Principles of Federal Prosecutions of Business Organizations*”, ya citado previamente.

2.2.1.2.- Fomento de la autorregulación y de la implementación de programas de cumplimiento normativo

Aquellos autores que entienden que la responsabilidad penal es, en realidad, un mecanismo para incentivar la autorregulación por parte de las personas jurídicas⁸³¹, argumentan que la entidad que se autorregula adecuadamente, es decir, que adopta programas de cumplimiento adecuados para prevenir delictivas y promover el respeto de la legalidad en su seno, así como para investigar eventuales vulneraciones de la ley que cometan sus miembros, pone de manifiesto que cuenta con una cultura empresarial adecuada y, por lo tanto, debe quedar exenta de responsabilidad, en tanto que habrá acatado los deberes que corresponden a un ciudadano corporativo cumplidor de la legalidad⁸³². En este mismo sentido, se argumenta que no cabe atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica que ha adoptado las medidas de control exigibles, conforme a criterios constatables desde una perspectiva *ex ante*⁸³³.

En línea con lo anterior, si se entiende que la entidad que cuenta con programas de cumplimiento eficaces para prevenir delitos no incurre en responsabilidad, parece adecuado que, tras las pertinentes comprobaciones sobre la existencia y la vigencia de tales programas, la persona jurídica resulte absuelta. Ahora bien, constatar todos los requerimientos que exige la ley para que la entidad pueda quedar exenta de responsabilidad y valorar si, efectivamente, la organización actuó diligentemente para la evitación de conductas de la naturaleza de aquella que presuntamente se ha perpetrado en su seno, requiere realizar un valoración compleja de su gestión, de su organización, de las circunstancias en que se cometió el delito, de las responsabilidades individuales dimanantes del mismo etc. Por eso, considero, tal y como se tratará de argumentar con mayor detenimiento en el epígrafe II, apdo. 2 de este capítulo, que tal juicio jurisdiccional, difícilmente, podrá adelantarse al inicio de la instrucción ni realizarse sin haber dado entrada como parte en el proceso, cuando menos, en calidad de “investigado”, a la persona jurídica.

Algunas de las circunstancias que deben acreditarse para que la entidad quede exenta de responsabilidad, de acuerdo con la nueva regulación contenida en el CP tras la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, serían la autonomía del órgano de control encargado de supervisar el funcionamiento del sistema de prevención, la suficiencia del ejercicio de las funciones de vigilancia y control debido sobre los miembros de la entidad, la actuación fraudulenta y elusiva de los controles de la entidad por parte de los autores del delito si ocupaban cargos apicales o la adecuación del modelo de gestión de recursos financieros para prevenir la comisión de delitos, entre otros (arts. 31 bis apdos. 2, 4 y 5). Pues bien, atendiendo a la complejidad y a la precisión con que la ley regula tal exención de responsabilidad, cabe prever que, en la mayoría de los casos, será necesario practicar prueba sobre tales elementos para que puedan resultar acreditados, salvo que la entidad consiga atestiguarlos, de forma suficiente e indubitada, durante la

⁸³¹ En este sentido, se pronuncia, entre otros, NIETO MARTÍN, A; *La responsabilidad penal de las...ob. cit.*, pp. 81-84.

⁸³² Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit.”, pp. 111-115.

⁸³³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.”

instrucción, haciendo innecesaria la celebración del juicio oral. En definitiva, sin principio de oportunidad, ante la sospecha de haberse cometido un delito en el seno de una entidad imputable, la formalización de la acusación puede resultar inevitable.

En cualquier caso, si terminada la instrucción, se desprende, claramente, del material recopilado, que la entidad ha puesto toda la diligencia debida en la evitación del delito y que ha cumplido con todos los requisitos que el CP exige para que quede exenta de responsabilidad, la defensa de la entidad o, incluso, el MF, como garante de la legalidad, deberían solicitar el sobreseimiento libre (art. 637.3º LECrim)⁸³⁴. Pero esto nada tiene que ver con una renuncia a la acción penal, que es esencialmente irrenunciable en el caso de los delitos públicos (art. 106 LECrim), sino más bien con la eventualidad de que, a resultas de las investigaciones practicadas, no aparezcan datos suficientes para sostener la acusación. En este punto, cabe recordar que el MF tiene la obligación de ejercitar las acciones penales que considere procedentes (art. 105 LECrim), esto es, aquellas que considere fundadas, debiendo, en otro caso, proceder a solicitar el sobreseimiento⁸³⁵.

Ahora bien, en favor de adelantar la valoración sobre la eficacia de los programas de cumplimiento a un momento inicial del proceso, cabría esgrimir que, si la entidad, a través de la adopción de un *compliance programs*, puede evitar su imputación, se verá más motivada para implementarlo que si sólo puede evitar su condena y, desde luego, sus incentivos para invertir recursos en tales programas serán más fuertes que en el caso de que la única recompensa que se les ofrezca sea una mera atenuación de su responsabilidad penal⁸³⁶. Sobre todo, si se toma en consideración que el estigma social derivado del proceso penal se sufre desde el momento en que tal imputación se hace pública, con lo que la decisión definitiva puede llegar demasiado tarde para garantizar su continuidad en el mercado. En este punto, cabe traer a colación la distinción,

⁸³⁴ Se sigue, en este punto, a NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal*...ob. cit., pp. 212-213, para quien las causas de extinción de responsabilidad criminal se juzgarán en el período intermedio o en el juicio oral en función de la dificultad probatoria que presenten. Así pues, si la causa de exención aparece como evidente sin matices, debe ser considerada como causa de sobreseimiento. Ahora bien, de no ser así, deberá ser objeto de enjuiciamiento; En este punto puede resultar, así mismo, interesante traer a colación las reflexiones de GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., p. 40 que, aunque referidas a causas de exclusión o extinción de la penalidad, y no de la tipicidad o de la culpabilidad como en nuestro caso, sostienen que “*estando el derecho a imponer la pena condicionado por el uso del proceso, la exclusión de la pena podría lograrse, o directamente mediante una norma que obligue a absolver (...), o indirectamente mediante una norma que impida proceder*”. Ahora bien, esta reflexión podría resultar extensible a la cuestión planteada sobre los programas de cumplimiento sólo si la inexistencia de estos fuese entendida como una condición objetiva de punibilidad, pero siendo fundamento de la culpabilidad de la entidad, será siempre, según el autor, una cuestión ulterior y dependiente de la comisión del acto y de su resultado reconociendo, eso sí, que en ocasiones la culpabilidad se deduzca claramente de la mera comprobación del hecho y otras en que sea preciso un juicio sobre la intención y los móviles del acto retrocediendo en mayor o menor medida por la vida anterior del autor (p. 54).

⁸³⁵ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., p. 37; Así mismo, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 178.

⁸³⁶ A mayor abundamiento, cabe considerar que, al menos teóricamente, una mayor inversión en autorregulación y en programas de cumplimiento, redundará en una disminución de la criminalidad empresarial. En este sentido, GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas*...ob. cit., p. 256, se refiere al poder preventivo y a la fuerza disuasoria que un programa de cumplimiento eficaz tendría entre los empleados de la organización.

establecida por NIETO MARTÍN, entre zanahorias procesales, que evitan el procesamiento, y zanahorias sustantivas, que suponen una rebaja de la condena penal⁸³⁷. Parece claro que las primeras son mucho más apetitosas, sobre todo si se parte de que la mera imputación puede acabar con la quiebra económica de la entidad, independientemente de que, como ocurrió con Arthur Andersen, resulte absuelta tras la celebración del juicio.

Tomando en cuenta el anterior razonamiento, cabe afirmar que con la introducción de criterios de oportunidad, en las decisiones de imputación y acusación, se podría premiar, en mayor medida, a aquellas entidades que hubiesen adoptado sistemas de organización y gestión adecuados para prevenir la comisión de delitos, evitando, incluso, que se viesen públicamente involucradas en el proceso penal. Como consecuencia, las personas jurídicas, se tomarían más en serio sus obligaciones de cumplimiento y autorregulación en tanto que, siendo diligentes en la supervisión, vigilancia y control de sus miembros, podrían evitar, no sólo incurrir en responsabilidad penal por las actuaciones delictivas de estos, sino también el estigma derivado de su imputación.

2.2.1.3.- Fomento de la cooperación con la justicia

Algo similar a lo que se afirma en relación con los programas de cumplimiento, puede decirse sobre la colaboración de las personas jurídicas con la justicia penal. Así pues, cabe argumentar que, si a las entidades que mantienen una actitud cooperativa con las autoridades de persecución penal, se les pudiese ofrecer un trato ventajoso, que implicase no presentar cargos frente a ellas, las personas jurídicas serían más proclives a desarrollar investigaciones internas para descubrir los delitos que se cometen en su seno, a denunciar tales delitos ante las autoridades y a aportar pruebas para proceder frente a los responsables individuales. En este sentido, las dificultades que presentan las investigaciones penales en entornos organizacionales abogan por fomentar la colaboración de la propia persona jurídica encausada como forma de esclarecer los delitos y de descubrir a los culpables individuales⁸³⁸.

El CP ya prevé, como circunstancias atenuantes, la confesión de la infracción a las autoridades y la aportación de pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos (art. 31 quáter letras a) y b) CP)⁸³⁹. Sin

⁸³⁷ NIETO MARTÍN, A.; "Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

⁸³⁸ A este respecto, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 115, sostiene que, resultando sumamente complicado para las fiscalías y FCSE investigar las conductas que ocurren en el seno de empresas cuya organización interna reviste una complejidad notable, desde el punto de vista de la racionalidad económica del Estado, resulta lógico que ese coste se transfiera a las empresas, que tienen más recursos y se encuentran en una situación privilegiada para investigar. Sobre esta cuestión se volverá a incidir en el apdo. 4, del epígrafe IV, del presente capítulo, al tratar el fenómeno de las investigaciones internas.

⁸³⁹ Estas atenuantes son entendidas, por algunos autores, como manifestaciones del principio de oportunidad. Se manifiestan, en este sentido, entre otros, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.; JUANES PECES, A., "Necesidades en la regulación procesal de...ob. cit., p. 41; PÉREZ GIL, J., "El proceso penal contra...ob.

embargo, es posible que tal incentivo resulte insuficiente, siendo preciso blindar o eximir a la propia organización de responsabilidad penal para que se comprometa a colaborar con las autoridades, llegando incluso a denunciar, de *motu proprio*, las irregularidades que están teniendo lugar en el desarrollo de su actividad. A tal fin, el principio de oportunidad resultaría útil para premiar a las entidades más colaboradoras, con acuerdos que eviten su imputación o, al menos, su acusación formal, al estilo de lo que ocurre en los Estados Unidos con los DPAs y los NPAs.

En aquel país, al tener los fiscales la facultad de decidir si presentar cargos o no, por un determinado delito, y frente a qué sujetos, se sitúan en una situación de poder privilegiada para negociar acuerdos en los que las personas jurídicas se comprometen a realizar determinadas actuaciones a cambio de no resultar formalmente acusadas, siendo de especial significación la actitud de la entidad en orden a colaborar con la determinación de los hechos y con el descubrimiento de los culpables individuales⁸⁴⁰. En este sentido, la discrecionalidad de los fiscales norteamericanos, a la hora de decidir sobre la presentación de cargos, es utilizada como herramienta para presionar a las personas jurídicas a denunciar los delitos que se cometen en su seno, a conducir investigaciones internas, a entregar a los responsables individuales a la justicia y también a adoptar ciertas medidas internas de prevención y detección delictiva para el futuro. De hecho, la doctrina argumenta que las corporaciones están tan interesadas en evitar una acusación formal y los daños colaterales inherentes a la misma, que optan por cooperar al máximo en las investigaciones criminales de la Fiscalía, y están dispuestas a acceder a todas sus peticiones a pesar de lo abusivas o injustas que puedan resultar⁸⁴¹.

Con la finalidad de fomentar la cooperación de las personas jurídicas en el descubrimiento y la persecución de los delitos que se cometen en su seno, cabría plantearse el establecimiento de una suerte de procedimiento de clemencia, al estilo del regulado en el art. 65 LDC, para que la entidad que revelase a la autoridad, de forma

cit., p. 400. Por otra parte, estos mismos autores, también veían una manifestación del principio de oportunidad en la indeterminación del concepto de debido control del que dependía la imputación de las personas jurídicas antes de la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. Sin embargo, lo cierto es que, con la nueva regulación, el contenido del debido control y los deberes de supervisión, vigilancia y control que incumben a las personas jurídicas han quedado mucho más definidos.

⁸⁴⁰ Un buen ejemplo de estas políticas de amnistía o inmunidad para las corporaciones que colaboran con la justicia vendría constituido por la “*Corporate Leniency Policy*” dictada por el Departamento de Justicia Americano, para los delitos antitrust o contrarios a la libre competencia, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>, última consulta 14/05/2015; Igualmente, los, tantas veces referidos, *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* subrayan la importancia de la colaboración de la persona jurídica con las autoridades de persecución penal, a través del suministro de pruebas y de la identificación de los culpables individuales (9.28.700)

⁸⁴¹ En este sentido, SENKO, M., “Prosecutorial Overreaching in Deferred...ob. cit., pp. 174-181, se refiere a la coerción económica que la fiscalía ejerce en sus negociaciones y a su situación de superioridad frente a las corporaciones. En este contexto, la entidad se ve obligada a aceptar los acuerdos propuestos por la fiscalía, por muy onerosos que resultan para sus intereses, en vista del poder devastador de una acusación formal que equivaldría a la muerte de la corporación; Igualmente se muestran críticos con la enorme discrecionalidad de la que goza la fiscalía en las decisiones de presentar cargos frente a las corporaciones, así como en la negociación de los acuerdos pre-procesales que evitan la condena de la entidad, entre otros, KRIGMAN, M., “Prosecutorial Discretion of the Department of Justice in Corporate Criminal Cases. How Far is too Far”, *Brooklyn Law Review*, vol. 74, núm. 1, 2008, pp. 231-274; PAULSEN, E., “Imposing limits on prosecutorial discretion in corporate prosecution agreements”, *The New York University Law Review*, vol. 82, núm. 5, 2007, pp. 1434-1469.

voluntaria y espontánea, la existencia de irregularidades penales en su seno, quedase exenta de responsabilidad⁸⁴². Desde otro punto de vista, y sin necesidad de prever legalmente tal posibilidad de exención, cabe argumentar que “*la persona jurídica que detecta la comisión de un hecho delictivo en su interior, lo reporta a las autoridades y coopera mediante la aportación de pruebas que esclarecen las responsabilidades es una persona jurídica cumplidora de la legalidad*” que, por lo tanto, no incurriría en responsabilidad penal por no haber actuado culpablemente⁸⁴³. Ahora bien, el problema de esta segunda solución es que, posiblemente, para probar tal ausencia culpabilidad, sea preciso acusar formalmente a la entidad y abrir el juicio oral en su contra o, cuando menos, llevar a cabo ciertas diligencias de investigación que podrían requerir la previa imputación de la entidad, que es, precisamente, lo que pretende evitarse con la introducción de criterios de oportunidad en la decisión de imputación.

2.2.1.4.- Satisfacción de los fines de la pena y del interés público en la fase pre-procesal

Por último, cabe observar que, en el caso de las personas jurídicas, los fines netamente retributivos de la pena pierden importancia en favor de los fines preventivos. Ello es así porque las personas jurídicas, dada su naturaleza ficticia, no pueden padecer dolor ni ser destinatarias de un verdadero reproche moral por su conducta, luego habrá que atender a las necesidades preventivas, y no tanto al merecimiento de la pena, para determinar si la persecución penal es necesaria o prescindible. Así pues, si la entidad se compromete a reparar los daños causados y a organizarse de un modo más adecuado para prevenir delitos en el futuro, parece que la imputación, el procesamiento, la acusación y, en su caso, la condena formal de la entidad, podrían resultar innecesarios y, por ende, antieconómicos. En este sentido, se entiende que los fines resocializadores o rehabilitadores de la pena, así como sus finalidades preventivo-especiales, podrían alcanzarse a través de la adopción de sistemas de organización y gestión orientados a la prevención delictiva, mientras que la reparación de las víctimas podría verse significativamente agilizada a través de acuerdos pre-procesales, resultando tales fines mejor servidos sin llegar a la fase de juicio oral⁸⁴⁴.

En definitiva, la idea que subyace a la anterior argumentación podría resumirse como sigue. En las causas seguidas frente a las personas jurídicas, habiéndose reparado el daño causado y organizándose la entidad de forma que se prevenga la reiteración delictiva en su seno, siempre que no se trate de una conducta delictiva especialmente grave, respecto de la cual el enjuiciamiento penal público resulte ineludible, los fines del proceso y la satisfacción del interés público se lograrán sin necesidad de abrir el juicio oral⁸⁴⁵, con el consiguiente ahorro de recursos públicos, lo cual conduce al

⁸⁴² A estas políticas de lenidad e indulgencia se refiere GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...* ob. cit., pp. 185-187.

⁸⁴³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...” ob. cit., p. 177.

⁸⁴⁴ Se orientan en esta línea los pronunciamientos, entre otros, de BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica...” ob. cit., pp. 191-192; GIMENO BEVIÁ, J., “La apuesta por el principio de oportunidad...” ob. cit.

⁸⁴⁵ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...* ob. cit., pp. 184-185.

último, aunque no por ello menos importante, argumento en favor de la introducción del principio de oportunidad.

2.2.1.5.- Ahorro de recursos públicos

Como colofón de todas estas razones para introducir el principio de oportunidad, puede hacerse referencia al clásico argumento economicista que siempre se aduce en su favor, cuál es, el ahorro de recursos públicos, no sólo por la colaboración de la entidad en la prevención, detección e investigación de los delitos, sino también porque permitiría evitar largos y costosos procesos que, muchas veces, tras varios años de investigación, podrían acabar en una absolución por insuficiencia de pruebas⁸⁴⁶. Cabe advertir, en este sentido, que detrás de la introducción del principio de oportunidad y de soluciones de consenso en el proceso penal, suele haber, de forma más o menos velada, razones de agilización de la justicia, de aceleración de los procesos y de ahorro de tiempo y costes para el Estado⁸⁴⁷.

A este respecto, resulta indiscutible que la posibilidad de disponer de la acción penal pública supone una descarga de trabajo para la administración de justicia, un ahorro de costes, a través de la evitación de largos y costosos procesos y, en definitiva, la agilización del justicia penal. Estas razones, que podrían considerarse como fundamentos genéricos en favor del principio de oportunidad, cobran una importancia esencial en el enjuiciamiento de las personas jurídicas, precisamente, por la dificultad ínsita a tales investigaciones, que suelen ser especialmente dilatadas en el tiempo y dispendiosas, por la necesidad de recoger numerosos elementos de pruebas, a veces dispersos en diversos Estados, de recurrir, casi siempre, a pruebas periciales, de interrogar a muchos testigos, de adentrarse en la organización interna de la entidad etc. Pruebe de ello es que, la Ley 45/2015, de 5 de octubre de modificación de la LECrim, tras acortar el plazo general de las diligencias de instrucción a una duración máxima de 6 meses, contados desde la fecha del auto de incoación del sumario o de las diligencias previas (art. 324.1 LECrim) señala, como una de las causas que permiten calificar una investigación como compleja, que sea precisa la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas (nuevo art. 324.2. f) LECrim), extendiéndose, en tal caso, su duración máxima a dieciocho meses, prorrogables por igual plazo a instancia del MF y previa audiencia de las partes.

⁸⁴⁶ Cfr. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., p. 185.

⁸⁴⁷ En este sentido, sostiene GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados...ob. cit., pp. 1290-1291, “de los instrumentos procesales para obtener la agilización de la justicia penal consiste en la instauración del principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal y de los distintos sistemas de transacción intraprocesal”; Sobre este particular, y desde una perspectiva comparada, resultan interesantes las reflexiones de RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada...*ob. cit., sobre las motivaciones de Estados Unidos, Italia y Portugal para mantener o introducir sistemas de negociación en la justicia penal, refiriéndose al colapso de los Tribunales, como criterio de decisión para fomentar los *guilty pleas* en Estados Unidos (p. 71) y a la búsqueda de agilidad y rapidez que motivó la introducción del principio de oportunidad en Italia a través de ciertos procedimiento especiales que admitían soluciones consensuadas (p. 139).

Ahora bien, no se puede dejar de advertir que, ante tanta preocupación por la rentabilidad y por la productividad del sistema de justicia, son, normalmente, los derechos de las partes los que sufren. Por un lado, padece “*el derecho de las víctimas a ser oídas y ver satisfechas, no solo las responsabilidades civiles derivadas del delito, sino también su confianza en que el sistema judicial reaccionara en proporción a la gravedad del ataque del que han sido objeto*” y, por otro, la presunción de inocencia del sujeto investigado que, en una fase inicial del proceso, puede verse forzado a reconocer su culpabilidad, incluso falsamente, para evitar los daños que un proceso público podría causar a su imagen, así como para eludir una eventual condena más severa que la ofertada por la acusación en fase preprocesal. Sin olvidar, por supuesto, el interés público en desarrollar un adecuado sistema de justicia penal que, un principio de oportunidad sin límites, podría degradar gravemente⁸⁴⁸.

2.2.2.- Críticas a la introducción del principio de oportunidad en las causas frente a las personas jurídicas

Una vez que se han recogidos los argumentos en favor de la introducción del principio de oportunidad en las causas penales seguidas frente a las personas jurídicas, es preciso recoger las correlativas críticas a tales argumentos.

2.2.2.1- Los daños colaterales derivados del juicio penal no son exclusivos de las personas jurídicas ni previsibles

En primer lugar, en relación con los daños colaterales del enjuiciamiento penal, que se emplean como principal argumento para justificar la introducción del principio de oportunidad en las causas frente a las personas jurídicas, cabe argüir que tales daños son igualmente apreciables en los procesos penales frente a las personas físicas. Por eso, no puede compartirse la opinión de quienes entienden necesario buscar alternativas al proceso penal que eviten los excesivos perjuicios que, para la corporación, se derivarían de su enjuiciamiento ya que, de ningún modo, puede considerarse una circunstancia exclusiva del enjuiciamiento de las personas jurídicas. En este sentido, resulta evidente que una pena de prisión puede provocar consecuencias muy negativas para la familia del penado, así como para sus negocios o empresas o, incluso, para otras personas que dependan económicamente del mismo, si bien, se asume generalmente que tales daños son ajenos a la determinación de la pena de prisión del condenado⁸⁴⁹.

⁸⁴⁸ Estas y otras críticas al principio de oportunidad pueden verse en SANTANA VEGA, D. M., “Principio de oportunidad y sistema...ob. cit., p. 121; También se muestra muy crítico con el principio de oportunidad MONTERO AROCA, J., *El Derecho procesal en el Siglo...ob. cit.*, pp.124-137, señalando que supone desvirtuar el Derecho Penal por medio el proceso, así como desplazar el poder de los titulares de la Jurisdicción, esto es, de un poder independiente, por el poder del Ministerio Público, órgano subordinado al Poder Ejecutivo.

⁸⁴⁹ Así, en opinión de BEALE, S. S., “A response to the critics of corporate criminal liability”, *American Criminal Law Review*, núm. 46, 2009, pp. 1481-1506, pp. 1485-1486 y 1502-1503, no es posible establecer una distinción significativa en cuanto a los daños provocados a los terceros inocentes en casos

En Estados Unidos, tal y como se señaló *ut supra*, los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations* contemplan, entre los criterios a tomar en consideración por los fiscales, para decidir si presentar cargos o no frente a una corporación, las consecuencias colaterales asociadas a la persecución penal⁸⁵⁰. De hecho, se observa que, en general, los criterios que orientan a los fiscales estadounidenses en sus decisiones de perseguir o no un determinado delito son muy similares para los individuos y las personas jurídicas, con la excepción de los daños colaterales, que sólo se toman en consideración en relación con las corporaciones. Esta disparidad, aunque ha sido objeto de algunas críticas, es generalmente asumida sin grandes traumas por la doctrina americana que hace hincapié, reiteradamente, en el riesgo de los daños colaterales que, para las personas jurídicas, se deriva de su imputación y/o acusación⁸⁵¹. Sin embargo, cabría argumentar que, si tales daños colaterales son jurídicamente irrelevantes en la decisión de imputar o no a un individuo, o en la determinación de su condena, también deberían serlo en las causas frente a las personas jurídicas.

Ahora bien, si se asume que ciertas empresas tienen una especial importancia económica, ya sea por los puestos de trabajo que ofrecen, ya sea por la intensidad y relevancia de sus relaciones económicas con terceros, ya sea por los bienes o servicios que ofertan, se podría justificar, en ciertos supuestos, la mayor relevancia de los daños colaterales. No obstante, en tales casos, en mi opinión, resultaría suficiente tomar tal dato en consideración a la hora de determinar la pena, dado que es posible que ciertas sanciones, tales como la multa o la intervención judicial, que no suponen una paralización de la actividad de la entidad, sean necesarias para conducir a la entidad por el sendero de la legalidad protegiendo, así, los intereses de esos terceros inocentes y de la sociedad en su conjunto.

En este sentido, las consecuencias económicas y sociales de la condena, especialmente para los derechos de los trabajadores y de los acreedores, ya son tomadas en consideración por el CP a la hora de decidir sobre la imposición y extensión de las

corporativos (accionistas, empleados, prestamistas etc.), respecto de los terceros inocentes típicamente afectados por las persecuciones de los individuos acusados. De hecho, según la autora, los inocentes normalmente sufren más, no menos, cuando son sujetos individuales los que resultan perseguidos penalmente. Además, para el caso de los accionistas, si es que pueden ser considerados terceros inocentes, afirma que éstos serán, como regla general, más capaces de protegerse de los perjuicios del castigo penal, en tanto que no responden más allá de su inversión en la corporación.

⁸⁵⁰ Se trata del 7º de los 9 factores a tener en cuenta por los fiscales en el ejercicio de su discrecionalidad a la hora de decidir si presentar cargos o no frente a una corporación. Se establece, en este sentido, que tales consecuencias colaterales incluirían consideraciones sobre si se provoca un daño desproporcionado a los accionistas, pensionistas, empleados o a otros cuya culpabilidad personal no se ha probado, así como el impacto de la persecución penal en la opinión pública.

⁸⁵¹ BHARARA, P., "Corporations cry uncle and their employees cry foul: rethinking prosecutorial pressure on corporate defendants", *American Criminal Law Review*, núm. 44, 1 de enero de 2007, pp. 53-114, p. 73; GRIFFIN, L. K. "Compelled cooperation and the new corporate criminal procedure", *New York University Law Review*, vol. 82, núm. 2, 2007, pp. 311-382; SENKO, M., "Prosecutorial Overreaching in Deferred...ob. cit., pp. 163-194, pp. 163-165; LOWELL, A. D., MAN, C. D., "Federalizing Corporate Internal Investigations and the Erosion of Employees' Fifth Amendment Rights", *Annual Review of Criminal Procedure*, núm. 40, 2011, pp. iii-xxx, p. iii; WRAY, C. A.; HUR, R. K., "Corporate criminal prosecution in a post-Enron world: the Thompson memo in theory and practice", *American Criminal Law Review*, núm. 43, 2006, pp. 1095-1188, p. 1097

penas privativas de derechos imponibles a las personas jurídicas (art. 66 bis 1º b) CP)⁸⁵², previsión esta que considero suficiente para evitar daños excesivos a terceros inocentes, sin necesidad de renunciar a ejercitar acciones penales frente a la entidad. En la misma línea, la regulación italiana dispone que cuando proceda la imposición de una sanción que implique la paralización temporal de la actividad, esta pena podrá ser sustituida por la medida de intervención judicial, siempre que la entidad viniese desarrollando un servicio público o de pública necesidad, cuya interrupción pudiese provocar un grave perjuicio para la colectividad o cuando, teniendo en cuenta las dimensiones de la entidad y las condiciones económicas del territorio en que la misma se ubique, la paralización de su actividad pudiese ocasionar repercusiones relevantes sobre la ocupación (art. 15 D. Lgs. 231). En definitiva, sin negar la posibilidad de que una imputación o un proceso penal implique daños colaterales asociados al deterioro de la reputación de la entidad, de su imagen pública o de su fondo de comercio, así como a la pérdida de confianza por parte de los accionistas, acreedores, clientes u otros grupos con intereses en la entidad (*stakeholders*), no parece oportuno subordinar las esenciales funciones que desempeña el proceso penal a tales consideraciones extrajurídicas.

Por otra parte, hay que poner de manifiesto que, en ocasiones, la gravedad de los daños o perjuicios que, supuestamente, se derivarían del enjuiciamiento penal, se exagera. Así pues, cabe afirmar que la realidad del fenómeno conocido como “muerte por imputación” o “*death by indictment*” resulta, cuando menos, discutible. No hay datos empíricos que demuestren que los daños colaterales derivados de un juicio penal son, como regla general, de tal envergadura como para suponer la expulsión del mercado de una entidad solvente y económicamente viable. En este sentido, se ha desarrollado algún estudio experimental que refuta la realidad del denominado “efecto Andersen” o “*death by indictment*”. Así, tras analizar la evolución de más cincuenta compañías cotizadas, que fueron formalmente acusadas y condenadas entre los años 2001 y 2010, el estudio de MARKOFF concluye que ninguna de ellas resultó expulsada del mercado como consecuencia de la condena penal⁸⁵³. Su investigación sugiere, por lo tanto, que la destrucción de una entidad por una condena penal pudiera ser una excepción y no la regla general⁸⁵⁴.

A mayor abundamiento, cabe reparar en que la magnitud de tales daños dependerá de muchos otros factores, tales como cuál sea el objeto social o la actividad principal de la entidad, cuál sea el delito que se le imputa, qué evidencias se han hecho públicas, cuál sea la reacción de la entidad ante la publicidad de la noticia, cuál sea la estructura de su

⁸⁵² Así, este precepto establece como factor a considerar por el juzgador en la determinación de las penas distintas de la multa “*sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores*”.

⁸⁵³ Así, MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth...ob. cit., pp. 812-831, tras analizar la evolución de 54 compañías cotizadas que fueron acusadas y condenadas entre 2001 y 2010, todas ellas a través de *guilty pleas*, concluye que no hay evidencias del efecto Andersen ya que ninguna compañía fue expulsada del mercado como consecuencia de la condena penal. Además, observa que a través de los acuerdos convencionales –*guilty pleas*– se pueden conseguir los mismos resultados en cuanto a implementación de reformas y *compliance programs*; En el mismo sentido, sostiene ELIASON, R. D., “We need to indict them...ob. cit., pp. 1-2, que los miedos derivados del caso Andersen se han exagerado y que no es habitual que la condena de una entidad suponga su expulsión del mercado, poniendo como ejemplos de compañías que han recibido una condena penal y continúan operando sin problemas Exxon, Tyson Foods, General Electric y Genentech.

⁸⁵⁴ MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth...ob. cit., p. 827.

cartera de clientes etc. En este sentido, cabe reparar en que no resulta comparable el daño reputacional que sufre una empresa de auditoría, imputada o acusada de falsear las cuentas de sus clientes, al que podría sufrir una empresa textil acusada, por ejemplo, de no respetar los derechos de sus trabajadores en el extranjero. En el primer caso, los clientes de la auditoría demandan de ella un servicio cuyo principal valor es la fiabilidad en el control de su contabilidad. Obviamente, en tal contexto, el daño de una imputación relacionada con el objeto principal de su actividad podría ser enorme. Sin embargo, no parece tan clara la correlación entre una condena penal y los daños colaterales, cuando la entidad se dedica a la venta al por menor de productos más o menos estandarizados⁸⁵⁵, y su actividad delictiva no se relaciona, directamente, con la calidad de los productos que distribuye. En este sentido, el citado estudio sugiere, como una forma de correlacionar la implicación en el proceso penal de una corporación y los daños colaterales que sufre la misma, el denominado “*core bussines model*”, según el cual la destrucción de una entidad se produce cuando se ve afectado su negocio principal, y no por el mero hecho de ser destinataria de cualquier acusación formal o, incluso, de una condena penal⁸⁵⁶.

El caso Andersen, sería, por lo tanto, un supuesto paradigmático de una entidad con una reducida cartera de clientes y cuya actividad y relación con tales clientes se basaba en la confianza. Su imagen, que otorgaba fiabilidad a las cuentas que auditaba, era lo que sus clientes compraban. Evidentemente, tal fiabilidad se vio destruida, no sólo, ni principalmente, por su acusación y condena, sino por la inevitable publicidad de las ilegalidades que la entidad había perpetrado⁸⁵⁷. De hecho, aunque, actualmente, es relativamente habitual referirse al caso Andersen como un gran error del Departamento de Justicia estadounidense, en el que una entidad inocente, cuya acusación no pudo ser finalmente probada, fue expulsada del mercado, provocando enormes daños colaterales en términos de pérdida de empleo, así como a través de la reducción de la competencia en el cuasi-oligopólico mercado de auditoría, la realidad de la empresa, si se atiende a la serie de escándalos en los que la misma se había visto envuelta en el pasado, es otra muy diferente⁸⁵⁸. En fin, sostener que la quiebra de la auditora se debió a su acusación formal –o *indictment*- y no su negligente e ilegal actuación resulta ciertamente discutible⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ En este sentido, MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth...ob. cit., pp. 831-834, sostiene que es un error equiparar el *indictment* a la muerte de la entidad y que el caso Andersen fue una excepción y no la regla general. En contra de la errónea asunción de que toda acusación formal de una entidad provoca automáticamente su expulsión del mercado, propone utilizar el denominado “*core bussines model*”, que implica evitar que las condenas a personas jurídicas les provoquen daños estructurales, es decir, que las inhabiliten para continuar con su modelo de negocio, por lo tanto, para continuar produciendo o comercializando los bienes o servicios que de los que depende su actividad principal.

⁸⁵⁶ En este sentido, MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth...ob. cit., pp. 831-834, señala sugiere que, en el caso Andersen la confianza en su nombre y en su reputación era precisamente lo que otorgaba valor a sus servicios, con lo que su destrucción dejó a la entidad sin producto que ofrecer a sus clientes.

⁸⁵⁷ De hecho, según MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth...ob. cit., p. 805, cuando la auditora reconoció, en enero de 2002, la destrucción de documentos que había tenido lugar en su seno, sus principales clientes empezaron a huir en masa. Sin embargo, la entidad no fue formalmente acusada hasta marzo de ese mismo año.

⁸⁵⁸ Así lo pone de manifiesto FIRST, H., “Branch office of the prosecutor: the new role of the corporation in business crime prosecutions”, *North Carolina Law Review*, núm. 89, 2010, pp. 23-98, pp. 93-94.

⁸⁵⁹ En este sentido, señala BEALE, S. S., “Is corporate criminal liability unique?”, *American Criminal Law Review*, núm. 44, 2007, pp. 15003-1535, p. 1532, que los asombrosas consecuencias que se derivan

2.2.2.2.- Riesgos de discriminación e inmunidad para las grandes empresas

Por otra parte, introducir una discrecionalidad sin límites en la actuación fiscal puede traer como consecuencia serios riesgos de discriminación⁸⁶⁰. Así pues, en los Estados Unidos, la enorme discrecionalidad de los fiscales, junto con el miedo a los daños colaterales, como elemento a tomar en consideración en las decisiones de imputación de las personas jurídicas, resulta en un sistema en el que las grandes corporaciones reciben un trato favorable en relación con las pequeñas empresas y, por supuesto, en comparación con el que reciben los individuos⁸⁶¹. En este sentido, se observa como las pequeñas empresas resultan condenadas, normalmente a través de *guilty pleas*, que sí suponen una condena penal, mientras que las grandes corporaciones reciben acuerdos para diferir (DPAS) o evitar su persecución (NPAS), con lo que evitan el estigma derivado de la acusación formal y de la condena⁸⁶².

Además del enorme poder negociador de las grandes corporaciones, estas tienen a su favor el hecho de que el Gobierno evita tomar medidas excesivamente duras frente a ellas para no desgastarlas excesivamente, en tanto que se considera económicamente ineficiente y arriesgado obstaculizar el desarrollo de su actividad que, supuestamente, redundaría en beneficio de toda la sociedad. Surge así, como una adaptación de la expresión *too big to fail* (en castellano, "demasiado grande para caer"), referida a la situación de las instituciones financieras que fueran rescatadas por los poderes públicos, para evitar las consecuencias sistémicas desastrosas que, supuestamente, habría provocado su quiebra sobre la economía⁸⁶³, la noción de "*too big to jail*" (o "demasiado grande para ir a prisión"), que sugiere que hay entidades demasiado grandes, o

de la mala conducta de algunas corporaciones no pueden ser achacadas al Congreso ni al Departamento de Justicia.

⁸⁶⁰ En esta línea, sostiene BEALE, S. S., "Is corporate criminal liability...ob. cit., pp. 1510 y 1525, que la excesiva discrecionalidad fiscal conduce a situaciones discriminatorias y erosiona los derechos procesales de los individuos y de las corporaciones, no sólo de estas últimas.

⁸⁶¹ En este sentido, resulta gráficas las palabras de GARRET, B. L., *Too big to jail: how prosecutors...*ob. cit. pp. 1-2, para referirse al deslizamiento de poder que tiene lugar cuando la fiscalía se enfrenta a una poderosa corporación. Así, según el autor, la fiscalía interpreta normalmente el papel de Goliath esgrimiendo un enorme poder y una vasta esfera de discrecionalidad. Sin embargo, cuando se trata de perseguir los delitos cometidos por las más grandes y poderosas corporaciones del mundo -por poner algunos ejemplos recientes de poderosas entidades a las que ha tenido que enfrentarse la justicia penal cabe señalar AIG, Bristol-Myers Squibb, BP, GlaxoSmithKline, Google, Halliburton, HealthSouth, HSBC, JPMorgan, KPMG, Merrill Lynch, Monsanto, and Pfizer- la fiscalía pasa a interpretar el papel de David, en tanto que tales empresas pueden movilizar asombrosas cantidades de recursos en su defensa. Disponible en http://harvardpress.typepad.com/hup_publicity/2014/02/too-big-to-jail-brandon-garrett.html, última consulta 28/07/2015.

⁸⁶² En este sentido, constata GARRET, B. L., "Structural Reform Prosecution", *Virginia Law Review*, núm. 93, 2007, pp. 853-957, pp. 880, 887-889, que mientras las pequeñas empresas continúan siendo condenadas, normalmente a través de *plea agreements*, aunque a veces también tras una resolución judicial, las grandes corporaciones no son realmente perseguidas sino que resultan acreedoras de acuerdos de diferimiento o de no persecución.

⁸⁶³ Sobre esta noción económica, enormemente extendida tras la explosión de la crisis financiera de 2008, y los rescates bancarios que tuvieron lugar a continuación, se puede ver BARNETT, E. T.; HEATHER, C., "*Too big to fail*": or systemically important financial institutions, Nova Science Publishers, Nueva York, 2012.

demasiado poderosas económicamente, para ser perseguidas y condenadas penalmente⁸⁶⁴.

Considerando la deriva que ha tomado la actuación de la Fiscalía norteamericana y los intentos de introducir en el ordenamiento español criterios de oportunidad⁸⁶⁵, cabe plantear el peligro de que, en el futuro, también en España, una consideración excesiva de los daños colaterales como criterio para decidir sobre la imputación de las empresas, conduzca a instaurar esa lógica del “*too big to jail*”, que viene a suponer una inmunidad *de facto* para las grandes corporaciones frente a las que, paradójicamente, no se podría actuar con el instrumento más poderoso con que cuenta el Estado de Derecho, cual es, el Derecho Penal, reservando el recurso a la persecución penal para las pequeñas y medianas empresas.

Ahora bien, justo es reconocer que, aun cuando rigiese en España el principio de oportunidad, las diferencias entre el fiscal español y el americano son muy significativas. Así pues, el MF se rige, en el Estado español, por los principios de unidad de actuación, de dependencia jerárquica, de legalidad e imparcialidad (art. 2.3 EOMF), mientras que, en los Estados Unidos, los fiscales actúan con una discrecionalidad casi ilimitada a la hora de imputar cargos, determinar culpabilidades y fijar penas, atribuyéndoseles el desempeño de diversos roles, tales como el de administrador de justicia, abogado, Juez o, incluso, legislador en ciertos casos en los que, considerando la excesiva dureza de la ley, buscan realizar una actuación general y abstracta, no limitada a un caso o un acusado concreto⁸⁶⁶. En este sentido, se critica que no se hayan ponderado suficientemente las enormes diferencias existentes entre el *Public Prosecutor* o el *Attorney* anglosajón y el MF español a la hora de introducir el principio de oportunidad a través de reformas parciales en la LECrim⁸⁶⁷. Pues bien, por el mismo motivo, hay que admitir que los peligros y problemas que el sistema americano presenta, tampoco serían enteramente trasladables al Estado español.

⁸⁶⁴ Ver, sobre esta idea, GARRET, B. L., *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, Massachusetts, Belknap Press, Cambridge, 2014, pp. 1-18; TILLMAN, R., “Too big to jail”, *Western Criminology Review*, núm. 14, 2013, pp. 31-37; Igualmente, se esconde esta lógica en afirmaciones como las de MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 12, cuando dice que, probablemente, una pequeña empresa no sufrirá consecuencias en su actuación empresarial por ser imputada en la comisión de un delito o al ser procesada o, incluso, juzgada en un juicio oral público. Sin embargo, cualquiera de las compañías o empresas que cotizan en el mercado de valores sufrirán consecuencias irreparables como consecuencia de su simple imputación o procesamiento que, en algunos casos, podrían conducir a su desaparición o a la finalización de su actividad.

⁸⁶⁵ Destacan, en este sentido, la Propuesta de CPP, finalmente frustrada, que pretendía instaurar, con carácter general, el principio de oportunidad (arts. 90 y 91 Propuesta CPP), así como el procedimiento por aceptación de decreto regulado recientemente en la LECrim (arts. 803 bis a) y ss.) que permite que el MF y el sujeto pasivo del proceso alcancen un acuerdo antes, incluso, de que este último sea llamado a declarar en calidad de investigado.

⁸⁶⁶ Sobre la Fiscalía norteamericana y sus funciones como negociadores en el *plea bargaining* ver RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada...*ob. cit., pp. 62-75; Puede verse, así mismo, ISRAEL, J. H., KAMISAR, Y., LAFAVE, R., KING, N. J., J. L. Gómez Colomer (coord.); I. Esparza Leibar; A. Planchadell Gargallo et. al. (trads.), *Proceso penal y constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 44-46, en relación con el fiscal americano, así como sobre la decisión de acusar (pp. 793-815) y sobre las declaraciones de culpabilidad (pp. 893-924), con análisis de jurisprudencia americana relacionada.

⁸⁶⁷ SANTANA VEGA, D. M., “Principio de oportunidad y sistema...ob. cit., pp. 109-110.

2.2.2.3.- La efectiva persecución penal de las personas jurídicas es incentivo suficiente para la implementación de programas de prevención delictiva

Frente a la práctica de los fiscales estadounidenses de evitar la acusación formal y el enjuiciamiento penal de aquellas entidades que, a pesar de la comisión de un delito en su seno, contaban con programas de cumplimiento, aparentemente eficaces para la prevención de delitos, cabe afirmar que la apreciación de la existencia, vigencia y eficacia de tales programas no debiera sustraerse al pertinente juicio jurisdiccional. Así pues, para fomentar la autorregulación de las empresas, en mi opinión, no es preciso, ni aun recomendable, atribuir un efecto eximente automático a los programas de cumplimiento normativo o a los modelos de prevención de delitos, dado que la amenaza de una condena penal y la obligación formal de que las entidades adopten tales medidas de prevención de delitos, debería ser suficiente como incentivo a la autorregulación.

El argumento de introducir el principio de oportunidad para ofrecer amnistía, o “zanahorias procesales”⁸⁶⁸, a las entidades que cuentan con un programa de prevención de delitos eficaz, incentivando así la autorregulación de las organizaciones presenta, a mi modo de ver, ciertas deficiencias y no responde adecuadamente a las finalidades preventivas propias del Derecho Penal y de las penas.

En primer lugar, considero que la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal debiera ser, en sí misma, incentivo suficiente para que las personas jurídicas cumplieren con sus obligaciones de supervisión, vigilancia y control, manteniendo el nivel de riesgo criminógeno en niveles jurídico-penalmente aceptables. En este sentido, la mera previsión legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, fundamentando su injusto típico en el incumplimiento de sus deberes de supervisión y control o, más genéricamente, en una inadecuada gestión de los riesgos propios de su actividad⁸⁶⁹, promueve la autorregulación en el seno de las empresas. Pero es que, además, la efectiva persecución penal de las corporaciones sería, precisamente, el otro factor clave para incrementar la fuerza disuasoria o preventiva del Derecho Penal empresarial y, consiguientemente, para incentivar la adopción de programas de cumplimiento o, en la terminología legal, de modelos de organización y gestión orientados a la prevención de delitos. Así pues, cabe afirmar que la prevención general reclama que la correspondencia de la pena con el delito se afirme en dos momentos sucesivos: primero, en la sanción penal establecida por el legislador; después en la imposición de la pena en el caso concreto por el Juez⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ Así denomina, NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit., a las recompensas que se dan a la persona jurídica, bien por autorregularse, bien por colaborar con la investigación, consistentes en evitar su persecución penal.

⁸⁶⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., pp. 141-144; Igualmente, cabe citar, en este punto a HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995, pp. 290 y ss., para quien el desvalor de resultado sería precisamente un desarrollo inadecuado de la gestión de riesgos, mientras que el concreto hecho típico constituiría una condición objetiva de punibilidad.

⁸⁷⁰ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., pp. 32-33.

En segundo lugar, considero que permitir que la implementación de un determinado modelo organizativo, con unos requerimientos legales mínimos, exima a la entidad de ser condenada o, incluso, de ser juzgada, fomenta que las corporaciones centren sus esfuerzos en satisfacer, formalmente, tales requisitos de mínimos, para contar con una barrera frente a eventuales responsabilidades penales, sin preocuparse de la efectiva prevención de los delitos que pudieran cometerse en su seno. Este problema se agrava al contenerse en la norma penal una detallada regulación de cómo han de ser esos modelos de organización y gestión y de cuál ha de ser su contenido para que tengan eficacia exigente, hurtando, de esta forma, al Juez la facultad de valorar libremente si, en el caso concreto, el delito, presuntamente cometido, puede, razonablemente, atribuirse, o no, a los excesivos riesgos en que incurrió la entidad con su actividad y a la falta de medidas de vigilancia y control para neutralizar o reducir tales riesgos.

Otra propuesta que se realiza en orden a evitar los daños colaterales que una imputación podría causar a la persona jurídica pasaría por adelantar la valoración sobre la existencia de un *compliance programs* efectivo al momento de la imputación de tal forma que, la entidad que contase con un programa de prevención de delitos eficaz, podría evitarse que se formalizase el proceso penal frente a ella⁸⁷¹. Sin embargo, aun cuando de la efectiva vigencia de un programa de cumplimiento eficaz dependa la culpabilidad de la persona jurídica, valorar si un programa de cumplimiento normativo es realmente efectivo, y ha sido adecuadamente implementado en el seno de una entidad, requiere realizar un juicio complejo y en profundidad del mapa de riesgos delictivos de la entidad, de sus medidas de prevención, organización y gestión, de las circunstancias en que se cometió el delito, así como de su actuación posdelictiva. Sólo la indagación y la evaluación judicial de todos estos elementos, permitirá diferenciar un programa de organización y gestión efectivo, de otro de mera fachada, diseñado sobre el papel, con los requerimientos mínimos legales para conseguir una exención de responsabilidad para la entidad, pero sin incidencia real sobre su actividad. Desde luego, de forma previa a la imputación parece inviable realizar tal valoración e, incluso, puede resultar complicado adelantarla a la fase de instrucción o a la fase intermedia, siendo preciso abrir el juicio oral para decidir sobre la efectividad del programa a través de un proceso público y contradictorio. En este sentido, parece evidente que, en los momentos iniciales del proceso, y más aún en una fase previa a su iniciación, el conocimiento de las circunstancias del hecho delictivo será fragmentario y casi siempre insuficiente.

Y es más, considero que la exención de la entidad, por haber adoptado un sistema de organización y gestión idóneo para evitar la comisión de delitos, ni siquiera podrá ser fácilmente apreciada como causa de sobreseimiento en la fase intermedia del procedimiento (arts. 622 a 645 y 780 LECrim). Para ello sería preciso que, al finalizar la instrucción, resultase claro y manifiesto que la entidad contaba con un sistema eficaz de prevención de delitos, que cumplía con todos los requisitos legales exigidos por el CP. Sólo en este caso, será posible acordar el sobreseimiento de la causa, al aparecer

⁸⁷¹ En sentido contrario, BANALOCHE PALAO, J. “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 180, argumenta que, siendo el defecto de organización el fundamento de la culpabilidad del ente, la imputación debiera depender de su concurrencia, por lo que la entidad debiera ser imputada cuando, durante la instrucción, aparezca que no contaba con los protocolos de cumplimiento adecuados para evitar las conductas delictivas realizadas por sus empleados.

claramente exenta de responsabilidad la entidad (art. 637.3º LECrim), sin necesidad de abrir el juicio oral⁸⁷². En cualquier otro escenario, es decir, si existen dudas acerca de la concurrencia de cualquiera de los requerimientos legales exigidos para que la entidad quede exenta de responsabilidad, será preciso formular una acusación formal, abrir el juicio oral y practicar, ante una autoridad judicial independiente e imparcial, las pruebas útiles y pertinentes que permitan acreditar absolutamente tales extremos, dado que si sólo fuesen objeto de acreditación parcial, supondrían una mera atenuación de la responsabilidad de la persona jurídica.

Tomando prestadas las palabras de GÓMEZ ORBANEJA cabe señalar lo siguiente: “*Si bastara la tipicidad del hecho posible -con independencia de lo que excluye la antijuridicidad, la culpabilidad o la mera punibilidad,- se obligaría al MF a ejercitar la acción penal en un momento a sabiendas de pedir que se declara improcedente en otro*”⁸⁷³. Ahora bien, siguiendo con la argumentación del autor, es preciso partir, en este punto, del principio *in dubio contra reo*, de tal forma que, mientras para proceder no es necesario que el MF esté seguro de la prueba de la culpabilidad, para excluir el ejercicio de la acción penal, lo que condiciona negativamente, por fuera del tipo, la punibilidad, deberá constar inequívocamente⁸⁷⁴. Por eso, cabe afirmar que, aun constituyendo, la efectiva implementación de programas efectivos para prevenir delitos, una circunstancia eximente de responsabilidad para las personas jurídicas (art 31 bis 2 y 4 CP), tratándose de una circunstancia compleja y de difícil apreciación, su acreditación deberá realizarse, como regla general, en el marco del juicio oral⁸⁷⁵, por lo tanto, tras la correspondiente imputación y acusación formal, ante la imposibilidad de que conste, inequívocamente, de forma previa a la práctica de las pertinentes pruebas.

En definitiva, si se introduce el principio de oportunidad para evitar imputar a aquellas entidades que, aparentemente, cuenten con modelos de prevención de delitos eficaces, se corre el riesgo valorar como eficaces modelos organizativos de cumplimiento normativo que, en realidad, constituyen meros programas de maquillaje o de tapadera. Desde luego, parece difícil que la existencia de un sistema de organización y gestión adecuado para prevenir delitos, que cumpla con todos los requerimientos exigidos por la ley para eximir a la entidad de responsabilidad penal, pueda servir para evitar su imputación, dado que, la valoración de la eficacia del programa de prevención, requiere una profunda valoración de la gestión y la organización de la entidad que, a primera vista, no parece compatible con el análisis indiciario requerido para acordar la imputación

⁸⁷² NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...*ob. cit., p. 211-213

⁸⁷³ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1951)*...ob. cit., p. 517.

⁸⁷⁴ Ídem. pp. 515-517.

⁸⁷⁵ En este sentido, sostiene NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...*ob. cit., pp. 211-213, que las causas de exención de la responsabilidad penal deben ser objeto de enjuiciamiento cuando no aparezcan como evidentes, debiendo, en otro caso, provocar el sobreseimiento durante la fase intermedia del proceso. En definitiva, según el autor, el criterio para decidir si abrir o no el juicio oral ha de ser el de la dificultad probatoria que encierra la concurrencia o no de la causa de exención de responsabilidad.

2.2.2.4.- Riesgo de convertir la justicia penal en un mecanismo de chantaje institucionalizado para forzar la cooperación

Otro riesgo que presente el principio de oportunidad es el conducir a la indeseable desnaturalización del proceso penal, que se produciría si la justicia se hiciese girar en torno a la colaboración de la persona jurídica presuntamente responsable. Desde que, en el Estado liberal, se estableció que el encausado no era principalmente un objeto de prueba, sino un sujeto de derechos⁸⁷⁶, la idea de que son las autoridades públicas las que deben de construir el caso sin depender de la cooperación del investigado se ha erigido en un sentir común de los sistemas acusatorios o adversariales⁸⁷⁷.

En este sentido, hay que ser cuidadoso para armonizar las cargas de colaboración que pesan sobre la entidad con su derecho de defensa. Así mismo, las investigaciones internas, y otras tendencias privatizadoras en el descubrimiento y control de los delitos, suponen un enorme riesgo, tanto para la búsqueda de la verdad, que a veces es ocultada por las entidades, que venden a la Fiscalía medias verdades o falsos culpables para conseguir impunidad, como para los derechos de los trabajadores que se ven sometidos, en el seno de la entidad, a inquisiciones generales, desreguladas y poco respetuosas con sus derechos fundamentales, sobre todo con los de carácter procesal, tales como el derecho a no declarar o la presunción de inocencia, ajenos al entorno corporativo.

Una de las críticas más reiteradas, por la doctrina estadounidense, es la referida a la excesiva discrecionalidad de la fiscalía, que emplea sus amplios poderes para decidir sobre la presentación de cargos frente a las corporaciones, como una herramienta para forzar su cooperación en la determinación de los hechos y en el descubrimiento de los responsables individuales. Se argumenta, en este sentido, que, el miedo de las empresas a que una acusación formal conduzca a su expulsión del mercado, no les deja más opción que cooperar. Se intenta poner de manifiesto, de este modo, que la cooperación no es libre, sino que las entidades colaboran sometidas a una fuerte coerción económica. En este sentido, desde el caso Andersen, muchos autores americanos repiten, como si de un dogma de fe se tratase, que las corporaciones están dispuestas a hacer cualquier cosa para evitar el *indictment* o la acusación formal y que, por lo tanto, su cooperación no es una decisión libre⁸⁷⁸, en tanto que litigar y ejercer su derecho de defensa supone su muerte, con lo que, actuar de forma contraria, negándose a colaborar, se califica de suicidio⁸⁷⁹.

⁸⁷⁶ Cfr. HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999, p. 205

⁸⁷⁷ NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...*ob. cit., pp. 11-12.

⁸⁷⁸ BHARARA, P., "Corporations cry uncle and their..."ob. cit., p. 73; SENKO, M., "Prosecutorial Overreaching in Deferred..."ob. cit., pp. 163-165; LOWELL, A. D., MAN, C. D., "Federalizing Corporate Internal Investigations..."ob. cit., p. iii; WRAY, C. A.; HUR, R. K., "Corporate criminal prosecution in a post-Enron..."ob. cit., p. 1097.

⁸⁷⁹ OESTERLE, D., "Early Observations on the Prosecutions of the Business Scandals of 2002-03: On Sideshow Prosecutions, Spitzer's Clash with Donaldson over Turf, the Choice of Civil or Criminal Actions, and the Tough Tactic of Coerced Cooperation", *Ohio State Journal of Criminal Law*, núm. 1, 2004, pp. 443-486, p. 476.

En definitiva, una justicia penal que ve al sujeto pasivo del proceso, como un objeto y que depende de su colaboración para descubrir y perseguir los hechos delictivos, no se ajusta a la noción del proceso penal, entendido como un sistema de garantías para el encausado, en el que su derecho de defensa ocupa un lugar central.

Ahora bien, resultando atendible esta crítica, lo que no se comparte, en el caso de los Estados Unidos, es su especificidad en relación con las personas jurídicas, en tanto que la discrecionalidad de los fiscales es una característica típica del sistema procesal penal americano que, por lo tanto, afecta, en igual medida, a las persecuciones penales frente a individuos⁸⁸⁰. Con la notable diferencia de que estos últimos, muchas veces, no cuentan con un asesoramiento jurídico tan oportuno, completo y de tan alta calidad como el de ciertas personas jurídicas, resultando más vulnerables a las eventuales coerciones que la Fiscalía puede ejercer sobre ellos, en el marco de una negociación pre-procesal. Se trata, en mi opinión, de rasgos sistémicos del proceso penal estadounidense en el que todos los acusados se enfrentan a presiones para declararse culpables, renunciando a sus derechos procesales, y de hecho casi todos lo hacen⁸⁸¹, como demuestra el hecho de que, de los casos por lo que la Fiscalía decide proceder, ni siquiera un 5 % llegan a juicio⁸⁸². Considero que el riesgo, muchas veces remoto, de que la entidad vaya a ser expulsada del mercado no debería ser comparable, ni más grave, que la presión que sufre un individuo sobre el que pesa la posibilidad de ser condenado a una pena de cárcel o, incluso, en ciertos estados norteamericanos, a la pena de muerte.

2.2.2.5.- Riesgo de erosión de la fuerza preventiva del Derecho Penal

Por otra parte, en relación con los fines de la pena, cabe señalar que, las soluciones “descafeinadas”, esto es, los acuerdos pre-procesales que, en definitiva, suponen evitar la condena penal frente a las corporaciones, podrían afectar muy negativamente a la

⁸⁸⁰ En este sentido, señala BEALE, S. S., “A response to the critics of corporate...ob. cit., pp. 1491-1493, que la enorme influencia y poder de los fiscales para forzar la cooperación de quienes podrían ser acusados de un delito, es una realidad propia del sistema de justicia penal, federal y estatal, en el que está muy asentada la cultura de la renuncia de derechos y la necesidad de cooperar para conseguir concesiones, como pone de manifiesto el hecho de que el 95% de los acusados se declaren culpables, renunciando a todos sus derechos procesales, a cambio de la retirada de algunos de los cargos que cabría imputarles por parte de la fiscalía o a cambio de acuerdos con rebajas penológicas.

⁸⁸¹ Resulta destacable, en este línea, la postura de BEALE, S. S., “Is corporate criminal liability...ob. cit., pp. 1529-1535, que cuestiona que las persecuciones criminales de las empresas planteen preocupaciones específicas, postulando, más bien, que se trata de problemas comunes o endémicos de la justicia criminal americana pero que se hacen más visibles cuando afectan a grandes corporaciones, poderosas e influyentes, mientras se ignoran cuando afectan a individuos, que muchas veces carecen de recursos económicos o de una posición social influyente. En este sentido, la autora sostiene que las preocupaciones que se plantean en los casos de persecuciones de individuos son esencialmente las mismas, si bien estos se encuentran muchas veces peor representados y cuentan con muchos menos recursos económicos lo que hace más improbable su participación en la financiación de campañas electorales; Se puede ver también, en la misma línea y de la misma autoría “A response to the critics of corporate...ob. cit., pp. 1486-1493 y 1500-1505.

⁸⁸² En 2006 un 95,7 % de las condenas fueron a través de acuerdos de culpabilidad y en 2008 un 96,3. Fuente: estadísticas de la *United States Sentencing Commission*, disponible en <http://www.ussc.gov/research-and-publications/federal-sentencing-statistics/federal-sentencing-statistics-district-circuit-state>, última consulta 2/06/2015.

fuerza preventiva del Derecho Penal. Si las entidades no sienten una amenaza real de persecución penal, difícilmente se tomarán en serio sus obligaciones de prevención delictiva, ni se implicarán en el control de sus empleados, ni en la minimización de los riesgos delictivos de sus actividades⁸⁸³. En este sentido, parece claro que si delinquir resulta menos oneroso para las personas jurídicas, en términos reputacionales y de imagen pública, porque no llegan a ser condenadas públicamente, el mensaje “*crime does not pay*” se erosiona y con él la finalidad de prevención, general y especial, que se persigue con la tipificación de ciertas conductas y con la imposición de sanciones penales. Volviendo al caso de la auditora Arthur Andersen, cabe preguntarse qué habría ocurrido si, desde el inicio, sus prácticas fraudulentas hubiesen sido reprimidas con mayor dureza y se hubiesen adoptado medidas más severas para obligar a la entidad a establecer mecanismos que evitasen su reiteración delictiva, en lugar de aceptar remedios post-delictivos, cuya eficacia preventiva resulta incierta. Es posible que los beneficios de esa mayor eficacia preventiva hubieran compensado los costes privados a los propietarios y trabajadores de la corporación⁸⁸⁴.

Así pues, considero que la mejor forma de afirmar la fuerza preventiva del Derecho Penal es mantener una alta tasa de descubrimiento de los delitos y de persecución de los mismos. Por eso, aun cuando frente a las personas jurídicas no se justifique una visión puramente retributiva de la pena, la necesidad de que las entidades que cometen delitos resulten efectivamente enjuiciadas y, en su caso, condenadas, viene impuesta por razones de prevención general. A mayor abundamiento, hay que reparar en la importancia que tiene el valor simbólico del Derecho Penal. Esto implica que el estigma inherente a la condena penal es parte de lo que el Derecho Penal aporta, como distinto y específico, en relación, por ejemplo, con una sanción administrativa. En este sentido, buscar fórmulas que eviten el enjuiciamiento de la entidad y los daños colaterales de la condena, resulta inconsistente con la decisión de usar el Derecho Penal frente a los entes colectivos. Desde este punto de vista, al menos para los crímenes graves, se requeriría la aplicación estricta del Derecho Penal, en tanto que su naturaleza comunicativa, esto es, su fuerza expresiva o simbólica, constituiría el mejor instrumento para controlar el inmenso poder de las grandes corporaciones⁸⁸⁵.

2.2.2.6.- Inversión de recursos públicos acorde con el potencial lesivo de la criminalidad de empresa

Por último, en cuanto al ahorro de recursos que supondría la introducción del principio de oportunidad, tampoco parece que este motivo pueda justificarse, específicamente, en

⁸⁸³ Así, según LAUFER, W. S.; STRUDLER, A., “Corporate crime and making amends”, *American Criminal Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 1307-1318, p. 1314, la autorregulación solo funcionará si hay un control social y formal creíble en la normativa de base (“*corporate self-regulation will work only where there is a credible, formal social control in the regulatory background*”). En una línea similar, sostiene, FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 87, que es necesaria una amenaza creíble de persecución penal para que las entidades se vean incentivadas a aceptar tales acuerdos y a colaborar con la fiscalía en la investigación de los delitos que se cometen en su seno.

⁸⁸⁴ Así lo pone de manifiesto FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., pp. 95-96.

⁸⁸⁵ Cfr. LAUFER, W. S., “Corporate Prosecution, Cooperation, and the Trading of Favors”, *Iowa Law Review*, vol. 87, núm. 2, 2002, pp. 643-667, p. 667.

relación con las personas jurídicas. Además, favorecer la eficacia formal de la justicia penal, entendida en términos de ahorro de tiempo y costes, a la eficacia material, entendida como efectividad de las garantías procesales, supone desnaturalizar el entendimiento del Derecho Procesal penal como instrumento de libertad⁸⁸⁶.

En cualquier caso, aun cuando, como ocurre en España, rija el principio de legalidad, está claro que el Gobierno, a través del MF, señala prioridades en la lucha contra la criminalidad. Tales prioridades se materializan en la inversión de mayores recursos para la persecución de ciertos delitos. Pues bien, parece coherente con el enorme potencial lesivo de la criminalidad de empresa y, particularmente, de las grandes corporaciones, que la inversión en controlar y reprimir tal tipo de criminalidad sea igualmente sustancial. Así pues, el enorme poder de las grandes corporaciones demanda la intervención penal, como el arma más poderosa con que cuenta el Estado de Derecho para garantizar la seguridad pública.

2.3.- Las soluciones preprocesales como alternativa a una acusación formal. Especial mención a los DPAs y NPAs americanos

Con la regulación española actual, la única posibilidad que existe para articular un acuerdo entre la acusación y la defensa, y evitar el juicio oral, sería a través de una conformidad. De hecho, la conformidad es una manifestación del principio de oportunidad y, por ende, una excepción al principio general de legalidad que rige en el proceso penal español⁸⁸⁷. Ahora bien, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la conformidad implica una condena penal y, por lo tanto, parte de una imputación y una acusación previas. Y, en segundo lugar, que el acuerdo de conformidad ha de ser siempre ratificado en el acto del juicio oral, antes de que se inicie la práctica de la prueba (art. 787.1 LECrim), sin que sea posible adelantar tal ratificación a la fase de instrucción o a un momento anterior al de la adquisición de la condición de acusado por parte de la persona jurídica.

Por lo tanto, con un acuerdo de conformidad, si bien es cierto que se evitaría la celebración de un juicio público, con el consiguiente ahorro de recursos y se agilizaría, en cierta medida, la reparación a las víctimas, no se evitarían los daños colaterales para la persona jurídica, que ya habría adquirido la condición de acusado y, previamente, la de investigado y encausado. Seguiría siendo preciso acusar formalmente a la entidad y abrir el juicio oral que, al contrario que la fase de instrucción, tiene carácter público (arts. 120.1 CE y 301 LECrim), con lo que la opinión pública podría tomar conocimiento de los delitos imputados a la entidad, de la identidad de su representante especialmente designado y del día fijado para la vista oral, si bien, al no celebrarse ésta, se evitaría la total publicidad de las sesiones del juicio. En segundo lugar, las cargas de autorregulación, la adopción de programas de cumplimiento y la colaboración con la justicia, no podrían ser impuestas como condiciones en la sentencia de conformidad en

⁸⁸⁶ Cfr. MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad...* ob. cit., p. 147 y 150.

⁸⁸⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 111.

tanto que su contenido viene fijado por la ley y debe ceñirse a la imposición de la pena legalmente procedente, sin que la no celebración del juicio oral pueda quedar supeditado al cumplimiento de otros requisitos (art. 787.1 LECrim). Además, las negociaciones previas que, en su caso, entablaren la fiscalía y la defensa, no están reguladas en la ley, con lo que son opacas para el proceso y, por ende, ajenas al control judicial⁸⁸⁸. En tercer lugar, el ahorro de recursos públicos sería tan sólo relativo en tanto que la fase de instrucción no se evitaría, con lo que las largas y complejas investigaciones que preceden, habitualmente, al juicio, en asuntos sobre criminalidad económica tendrían que seguir desarrollándose⁸⁸⁹.

De lo anterior se deriva que, para aprovechar todas las ventajas que, supuestamente, produciría la introducción del principio de oportunidad, sería preciso introducir algún mecanismo que adelantase a la fase de instrucción el acuerdo entre las partes y que, además, permitiese condicionar tal acuerdo a una serie de requerimientos o compromisos por parte de la entidad. Así pues, a través de una suerte de “libertad condicional” otorgada en la fase de instrucción, la acusación y la defensa podrían acordar diferir la decisión de abrir el juicio oral frente a la entidad, a cambio del cumplimiento de una serie de condiciones, tales como, la adopción de un programa de cumplimiento y de medidas tendentes a prevenir la comisión de delitos de la especie del ya cometido, la colaboración en el descubrimiento de los responsables individuales y el pago de las responsabilidades civiles⁸⁹⁰.

En este punto, se hace preciso referir la novedosa regulación del denominado “*proceso por aceptación de decreto*”, contenida en los arts. 803 bis a) y ss. LECrim. Este nuevo cauce procesal, que vendría a constituir un procedimiento penal monitorio⁸⁹¹, permitiría

⁸⁸⁸ De hecho, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso...* ob. cit., p. 93, se refiere a ellas como “*negociaciones encubiertas*”, carentes de regulación legal, pero cuya existencia se da por supuesta cuando se establece la posibilidad de que la acusado pueda formalizar su conformidad “*conjuntamente con el escrito de acusación del Ministerio Fiscal*”.

⁸⁸⁹ En este sentido, cabe recordar que el art. 324. 2 f) LECrim, señala que una investigación se considerará compleja, pudiendo alargarse su instrucción, por tal motivo, desde el plazo ordinario de 6 meses al de 18 meses, cuando precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas con lo que, en las causas seguidas frente a una persona jurídica, siempre será posible alargar el plazo de la instrucción por esta vía.

⁸⁹⁰ Así es como funcionan los DPAs y NPAs, en los que la Fiscalía ofrece un acuerdo a la corporación a través del cual la Fiscalía se compromete a no presentar cargos frente a la entidad si ésta respeta los términos de acuerdo y a no reincidir durante un determinado período de tiempo. La inobservancia de las condiciones del acuerdo faculta al fiscal para revocarlo y acusar formalmente a la entidad. Incluso, es posible, que se nombre a un monitor o interventor para que fiscalice que la entidad está implementando y respetando el acuerdo alcanzado y envíe informes periódicos a la Fiscalía sobre tales extremos. Por su parte, Francia también cuenta con base legal (art. 40 I CPP) para instaurar procedimientos de “diversión” penal. Al amparo de tal precepto, se permite, por ejemplo, que el presunto autor del delito que haya hecho un uso ilícito de estupefacientes y acepte someterse voluntariamente a un procedimiento de desintoxicación o aceptar una vigilancia médica vea sobreesido su caso por razones de oportunidad, en concreto para obtener su rehabilitación. Ahora bien, si el imputado incumple dicho compromiso, el MF puede disponer la reapertura de la instrucción.

⁸⁹¹ Ya en los años 80 GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados...” ob. cit., p. 1294, decía lo siguiente sobre este procedimiento: “*de todos los instrumentos de simplificación del proceso penal, el procedimiento penal monitorio es, sin duda, el de mayor arraigo y el que más economía procesal reporta a los distintos países integrantes de la Comunidad Europea*”, afirmando además que, tal procedimiento, estaba ya prevista en Austria, Dinamarca, Francia, R.F.A, Luxemburgo, Noruega, Suecia, la totalidad de los cantones suizos y Turquía. Ahora bien, analizando las notas esenciales de este

que el sujeto pasivo y el MF alcanzasen un acuerdo en cualquier momento, desde el inicio de las diligencias pre-procesales del MF y hasta la finalización de la instrucción, aun cuando el investigado no haya sido llamado a declarar. Por esta vía, la persona jurídica investigada podría conformarse con la pena antes del cierre de la instrucción e, incluso, en una fase previa a la iniciación del proceso en sentido estricto, durante la investigación de la Fiscalía, de tal forma que se evitaría su imputación y acusación formal.

El problema es que no está claro que las personas jurídicas entren en el ámbito objetivo del referido procedimiento, que se limita a aquellos delitos castigados “*con pena de multa, trabajos en beneficio de la comunidad o con pena de prisión que no exceda de un año y que pueda ser suspendida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código Penal, con o sin privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores*” (art. 803 bis a) 1º LECrim)”. Así pues, aunque, como regla general, las personas jurídicas serán castigadas tan sólo con pena de multa, el hecho de que, en abstracto, el CP prevea la posibilidad de aplicarles otras penas restrictivas de derechos distintas de la multa, puede suponer un obstáculo insalvable para acudir al procedimiento por aceptación de decreto. Por otra parte, aunque no lo diga la ley, esta vía procedimental, seguramente concebida por el legislador para quedar circunscrita a delitos de seguridad vial⁸⁹², parece apta sólo para aquellos casos en los que, tanto el hecho punible como la participación de su autor aparecen suficientemente acreditados y, especialmente, para los supuestos de flagrancia⁸⁹³. Pues bien, en el caso de las personas jurídicas, la complejidad derivada del sistema de imputación previsto para ellas en el CP podría dificultar, igualmente, acudir al procedimiento por aceptación de decreto.

En Estados Unidos, junto con la ya generalizada práctica de la negociación entre la fiscalía y el acusado (*plea bargaining*)⁸⁹⁴, han surgido y se han generalizado para las causas frente a las personas jurídicas, los acuerdos de no persecución (NPAs) y los acuerdos de diferimiento de la persecución (DPAs), que son acuerdos pre-procesales, menos onerosos que los *plea agreements* en términos de daños colaterales para la entidad, porque evitan su acusación formal de la entidad y, sobre todo, eluden su

procedimiento, el autor señalaba una que parece esencial, y que nuestra legislación no exige, cual es la de que se diluciden a través del mismo tan sólo aquellas infracciones menores, en las que esté suficientemente acreditado el hecho punible y la participación de su autor, ya sea a través de la declaración del inculpado, ya sea a través de otras fuentes de prueba (p. 1295).

⁸⁹² GARCÍA SANMARTÍN, J., “Consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, *Diario La Ley*, núm. 8468, 28 de enero 2015.

⁸⁹³ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto”, *Diario La Ley*, núm. 8544, 21 de mayo de 2015.

⁸⁹⁴ Hay que tener en cuenta que, en aquel país, entre un 90 y 95% de los casos no llegan a juicio, resolviéndose a través de acuerdos con la fiscalía, denominados *guilty pleas*, que aparecen regulados en la regla 11 de las *Federal Rules of Criminal Procedure*. Estos datos, pueden consultarse, desagregados por Distritos, Circuitos y Estados en las estadísticas de la *United States Sentencing Commission*, disponible en <http://www.uscc.gov/research-and-publications/federal-sentencing-statistics/federal-sentencing-statistics-district-circuit-state>, última consulta 2/06/2015; Sobre el origen y evolución histórica del *plea bargaining* en Estados Unidos se puede ver RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada...* ob. cit., pp. 29-33, donde se afirma que a finales del S. XIX, principios del S. XX empieza a ser considerado el modo normal de resolución de casos y en el que se asienta el funcionamiento del sistema que, de otro modo, colapsaría.

declaración de culpabilidad (*guilty plea*), con lo que vienen a constituir una tercera vía entre la renuncia a la acción penal, que resultaría en la total impunidad de la corporación criminalmente responsable y la acusación formal –o *indictment*–, con sus concomitantes consecuencias colaterales para la reputación de la entidad, para su posición en el mercado y para terceros inocentes⁸⁹⁵.

Estos acuerdos son firmados entre las entidades investigadas por un delito y la fiscalía, manteniéndose ajenos a la supervisión judicial y a la fiscalización pública. A través de ellos la Fiscalía conviene en no presentar cargos (NPAs) o en diferir la presentación de los mismos durante un lapso de tiempo (DPAs). A cambio, la entidad, normalmente, admite los hechos, reconociendo la infracción, eso sí a través de un lenguaje estudiado y negociado con la Fiscalía y sin reconocer necesariamente su culpabilidad, se compromete a pagar multas, a reparar los daños y a devolver las ganancias ilícitas, a no reincidir y a cooperar con el gobierno en la determinación de los responsables individuales, a implementar *compliance programs* o a mejorar los que posee, así como a realizar otras reformas o reestructuraciones internas, entre las que podrían incluirse el despido de los empleados que se han negado a cooperar o que han participado en la actuación delictiva, así como cambios en el Consejo de Administración y en el personal de alta dirección. Tampoco resulta infrecuente que la entidad se comprometa a no realizar declaraciones en medios de comunicación o en un eventual juicio que contradigan los términos del acuerdo, que renuncie a la prescripción de la infracción o que contrate a un interventor para que supervise el cumplimiento del acuerdo⁸⁹⁶.

En definitiva, los referidos acuerdos pretenden promover el compromiso de la entidad con la legalidad, previniendo la reincidencia y asegurando su cooperación con la Fiscalía en la investigación de los ilícitos cometidos en su seno⁸⁹⁷. Se trata de acuerdos resultantes de una negociación privada entre los abogados de la entidad y los fiscales, sin supervisión judicial alguna y basados, en gran parte, en la relación de confianza que se desarrolla entre los letrados, preocupados por mantener su reputación profesional, y los fiscales, que, de este modo, agilizan ostensiblemente la resolución de los asuntos que les corresponden. Resulta así mismo destacable que, los supervisores del cumplimiento de tales acuerdos son los propios fiscales, que se reservan la facultad de formular acusación si, unilateralmente, entienden que la entidad ha incumplido los términos del pacto, lo cual incrementa, todavía más, el poder negociador de la Fiscalía⁸⁹⁸. De hecho, la generalización de tales acuerdos como forma de dar respuesta a la delincuencia corporativa implicaría, a mi juicio, una suerte de “administrativización”

⁸⁹⁵ Así se dispone en los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, USAM 9-28.1000 que “*where the collateral consequences of a corporate conviction for innocent third parties would be significant, it may be appropriate to consider a non-prosecution or deferred prosecution agreement with conditions designed, among other things, to promote compliance with applicable law and to prevent recidivism. Such agreements are a third option, besides a criminal indictment, on the one hand, and a declination, on the other*” (Cuando los daños colaterales de la condena de una corporación para terceros inocentes fuesen significativos, podría resultar apropiado considerar la adopción de un acuerdo de no persecución o de diferimiento de la persecución con condiciones orientadas, entre otras cosas, a promover el cumplimiento de la ley y a prevenir la reincidencia. Tales acuerdos serían una tercera opción, junto con la acusación penal, por una parte, y el archivo del caso, por otra).

⁸⁹⁶ Sobre los términos que normalmente incluyen estos acuerdos, véase SENKO, M., “Prosecutorial Overreaching in Deferred...ob. cit., pp. 170-181.

⁸⁹⁷ FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 56.

⁸⁹⁸ SENKO, M., “Prosecutorial Overreaching in Deferred...ob. cit., pp. 172-174.

en la aplicación del Derecho Penal⁸⁹⁹, esto es, una renuncia al monopolio judicial y procesal en el ejercicio del *ius puniendi*⁹⁰⁰, con los riesgos que ello implica en términos de garantías y con la perversión que supondría, por lo tanto, para el modelo de justicia penal, esencialmente garantista, imperante en Europa.

El principal atractivo de tales acuerdos es que los mismos evitan o minimizan los daños colaterales derivados de una acusación formal o de una condena⁹⁰¹, en tanto que evitan el estigma inherente al reproche penal. Así mismo, pueden servir para prevenir la imposición de sanciones que podrían afectar al desarrollo de la actividad principal de la entidad o a su continuación en el mercado, tales como la retirada de licencias para operar en un determinado sector o la inhabilitación para contratar con el sector público. Sin embargo, tales acuerdos han sido objeto de todo tipo de críticas. Para algunos autores resultan demasiado onerosos, y se critica que los fiscales, aprovechándose de la imperiosa necesidad de la entidad por evitar una acusación, los usen para imponerles condiciones abusivas, desproporcionadas o arbitrarias⁹⁰². Mientras que, para otro sector doctrinal, tales acuerdos son demasiado benevolentes, en tanto que la entidad no afronta verdaderamente su responsabilidad penal y el estigma que ello supone y, por lo tanto, su eficacia preventiva queda en entredicho⁹⁰³. En este sentido, se pone en duda que los

⁸⁹⁹ En este sentido, afirma BARKOW, A. S; CIPOLLA, M. D., "Increased judicial scrutiny on deferred prosecution agreements", *New York Law Journal*, martes, 20 de agosto de 2013, pp. 1-3, p. 2, que las decisiones de entrar en un DPA, de dotarlo de contenido y de supervisar su efectivo cumplimiento constituyen funciones ejecutivas más que judiciales; En general, en relación con la administrativización del Derecho Penal ver FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "Sobre la "administrativización" del derecho penal en la "sociedad del riesgo". Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI", *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 19, 2007, pp. 101-152.

⁹⁰⁰ Sobre la exclusividad jurisdiccional y procesal en la aplicación del Derecho Penal, véase MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad. Ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Thomson Civitas, Pamplona, 2008, pp. 27-36.

⁹⁰¹ En este sentido, afirma SENKO, M., "Prosecutorial Overreaching in Deferred...ob. cit., p. 169, que un DPA es un efectivo instrumento para administrar un castigo a una entidad culpable sin destrozarla y sin dañar injustamente a trabajadores inocentes, inversores o, incluso, al sector industrial de la entidad a través de la expulsión del negocio de un actor clave.

⁹⁰² En este sentido, SENKO, M., "Prosecutorial Overreaching in Deferred...ob. cit., pp. 171-181, entiende que tales acuerdos, a los que pretende aplicar las normas que rigen las relaciones contractuales, incurren en coerción económica (*economic duress*) y desproporción (*unconscionability*); Como botón de muestra de esta excesiva discrecionalidad de la Fiscalía, SPIVAK, P.; RAMAN, S., "Regulating the new regulators: current trends in Deferred Prosecution Agreements", *American Criminal Law Review*, vol. 45, núm. 2, primavera 2008, pp. 159-193, pp. 173-174, hacen referencia a ciertos supuestos en los que tales acuerdos han forzado a las entidades a realizar conductas que no tenían ninguna relación con el delito cometido o con la reparación de las víctimas. Así, en 2005 la compañía Bristol-Meyers Squibb fue requerida para donar una silla para la antigua escuela de Derecho del Fiscal de los Estados Unidos en aquel momento, mientras que en el DPA de *New York Racing Association*, la Fiscalía requirió a la entidad la instalación de máquinas tragaperras en sus establecimientos con el fin de recaudar dinero para la educación pública.

⁹⁰³ En este sentido, ELIASON, R. D., "We need to indict them...ob. cit., pp. 1-2, manifiesta que el uso abusivo de tales acuerdos pre-procesales mina el sistema de justicia penal en tanto que se pierde la fuerza preventiva de las persecuciones penales y la condena moral de la comunidad que acompaña a una condena penal y que convierte a tales sanciones en arma especialmente poderosa en términos preventivos. En palabras del autor, "*the moral condemnation of the community that accompanies a criminal conviction makes these sanctions a uniquely powerful deterrent*"; En la misma línea, FIRST, H., "Branch office of the prosecutor...ob. cit., pp. 88-92, sostiene que es precisa una amenaza creíble de persecución penal para que las entidades acepten los acuerdos y colaboren con la investigación, sosteniendo además que ver a las corporaciones exclusivamente como agentes del gobierno y no como verdaderos objetivos de la política criminal puede tener efectos negativos en términos de prevención de los delitos, entre otras cosas porque,

acuerdos pre-procesales resulten efectivamente aplicados y que puedan alcanzar los fines de prevención general y especial con un alcance similar al de una condena penal.

Creo que no se puede negar que, en algunos casos, el uso de tales acuerdos puede tener sus ventajas, especialmente, en un sistema como el estadounidense que se basa, en gran medida, en las negociaciones entre el acusado y la Fiscalía, y en el que rige con fuerza el principio de oportunidad. Ahora bien, el abuso de los mismos, es decir, el hecho de que, sistemáticamente, se evite acusar formalmente a las corporaciones y/o condenarlas penalmente, supone una grave erosión del poder preventivo del Derecho Penal⁹⁰⁴. En este sentido, considero que resulta preciso que existan controles sociales formales y una amenaza real de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas va a ser efectivamente aplicada para que éstas se tomen en serio sus obligaciones de cumplimiento normativo⁹⁰⁵, sin que, al menos para los delitos graves, puedan asegurarse un trato de favor a través de un comportamiento post-delictivo adecuado. Tal y como se señaló *ut supra*, el estigma propio del enjuiciamiento público y de la condena penal constituye una parte importante de lo que la pena, con su función simbólica, añade en relación con otras sanciones alternativas, de naturaleza administrativa o civil, en términos preventivos y disuasorios.

Por su parte, la regulación italiana, también contempla la posibilidad de que, antes de celebrarse la vista oral, la entidad que realiza ciertas actividades tendentes a reparar el daño causado y a adoptar modelos organizativos idóneos para prevenir la comisión de delitos, obtenga beneficios. Sin embargo, en este caso, la consecuencia de tales actuaciones reparadoras no se refleja en el ejercicio de la acción penal, sino en la determinación de la pena del ente. En este sentido, el art. 17 D. Lgs. 231 señala que, dejando a salvo la multa, las sanciones restrictivas de derechos no se aplican cuando, antes de la apertura del juicio de primera instancia, la entidad: a) haya resarcido completamente el daño y haya eliminado las consecuencias perjudiciales o peligrosos del delito o, al menos, haya tomado las medidas necesarias al respecto; b) haya eliminado las deficiencias organizativas determinantes del delito mediante la adopción e implementación de modelos organizativos adecuados para prevenir los delitos de la

si tales acuerdos resultan más beneficiosos para las entidades que una acusación formal, esto implica que, con su generalización, delinquir les sale más rentable.

⁹⁰⁴ En este sentido, sostiene MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth...ob. cit., p. 801, que no hay evidencias empíricas de que los DPAs sean efectivos en términos de prevención del crimen corporativo y, por otra parte, existen pruebas anecdóticas de que tales acuerdos fallan espectacularmente en prevenir la reincidencia de las corporaciones. Nuevamente el caso Andersen puede servir de ejemplo. La firma ya había firmado un DPA en 1996 y justo unos meses antes de la caída de Enron la SEC había reprobado a la entidad como parte de acuerdo por violar las leyes federales del mercado de valores. Aun así, el gobierno ofreció a la entidad entrar en un nuevo DPA con un nuevo programa de cumplimiento y un monitor independiente que asegurase su observancia sin embargo la firma no quiso admitir su culpabilidad o mala conducta, ni siquiera como parte de ese acuerdo que le permitiría evitar la condena. Su estrategia de defensa giró en gran parte en torno a la campaña de relaciones públicas que desarrolló en medios con protestas de empleados, notas en prensa y en su web, y con presiones, a través de su lobby, en el Congreso y entre los empleados del Departamento de Justicia, proclamando, incluso durante la celebración del juicio, que su persecución penal era una caza de brujas. Un análisis más profundo del caso Arthur Andersen, de la destrucción de documentación por la entidad y de su campaña publicitaria contra la actuación de la fiscalía puede verse en BRICKEY, K. F., “Andersen’s fall from grace”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 81, núm. 4, 2003, pp. 917-959; ELIASON, R. D., “We need to indict them...ob. cit., pp. 1-2.

⁹⁰⁵ LAUFER, W. S.; STRUDLER, A., “Corporate crime and making...ob. cit., p. 1314.

especie de aquel que se ha verificado; c) haya puesto el beneficio obtenido a disposición de la autoridad para fines de decomiso. En mi opinión, esta solución es más satisfactoria que la española y que la estadounidense. Así pues, la entidad sigue siendo condenada y sancionada con el pago de una multa, sufriendo el estigma inherente a la condena penal, pero sin que las medidas que se le imponen resulten desproporcionadas en términos de necesidad preventiva. De este modo, permitiendo al órgano judicial controlar el cumplimiento de tales requisitos legales, antes de decidir sobre la determinación de la pena, se evita dejar al arbitrio de la fiscalía la decisión sobre tales extremos y, además, se incentiva a la entidad para que repare las consecuencias del delito, de forma previa a la celebración del proceso, con lo que se agiliza la reparación de las víctimas y el decomiso de los efectos del ilícito penal, a la vez que se incentiva a la entidad a autorregularse, a través de la implementación de programas de prevención de delitos.

2.4.- A modo de conclusión: los riesgos de americanización del proceso penal español

En el proceso penal español, tal y como se refirió al inicio de este epígrafe, rige el principio de legalidad, según el cual todos los delitos deben ser perseguidos, agotándose las posibilidades de determinar todas las responsabilidades dimanantes de los mismos. Ahora bien, existe el riesgo de que, las reiteradas demandas de introducir criterios de oportunidad en la decisión de iniciar actuaciones procesales⁹⁰⁶, se vean reforzadas con la excusa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que podría incrementar los rasgos negociales del proceso, aproximándolo al sistema norteamericano, en el que la libertad se “compra” y se “vende”, a cambio de información, en la oficina de la Fiscalía. De hecho, cabe señalar que el principio de oportunidad y la justicia negociada suponen una “desjudicialización” del control del delito, lo que implicaría atribuir a una autoridad dependiente del Ejecutivo funciones que, hasta ahora, han sido consideradas típicamente jurisdiccionales. Esta tendencia choca con las propuestas de los autores americanos que, preocupados por la excesiva discrecionalidad de la Fiscalía en las persecuciones de crímenes corporativos, demandan un incremento de la supervisión judicial sobre los acuerdos pre-procesales⁹⁰⁷.

⁹⁰⁶ En esta línea, la Propuesta CPP 2013 pretendía introducir en su art. 91.1.1 un fuerte principio de oportunidad que permitiría a la fiscalía renunciar a la persecución penal cuando el delito fuese de escasa gravedad y no existiese interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias del caso; Además, el apdo. 2º de ese mismo precepto señalaba que, cuando el MF solicitase el sobreseimiento por motivos de oportunidad, el Juez de garantías tendría que acordarlo, salvo que hubiese parte acusadora personada que ofreciese “*motivo fundado para efectuar el enjuiciamiento en interés de la justicia*”. Esta disposición implicaría limitar la posibilidad de la víctima de sostener la acción penal, subordinándola a la apreciación judicial de que concurre el denominado “interés de la justicia” en la persecución penal, concepto indeterminado de difícil concreción; Además, no faltan autorizadas voces en la doctrina que apuestan por la introducción de mayores dosis de oportunidad en el proceso penal español. En este sentido, véase GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1457, pp. 1287-1306.

⁹⁰⁷ Entre otros, se pronuncian a favor de un mayor control judicial que evite los excesos del poder de la fiscalía SENKO, M., “Prosecutorial Overreaching in Deferred...ob. cit., pp. 186-187; Si bien, también existen voces que cuestionan los beneficios que un mayor control de la judicatura sobre tales acuerdos podría suponer. En este sentido, BARKOW, A. S; CIPOLLA, M. D., “Increased judicial scrutiny on...ob. cit., pp. 1-3, sostienen que, al fin y al cabo, constituyen acuerdos de naturaleza ejecutiva y no judicial y que un excesivo control judicial supondría alargar los tiempos de resolución, implicaría un mayor gasto

Considero que el sistema procesal penal americano no es digno de ser tomado como ejemplo, dado que se basa en la presión que la Fiscalía ejerce sobre el sospechoso de haber cometido un delito, orientada a que acepte un acuerdo en el que reconozca los hechos que se le atribuyen y, en su caso, su culpabilidad en los mismos. Esta perniciosa dinámica, por la que se resuelven la inmensa mayoría de los asuntos penales presenta numerosos riesgos entre los que destacan los peligros para los principios de igualdad, de legalidad y de presunción de inocencia⁹⁰⁸. De hecho, a mi modo de ver, el sistema americano, en la práctica, difícilmente puede ser calificado de adversarial, en la medida en que, entre el 90 y 95 % de los casos no llegan a ser vistos en un juicio contradictorio, sino que se resuelven por acuerdo, siendo objeto de un mínimo control judicial, orientado, en los casos en que existe, a verificar, no la realidad de los hechos que se imputan al sujeto, sino la voluntariedad del pacto en cuestión. Por todas estas razones, ante el riesgo de “americanización” del proceso penal, que podría suponer la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es preciso estar prevenido ante futuras propuestas legales en tal sentido, evitando, por ejemplo, que el nuevo procedimiento penal por aceptación de decreto (art. 803 bis a) LECrim), se sustente sobre las negociaciones previas entre acusación y defensa, las cuales, ante el desigual poder de las partes negociadoras, podrían implicar el ejercicio de una indebida presión sobre el sospechoso para aceptar el acuerdo⁹⁰⁹.

Es más, en mi opinión, el riesgo que es menester prevenir radica, no tanto en la evitación de los daños colaterales que el proceso podría ocasionar a una persona jurídica, sino más bien en que, con la excusa de neutralizar tales daños, se introduzca una justicia negociada en la que los recursos humanos y materiales dedicados a la persecución del crimen se concentren en evitar juicios en lugar de en celebrarlos con las debidas garantías⁹¹⁰. Con el factor añadido de que tal justicia negociada podría introducir un componente de discriminación en favor de las entidades más poderosas o de mayor tamaño, cuya condena, supuestamente, podría causar mayores daños colaterales, convirtiéndolas en candidatas idóneas para la firma de acuerdos pre-procesales sustitutivos de la efectiva persecución penal⁹¹¹, trato de favor claramente inconsistente con su mayor potencialidad lesiva, que debería hacerlas acreedoras de un tratamiento punitivo más severo. En este sentido, frente a quienes abogan por la

de recursos y permitiría al Juez tomar decisiones sin contar con los elementos de convicción precisos dada su ajenidad en relación con el proceso de investigación y negociación previos. Además el incremento del control judicial podría disminuir las posibilidades de llegar a acuerdos pre-procesales en investigaciones futuras.

⁹⁰⁸ Estas y otras críticas del sistema *plea bargaining* americano puede verse en RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada...* ob. cit., pp. 95-109, siendo la principal ventaja el beneficio en términos de tiempo y dinero que se produce para todos los participantes en el proceso.

⁹⁰⁹ En este sentido, GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados...” ob. cit., p. 1294, defensor de la introducción del proceso penal monitorio como forma de perseguir la economía procesal, entendía adecuado prohibir cualquier negociación entre las partes acusadoras y la defensora en la individualización o quantum de la pena, así como garantizar la espontaneidad y libertad de la declaración de voluntad del inculcado.

⁹¹⁰ Una crítica similar es realizada por MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad...* ob. cit., pp. 80-83, en relación con el sistema americano. En este sentido, el autor afirma que, en aquel país, el papel del Juez consiste en evitar que se hagan juicios y el del fiscal, en realizar una investigación encaminada a que el abogado del acusado asuma un trato que haga innecesario el juicio oral, mientras que el abogado defensor cumple la función de convencer al acusado de que la oferta del fiscal le es muy conveniente

⁹¹¹ GARRET, B. L., “Structural Reform Prosecution...” ob. cit., pp. 880, 887-889.

introducción de criterios de oportunidad en el enjuiciamiento de las personas jurídicas⁹¹², entiendo que atribuir a la Fiscalía poderes discrecionales para decidir si perseguir o no los delitos corporativos, junto con la pretendida restricción de la acción popular, que se analizará más detenidamente en el apdo. 3.2.2 de este epígrafe, podría conducir a la impunidad de los crímenes perpetrados por las grandes empresas, muchos de los cuales, además, carecen de una víctima concreta que pueda personarse como acusación particular, en tanto que atacan bienes jurídicos de titularidad colectiva o difusa.

Además, algunos de los motivos que, tradicionalmente, se han aducido para introducir el principio de oportunidad en el proceso penal, como el de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad⁹¹³ o el de obtener la rehabilitación del delincuente mediante su sometimiento voluntario a un procedimiento de rehabilitación, no resultan extensibles a las personas jurídicas. Por el contrario, si serían igualmente predicables de las personas jurídicas, las razones centradas en favorecer la economía procesal y la pronta reparación de las víctimas, si bien, no en mayor medida que en los delitos cometidos por personas físicas⁹¹⁴. Por otra parte, el hecho de que todas las penas imponibles a las personas jurídicas, incluida la de multa, tengan la consideración de graves (art. 33.7 CP), así como el potencial lesivo de la mayor parte de las conductas que se les atribuyen, no se ajusta al entendimiento general del principio de oportunidad como una solución reservada a los hechos punibles de escasa gravedad, siendo uno de los criterios a tomar en consideración para determinar la falta de interés público en iniciar la persecución la escasa lesión social⁹¹⁵.

A mayor abundamiento, las distinciones entre ilícitos civiles, administrativos y penales, no siempre resultan claras en ámbitos sujetos a minuciosas reglamentaciones de carácter técnico, tales como el contable, el bancario, el farmacéutico, el medioambiental etc. Sin embargo, normalmente, el potencial de causar daños de las corporaciones o entidades de tales sectores es enorme, de ahí la necesidad de regular detalladamente su actuación, en orden a prevenir malas prácticas. En tales ámbitos, lo que a veces se intenta presentar ante la opinión pública como una mala gestión empresarial, esconde actuaciones

⁹¹² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit.; GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., pp. 182-188.

⁹¹³ LISZT, F, v., *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 20ª ed. Alemana por L. Jiménez de Asúa y adicionado con Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña, T. II, Madrid, 1916, pp. 16-17.

⁹¹⁴ Evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad, la rehabilitación del delincuente, la pronta reparación de las víctimas y la economía procesal son las cuatro causas de política criminal o de interés público que, según GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados...ob. cit., pp. 1292-1293, justificarían un sobreesimiento por razones de oportunidad. Mientras que una fundada crítica a tales motivos pueden verse en SANTANA VEGA, D. M., “Principio de oportunidad y sistema...ob. cit., pp. 11-117.

⁹¹⁵ GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados...ob. cit., pp. 1291-1292; Sobre este entendimiento del principio de oportunidad, como remedio para no castigar aquellas conductas que, a pesar de encontrarse tipificadas en el CP, presentan una escasa gravedad o lesividad social, esto es, para la denominada “criminalidad de bagatela”, cabe reproducir las críticas vertidas por SANTANA VEGA, D. M., “Principio de oportunidad y sistema...ob. cit., pp. 112, según quien “*se trataría con esta técnica de instaurar un principio de intervención mínima pero no en su correcto entendimiento y enclave sustantivo sino en un extraño ámbito procesal que le es ajeno*”. En otras palabras, el legislador, en lugar de destipificar tales conductas, como últimamente ha hecho con la eliminación de las faltas del CP, acudiría al principio de oportunidad para inaplicarlas a través de la inactividad de los órganos de persecución penal.

delictivas, realizadas en beneficio de unos pocos, y causantes de importantes daños para una gran pluralidad de víctimas o, incluso, para la sociedad en su conjunto, siendo preciso, para descubrir tales ilícitos, desarrollar una labor de control y supervisión contra sobre los implicados.

En el contexto descrito, la mejor manera de garantizar la efectiva aplicación del principio de legalidad que rige en nuestro ordenamiento, persiguiendo, en la medida de lo posible, todos los delitos, pasa por obligar a tales entidades a dotarse de medidas de prevención y detección de delitos, por incentivar las delaciones y proteger jurídicamente a los delatores, y por no cerrar las investigaciones en falso sin una previa comprobación de la veracidad de las sospechas y de la depuración de todas las responsabilidades. Ahora bien, el cumplimiento efectivo de tales finalidades de regulación, prevención y control de los delitos en entornos empresariales, implica invertir recursos públicos en la investigación penal, dotando de mayores medios materiales y humanos a las administraciones encargadas de vigilar el cumplimiento de la legalidad, tales como la Inspección de Trabajo, la Administración Tributaria, las fiscalías especializadas o la policía, entre otros.

En definitiva, resulta rechazable que la entidad que colabora con la justicia y se compromete a implementar un programa de cumplimiento pueda evitar con ello, de forma automática, resultar imputada o acusada en un proceso penal. De hecho, ante la comisión de un delito en su nombre y por su cuenta, salvo que la entidad, oportuna y voluntariamente, se adelante al inicio de la investigación judicial, denunciando la comisión del delito y aportando evidencias de que cumple escrupulosamente con todos los requerimientos que el CP señala como determinantes de su exención de responsabilidad, su eventual responsabilidad debería quedar ser investigada. Sólo en caso de que su falta de culpabilidad por el hecho resulta evidente, y no requiera de mayores comprobaciones por parte de la autoridad pública, será posible que el Juez de Instrucción decida no imputar a la entidad. Otro tanto cabe decir de la decisión sobre su acusación, que sólo podrá evitarse si, finalizada la instrucción, se desprende claramente de las investigaciones que la entidad se encuentra exenta de responsabilidad, lo que debiera conducir a su sobreseimiento libre. En otro caso, si hay dudas sobre la concurrencia de algunos de los elementos que fundamentan la exención de responsabilidad penal de la entidad por los delitos cometidos por sus agentes, debería ser objeto de acusación, abriéndose, para la persona jurídica, dos posibilidades, o bien conformarse con la pena más grave de las solicitadas por las acusaciones personadas, o bien acudir a juicio para ejercer, con plenitud, su derecho defensa en orden a desvirtuar las pruebas de cargo presentadas por la acusación, que será, en tal caso, la encargada de acreditar su responsabilidad.

En definitiva, las ventajas del principio de oportunidad en las causas seguidas frente a las personas jurídicas serían el ahorro de tiempo y de costes al no celebrarse el juicio oral, logrando reparar a las víctimas e incentivando a la entidad para que se autorregule y para que colabore con la justicia en el castigo de los responsables individuales, evitando, al mismo tiempo, los excesivos daños colaterales, o el menoscabo que en su reputación, podría acarrearle la imputación o la celebración de juicio oral. En este sentido, según los defensores del principio de oportunidad, esta suerte de *diversion* permitiría, por un lado, satisfacer el interés social y servir a la justicia, previniendo la

reiteración delictiva, mientras que, al mismo tiempo, se minimizarían los daños colaterales derivados del proceso penal público para la entidad y se reducirían los costes y los tiempos procesales⁹¹⁶.

Ahora bien, cuestionada la relevancia jurídica, así como la realidad empírica, de algunos de los argumentos que se aducen para introducir el principio de oportunidad en las causas de las personas jurídicas, y referidos los riesgos que plantea atribuir una excesiva discrecionalidad a la Fiscalía, sólo resta confiar en que las decisiones de imputación y acusación sigan siendo tomadas con las necesarias cautelas exigidas por su naturaleza y con los niveles de certeza que los diferentes estadios del proceso penal requieren. Todo lo cual queda, en buena medida, garantizado por la intervención decisiva de una autoridad judicial independiente en tales juicios, así como por la naturaleza provisional de los juicios que integran las primeras fases del proceso penal y que conducen a la terminación del proceso, en cualquier momento en que la pretensión penal pierda consistencia, desestimándose los cargos inicialmente presentados, bien a través de un sobreseimiento, bien a través de una sentencia absolutoria cuando, tras abrirse el juicio oral, la acusación no consiga desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

En cualquier caso, consciente de que las tendencias legislativas en la justicia penal apuntan en una dirección opuesta a la de reforzar el principio de legalidad, parece conveniente señalar que, para el caso de que finalmente el principio de oportunidad triunfe como criterio general del ordenamiento, debiera tratarse de una oportunidad reglada⁹¹⁷, que sometiese la renuncia a la acción penal y las decisiones de sobreseimiento, a criterios claros, preestablecidos en la legislación, para impedir, de este modo, lesiones del principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley⁹¹⁸. De tales criterios, hay dos que considero indispensables: la escasa lesividad social de la conducta y la no reincidencia. Así pues, existiendo tales criterios legales prefijados y, sobre todo, teniendo en cuenta los principios que rigen la actuación del MF español, básicamente, los de legalidad e imparcialidad, podrían aprovecharse las ventajas que, en términos de economía procesal, otorga el principio de oportunidad, sin poner en juego otras garantías procesales consolidadas sobre las que ha de seguir pivotando el sistema de justicia penal⁹¹⁹. Con tal solución podría evitarse la iniciación de procesos penales frente a aquellas personas jurídicas sin antecedentes, a las que se les imputasen delitos menos graves y que, además, mostrasen una actitud comprometida con la prevención delictiva, a través de la implementación de sistemas de organización y gestión idóneos para prevenir la continuidad o la reiteración delictiva en su seno.

⁹¹⁶ Entre otros, BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., pp. 191-192.

⁹¹⁷ La oportunidad reglada es considerada aceptable por los algunos de los más acérrimos defensores del principio de legalidad como por los defensores del principio de legalidad. Ver, en este sentido, las aportaciones y las referencias de PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad”, en AA.VV., *La reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, pp. 321-385, pp. 363-375.

⁹¹⁸ GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados...ob. cit., p. 1293.

⁹¹⁹ Sobre los riesgos que el principio de oportunidad supone para principios como el publicidad, igualdad o seguridad jurídica, así como para derechos fundamentales tales como el derecho a ser oído y vencido en juicio ver PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad...ob. cit., pp. 375-380.

3.- La iniciación del proceso penal frente a las personas jurídicas

El proceso penal puede ser iniciado de oficio o a instancia de parte. Tal y como se indicó en la introducción de este epígrafe, la iniciación del procedimiento *ex officio* se limita a aquellos casos en que el Juez recibe la *notitia criminis* a través de un medio de comunicación, de un hallazgo casual en el marco de otro procedimiento⁹²⁰ o, en su caso, al supuesto en que tenga conocimiento de hechos que revistan los caracteres de delito a través de una denuncia anónima que no sirve, en sí misma, para iniciar el proceso, pero que puede desencadenar el inicio de una investigación si los hechos denunciados son veraces. No obstante, la forma más común de iniciación del proceso será la que provenga de una petición de parte y como en el proceso penal español la función de promover la acción no corresponde en exclusiva al Ministerio Público, tal iniciativa puede provenir, así mismo, de un particular, el cual podría limitarse a impulsar el inicio de la investigación penal a través de una denuncia o podría, en su caso, constituirse como parte procesal acusadora, interponiendo una querrela.

El análisis se centrará en los procesos iniciados a instancia de parte, tratando de limitarse a las especificidades y a la casuística surgida en relación con la denuncia y la querrela en las causas seguidas frente a las personas jurídicas. Así pues, en primer lugar, se analizarán los sistemas de denuncia empresariales con que cuentan algunas entidades, como parte de sus programas de prevención delictiva y la problemática que surge cuando la confidencialidad de tales canales de delación se traduce en denuncias anónimas. En segundo lugar, se hará referencia a la distinción entre el actor popular y el actor particular, que podría enturbiarse en aquellos delitos en que el bien jurídico dañado es de naturaleza colectiva o difusa, tratando, además, de rebatir las demandas de la doctrina dirigidas a limitar o eliminar la acción popular en las causas seguidas frente a las personas jurídicas.

3.1.- La denuncia de las personas jurídicas. Los canales de denuncia internos y la denuncia pública

La denuncia es un acto procesal de parte, en virtud del cual una persona pone en conocimiento de una autoridad o funcionario la perpetración de un hecho delictivo⁹²¹. En este sentido, se constituye en una forma de que los particulares den traslado de una *notitia criminis* a la autoridad competente, al efecto de que se inicien las correspondientes actividades de investigación, dirigidas a comprobar la veracidad de los hechos.

⁹²⁰ Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...* ob. cit., p. 116.

⁹²¹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; FERREIRO BAAMONDE, X.-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 208; Por su parte, TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 16, la define como “acto jurídico de participación de conocimiento sobre un hecho aparentemente delictivo y que provoca en su caso en enjuiciamiento del Juez tendente a ordenar o denegar la incoación del proceso penal”.

Evidentemente, en el caso de los delitos cometidos en el seno de una organización, existen las posibilidades habituales de dirigir las denuncias a las autoridades públicas de persecución penal, esto es, a la Policía, a la Fiscalía o, directamente, al Juez de Instrucción. La peculiaridad radica en los sistemas de denuncia internos con los que cuentan algunas organizaciones, como forma de canalizar las informaciones de sus miembros sobre posibles irregularidades o ilegalidades que puedan estar cometándose bajo la cobertura de la entidad o en el desarrollo de sus actividades.

Estos sistemas internos de denuncia, normalmente gestionados por el órgano encargado de la vigilancia y supervisión del sistema de prevención de delitos, constituyen una pieza clave de los programas de cumplimiento normativo⁹²², en tanto que permiten detectar conductas irregulares tempranamente y tomar medidas, disciplinarias o de otro tipo, al respecto, para poner fin a la actividad ilegal denunciada. En este sentido, los buzones éticos, las *hot-lines* u otro tipo de mecanismos canalizadores de las quejas de los miembros de la entidad desarrollan una doble función. En primer lugar, sirven para prevenir la comisión de delitos en el seno de la misma, en tanto que a mayor probabilidad de resultar descubierto, mayor desincentivo a la comisión del delito. En segundo lugar, tales sistemas también constituyen mecanismos reactivos, útiles para descubrir los ilícitos que hayan podido cometerse en el seno de la entidad, pudiendo así proceder en consecuencia, imponiendo sanciones disciplinarias a los responsables, modificando el modelo de organización y gestión para la prevención de delitos (art. 31 bis 5. 6º CP) y, en su caso, revelando las informaciones penalmente relevantes a la autoridad pública.

En entornos de difícil acceso para las autoridades de persecución penal, tales como las organizaciones privadas o las administraciones públicas, las denuncias de los ciudadanos realizan una aportación sensible al descubrimiento del delito⁹²³. Por lo tanto, en tales contextos organizacionales, resulta lógico que los sistemas de incentivos y protecciones, para los denominados denunciantes cívicos, asuman un papel trascendental⁹²⁴. Si bien es cierto que en el ámbito empresarial se opta por la denuncia interna frente a la denuncia ante las autoridades, no cabe desconocer la potencialidad que las recompensas económicas u otro tipo de incentivos a la delación ante las autoridades públicas, podrían tener para destapar fraudes o actuaciones delictivas en el seno de las personas jurídico-privadas o públicas⁹²⁵.

⁹²² En este sentido, se pronuncia, entre muchos otros, SIEBER, U., “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AA.VV., L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (dirs.), *El Derecho Penal Económico de la era Compliance*, pp. 63-108, p. 75, que señala como uno de los elementos estructurales de los programas de cumplimiento la creación de sistemas de información para el descubrimiento y esclarecimiento de los delitos, especialmente de deberes de informar y de canales de denuncia para la recepción de denuncias anónimas.

⁹²³ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las...* ob. cit., pp. 254-255, se refiere a la gran importancia de los denunciantes cívicos o denunciantes internos para el descubrimiento de los delitos económicos.

⁹²⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...* ob. cit., p. 75.

⁹²⁵ En este sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...* ob. cit., p. 83, señala que, en Estados Unidos, el modelo de denuncias internas fracasó, dando paso a la *Dodd-Frank Act* que establece recompensas económicas para los denunciantes que aportan datos relevantes que permiten a la autoridad pública la imposición de sanciones.

En este sentido, las específicas dificultades para descubrir y probar los delitos cometidos en entornos organizativos⁹²⁶, debidas, entre otras factores, a la opacidad que proporciona el “velo” de la personalidad jurídica, así como al hecho de que las mismas posean y controlen los documentos que, normalmente, constituyen la mejor prueba de la ilegalidad de sus actuaciones, hacen preciso incentivar las denuncias, así como ampliar e institucionalizar vías para que los sujetos que se relacionan con tales entidades actúen como mecanismos de control de su actividad. En esta línea, la CNMV, en el Código Unificado de Buen Gobierno aprobado por Resolución de 22 de mayo de 2006⁹²⁷ incluye *recomendaciones para que las empresas cotizadas establezcan procedimientos de whistleblowing bajo la supervisión del Comité de auditoría del Consejo de Administración.*

La palabra inglesa *whistleblowing* significa literalmente “soplar el silbato”. Así el *whistleblower* es aquella persona que denuncia una irregularidad, esto es, un delator o denunciante⁹²⁸. Ahora bien, en contextos jurídicos alude a “*aquellos miembros o antiguos miembros de una organización pública o privada que denuncian prácticas ilícitas (...) llevadas a cabo por la propia organización o por sujetos que forman parte de ella poniendo en conocimiento tales hechos, según los casos, de sus superiores, de las autoridades o de terceras personas*”⁹²⁹. Por lo tanto, lo que caracteriza al *whistleblower*, frente a cualquier otro denunciante es que se trata, normalmente, de un trabajador o ex trabajador de una entidad, que denuncia una irregularidad, penal o administrativa, producida en el seno de la propia organización, ya sea ante un superior, o ante un órgano de la persona jurídica con cierto poder para tomar medidas al respecto, ya sea directamente ante una autoridad pública o ante un medio de comunicación que haga pública la irregularidad comunicada, pudiendo promover, de esta forma, la iniciación de un proceso penal de oficio.

⁹²⁶ Así, lo han apreciado, entre otros BUELL, S. W., “Criminal Procedure within the Firm”, *Stanford Law Review*, vol. 59, núm. 6, 2007, pp. 1613-1670, p. 1616; DISKANT, E. B., “Comparative corporate criminal liability...ob. cit., p. 131, al indicar que el Estado enfrenta particulares obstáculos para detectar y probar los delitos cuando estos ocurren en el seno de personas jurídicas; En la misma línea, NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit., señala que la comisión de un delito en el seno de una organización suele dificultar el acceso a la información.

⁹²⁷ Disponible en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf, última consulta 12/03/2015

⁹²⁸ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...*ob. cit., pp. 19-20, indica que la palabra inglesa *whistleblower* se traduce, literalmente, como “el que toca el silbato”, aunque, en castellano, existen algunas traducciones de este término que encierran un cierto sentido peyorativo, tales como las de *soplón* o *chivato*, que han pretendido contrarrestarse con otras como la de *denunciante cívico* (NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las...*ob. cit., p. 254-255). Creo que, para mantener la neutralidad del término, lo más apropiado podría ser, o bien traducirlo como *delator*, o bien mantener el vocablo inglés.

⁹²⁹ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...*ob. cit., p. 30.

3.1.1.- Whistleblowing interno y autodenuncia

El programa de cumplimiento normativo de una persona jurídica, sobre todo cuando se trata de una organización de cierto tamaño y complejidad, debe contar con mecanismos preventivos y reactivos para el control de la criminalidad en su seno. Pues bien, entre tales mecanismos reactivos o controles *ex post*, orientados a descubrir las posibles irregularidades cometidas en su seno, encuentran un lugar destacado los sistemas de denuncia interna, denominados, en terminología anglosajona, *whistleblowing* interno⁹³⁰. Tales sistemas consisten en canales de comunicación, a través de los cuales los trabajadores, proveedores, clientes, competidores u otros *stakeholders*, pueden poner de manifiesto la existencia de conductas ilegales o irregulares. En este sentido, el CP señala que un programa de cumplimiento normativo eficaz impondrá “*la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención*” (art. 31 bis 5. 4º CP).

Estos canales de denuncia se denominan internos, en tanto que es la propia corporación la que controla el canal de información⁹³¹, frente a los *whistleblowing* externos, a los que se hará referencia posteriormente, que implican denunciar las supuestas irregularidades, directamente, ante las autoridades públicas encargadas de la represión de los delitos. De esta forma, recibida una denuncia por el órgano de la entidad específicamente designado a tal fin, la entidad deberá tomar las medidas oportunas para frenar la actividad ilícita y evitar que se reitere en el futuro, sancionar a los culpables, reparar a las víctimas y, en su caso, informar a la autoridad pública de los hechos, si es que revisten caracteres de delito.

La eficacia de un sistema de denuncias interno depende, entre otros factores, de los conocimientos jurídicos que tenga el receptor de tales denuncias, de la autonomía con que cuente a la hora de realizar sus funciones, tanto en relación con la dirección de la entidad como respecto de aquellos departamentos con mayor riesgo delictivo, así como de que ostente poderes para iniciar una investigación interna, incluso, frente a los altos cargos de la entidad, que podrían encontrarse implicados en las irregularidades objeto de investigación⁹³². En este sentido, el CP señala que, el órgano encargado de supervisar el buen funcionamiento del modelo de prevención que será, previsiblemente, el receptor de las denuncias internas, ha de ostentar poderes autónomos de iniciativa y de control (art. 31 bis 2. 2º CP).

Igualmente, resulta determinante de la eficacia del canal de denuncias, animar y concienciar a los trabajadores para que informen de cualquier actividad sospechosa al órgano de supervisión, asesorándoles e informándoles debidamente sobre el modo en el que pueden proceder a denunciar y dándoles garantías de que no sufrirán represalias por tal proceder.

⁹³⁰ Ídem. p. 91.

⁹³¹ Ídem. pp. 85-146, analiza los diversos sistemas y procedimientos de denuncia interna.

⁹³² Cfr. Ídem. pp. 131-133.

En orden a garantizar la protección del denunciante algunos autores plantean la posibilidad de que se permitan las denuncias anónimas o confidenciales⁹³³. Si bien es cierto que la admisión de este tipo de denuncias puede permitir más cantidad de información, también es posible que tal información sea de menor calidad⁹³⁴. Por otra parte, en España, la AEPD no acepta el anonimato en sistemas de tratamiento automatizado de datos personales⁹³⁵, lo cual obliga a que el autor de las denuncias resulte identificable⁹³⁶. Por lo tanto, cabe afirmar que permitir denuncias anónimas no puede ser condición para la eficacia del sistema, en tanto que la voluntad de la entidad de cumplir con la normativa extrapenal, en este caso con la LOPD, no debe perjudicarle a la hora de ver atenuada su responsabilidad penal o, incluso, de quedar exenta de responsabilidad.

Ahora bien, si el órgano de supervisión y control del sistema de prevención de delitos recibe una *notitia criminis* verosímil, a pesar de que el denunciante no se identifique, debiera realizar las debidas comprobaciones sobre la veracidad de los hechos denunciados dado que, en otro caso, su total inactividad, podría servir como indicio de la falta de control debido o, incluso, como evidencia de que los altos cargos de la entidad estaban al corriente de la existencia de irregularidades y no hicieron nada al respecto⁹³⁷.

Cuando a través del canal de denuncias o por cualquier otra vía, la entidad detecta una actividad ilegal tiene dos opciones, o bien acudir directamente a las autoridades, para poner en su conocimiento las posibles actuaciones ilegales que hayan tenido lugar en su seno, o bien realizar una investigación interna para determinar lo ocurrido y a los eventuales responsables individuales.

Desde luego, las organizaciones empresariales estarán interesadas en realizar una investigación, para tomar conocimiento de las irregularidades que se están cometiendo en su seno antes que la autoridad pública. De esta forma, contarán con una ventaja informativa que les permitirá fortalecer su estrategia de defensa y, por ende, su posición procesal en un eventual enjuiciamiento futuro. Ahora bien, esto no implica que ante la comisión de un delito la respuesta pueda quedar reducida a una actuación interna y privada de la entidad. En este sentido, si la entidad decide iniciar una investigación interna y, a resultas de ésta, se determina que, efectivamente, se ha podido cometer un delito, el siguiente paso debiera ser el de denunciar a los responsables individuales de tal actuación. Sólo en este caso, se puede considerar que la entidad contaba con un

⁹³³ Ídem. pp. 62-66.

⁹³⁴ Ídem. p. 123.

⁹³⁵ AEPD. Informe 2007/0128 sobre creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing”), disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2007-0128_Creaci-oo-n-de-sistemas-de-denuncias-internas-en-las-empresas-mecanismos-de-whistleblowing.pdf, última consulta 28/09/2015.

⁹³⁶ Por el contrario, en Estados Unidos, la Ley SOX, ya citada, obliga a los comités de auditoría interna de las entidades que cotizan en las bolsas estadounidenses a permitir la recepción de denuncias anónimas.

⁹³⁷ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...* ob. cit., pp. 124-125; Sobre el tratamiento de las denuncias anónimas se profundizará en el apdo. 3.1.3 de este mismo epígrafe.

sistema de organización y gestión suficientemente eficaz y que estaba efectivamente comprometida con el cumplimiento de la legalidad como para suponer su exención de responsabilidad.

De hecho, la entidad que tras desarrollar internamente una investigación, determina el acaecimiento de un presunto hecho delictivo, pero no lo reporta a las autoridades, además de no beneficiarse de las atenuantes de cooperación y confesión, tampoco debería ver atenuada su responsabilidad en razón de la supuesta eficacia de sus medidas de descubrimiento del delito (art. 31 quáter d) CP)⁹³⁸. En este punto, cabe recordar la obligación general que recae sobre todo individuo de denunciar los delitos de los que tiene conocimiento (art. 259 LECrim), obligación que, en el caso de las personas jurídicas se ve fortalecida por sus obligaciones de autorregularse y por su posición de garante en relación con los bienes jurídicos que pone en riesgo con el ejercicio de su actividad. Con este marco normativo, la persona jurídica que, estando alerta de la comisión de un delito en su seno, no lo pone en conocimiento de la autoridad, muestra su falta de compromiso con la legalidad⁹³⁹.

Esta suerte de compromiso de auto-denuncia de la entidad no vulneraría su derecho a la no autoincriminación, al igual que no lo hacen las atenuantes por confesión o reparación del daño⁹⁴⁰. En este sentido, advierte RAGUÉS I VALLÉS que la autorregulación, entendida como compromiso de la entidad en el descubrimiento de los delitos, no es compatible con un entendimiento del derecho a no autoincriminarse tan amplio que impida incentivar su colaboración activa en el logro de los fines de la justicia penal⁹⁴¹. Esa cooperación con la justicia debe traducirse, no sólo en la reparación del daño causado y en el castigo disciplinario de los culpables, sino también en la satisfacción del interés público en la persecución de los delitos a través de la formalización de una denuncia⁹⁴². Así pues, si se pretende premiar a las personas jurídicas por su esfuerzo en autorregularse, atribuyéndoles funciones cuasi-públicas en el control y el descubrimiento de los delitos, luego no puede permitirse que los delitos cometidos en su seno reciban el tratamiento de un ilícito civil o de una infracción laboral, frustrando el ejercicio del *ius puniendi* estatal y, por ende, permitiendo su impunidad.

Ahora bien, dicho esto, resultaría de dudosa legitimidad el establecimiento de una obligación legal de autodenuncia, que llevase aparejada una sanción en tanto que, un deber con tal contenido sí podría considerarse contrario al derecho a la no autoincriminación. En este sentido, cabe afirmar que, desde el momento en que la persona jurídica es potencial responsable penal, se disipan sus deberes legales de

⁹³⁸ Cfr. Ídem. p. 141.

⁹³⁹ Si, tal y como sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 172 y 177, la culpabilidad de la persona jurídica se relaciona con la cultura que ésta ha institucionalizado como muestra de su disposición ante el Derecho y además, la persona jurídica que detecta un hecho delictivo en su interior y lo reporta a las autoridades es una persona jurídica cumplidora de la legalidad, se puede afirmar, *a sensu contrario*, que la entidad que oculta la infracción detectada en su seno a las autoridades de persecución penal, no tendría una cultura comprometida con el cumplimiento de la legalidad y, por lo tanto, podría ser hallada culpable de los delitos cometidos en su seno.

⁹⁴⁰ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...*ob. cit., p. 142.

⁹⁴¹ Cfr. Ídem., p. 140.

⁹⁴² Cfr. Ídem., pp. 140 y 142.

colaboración con la justicia, cuando éstos implican confesar la propia culpabilidad. De ahí que los incentivos a la cooperación con la justicia deban de articularse a través de circunstancias excluyentes de la culpabilidad o de atenuantes, y no a través de amenazas sancionadoras. Así pues, aunque la legislación no puede establecer una obligación de autodenuncia para la persona jurídica, si puede atribuir efecto atenuante a la confesión de la infracción, a la aportación de pruebas nuevas y decisivas para el esclarecimiento de las responsabilidades dimanantes de los hechos y a la implementación de sistemas eficaces de descubrimiento de delitos (art. 31 quáter apdos. a), b) y d) CP).

A mayor abundamiento, cabría plantearse en qué casos la autodenuncia podría contribuir a eximir a la entidad de responsabilidad⁹⁴³. Pues bien, según lo previsto en el CP, la exención de responsabilidad de la persona jurídica, para el caso de que alguno de sus miembros delinca en su nombre y en su provecho, depende de la concurrencia y de la valoración de un conjunto de medidas, sin que baste con tomar en consideración una aisladamente, por lo que cabe descartar, *a priori*, que siempre que se produzca una autodenuncia, la entidad quede automáticamente exenta de responsabilidad. Según lo dispuesto en la regulación penal, si el delito fue cometido por un sujeto apical, para que la entidad quede exenta de responsabilidad, será preciso que cuente con un modelo de organización eficaz en la prevención de delitos, cuya supervisión se haya encomendado a un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control, que no haya ejercido insuficientemente sus funciones de vigilancia y que el autor de delito haya delinquido omitiendo fraudulentamente los controles implementados por la persona jurídica. En tal caso, la autodenuncia puede servir como indicio para probar tales extremos, si bien, no resultará determinante. Por otro lado, en el supuesto del supuesto autor del delito sea un subalterno, la exención de la entidad se condiciona a la existencia y vigencia de un modelo de organización eficaz para la prevención de delitos que observe los requisitos dispuestos en el art. 31 bis 5 CP, extremo que la autodenuncia de la entidad a las autoridades tampoco vendría a acreditar.

En definitiva, la denuncia de la persona jurídica ante las autoridades, si bien puede ser un indicio relevante de su compromiso con la legalidad, de la eficacia de su sistema de prevención, de la idoneidad de sus medidas para descubrir delitos e, incluso, de la falta de necesidad de prevenir delitos futuros a través de la imposición de sanciones restrictivas de derechos, no tiene por qué implicar automática e irremediamente una exención total de su responsabilidad penal. Además, desde una perspectiva de política criminal, la solución contraria puede resultar contraproducente, en tanto que la amenaza penal pierde parte de su fuerza preventiva cuando el castigo pasa a depender de la actitud posdelictiva del delincuente⁹⁴⁴. En este sentido, cabe afirmar que la exención total de responsabilidad no es la única ni la mejor forma de incentivar a las personas jurídicas a denunciar los delitos que se cometen en su seno. Por otra parte, ni siquiera en el caso de infracciones administrativas, la autodenuncia implica, generalmente,

⁹⁴³ En este sentido, tal y como se apuntó *ut supra*, afirma GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 177, que la persona jurídica que detecta un hecho delictivo en su interior, lo reporta a las autoridades y coopera mediante la aportación de pruebas relevantes, es una persona jurídica cumplidora de la legalidad y, por tanto, si efectivamente se muestra comprometida con evitar la comisión de hechos delictivos, su conducta no resultaría penalmente reprochable.

⁹⁴⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...*ob. cit., p. 69.

irresponsabilidad total por los hechos, con contadas excepciones, tales como la relativa a los cárteles de precios (art. 65 LDC).

En los Estados Unidos la autodenuncia o *self-reporting* constituye una práctica relativamente habitual. Por ejemplo, en relación con la aplicación de la FCPA, que castiga la realización de sobornos y otras prácticas corruptas, se afirma que la mayoría de las investigaciones son motivadas por revelaciones voluntarias de potenciales violaciones de la ley realizadas por sus infractores⁹⁴⁵. Las entidades se autodenuncian ante las autoridades competentes y a cambio reciben acuerdos ventajosos para sus intereses y lenidad en su tratamiento punitivo. Normalmente, se les imponen multas y la devolución de las ganancias ilícitas o, incluso, se les obliga a contratar a un monitor independiente que supervise sus actividades. Por ejemplo, en mayo de 2008 *Wilbros Group Inc.* anunció que pagaría 32.3 millones de dólares entre multas y devolución de ganancias ilícitas por violaciones de la FCPA reveladas por la propia compañía al Gobierno⁹⁴⁶. Aunque las compañías no son requeridas por ley para desvelar tales infracciones normalmente lo hace basándose en consideraciones reputacionales y financieras⁹⁴⁷. De este modo, pueden evitar, por una parte, el estigma que supone una condena penal, en tanto que su colaboración suele ser recompensada con acuerdos que difieren su persecución penal (DPAs) o que, incluso, renuncian a ella (NPAs). Sin acusación formal, además de evitarse los daños a la reputación de la entidad, se previene la imposición de penas que podrían impedir la continuidad de la entidad en el mercado, como sería el caso de una pena de inhabilitación para contratar con el gobierno o para operar en un determinado sector.

En la tendencia al alza de los casos de autodenuncia de las corporaciones, en los Estados Unidos, se señalan, como elementos determinantes la Ley SOX, el *Thompson Memo* y las *U.S.S.G.*⁹⁴⁸. La Ley SOX, aprobada en el año 2002, contiene requerimientos para que las entidades establezcan controles y mecanismos de denuncia internos y establece la responsabilidad personal del Director Ejecutivo y del Director Financiero por la precisión de la información contenida en los libros, registros y sistemas de control interno de la entidad, con lo que éstos se ven impulsados a ejercer sus facultades de supervisión de forma más rigurosa. Por su parte, las *Federal Guidelines* americanas, así como los sucesivos Memorándums que ha ido dictando el Gobierno estadounidense en relación con los criterios que han de guiar a la Fiscalía en las decisiones de imputación, también han servido para incentivar la cooperación de la entidad en el descubrimiento de los delitos y de sus responsables individuales, así como para fomentar la adopción, por parte de las empresas, de *compliance programs* efectivos, que incorporan canales de

⁹⁴⁵ TILLIPMAN, J., "Foreign Corrupt Practices Act Fundamentals", *Briefing Papers (Thomson West)*, núm. 8-10, septiembre de 2008, pp. 1-24, p. 14, disponible en http://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1038&context=faculty_publications.

⁹⁴⁶ *SEC v. Willbros Group, Inc., et al.*, No. 4:08-cv-01494 (S.D. Tex. 2008).

⁹⁴⁷ TILLIPMAN, J., "Foreign Corrupt Practices Act...", ob. cit., p. 14.

⁹⁴⁸ COVINGTON, J. P.; NEWKIRK, T. C.; TILLIPMAN, J., "The corporate counselor. FCPA enforcement in a Sarbanes Oxley world. What big teeth you have, Uncle Sam", *Law Journal Newsletter*, vol. 20, núm. 3 de agosto de 2005, disponible en http://jenner.com/system/assets/assets/2462/original/LJN_Corporate_Counselor_August2005.pdf?1319063342.

denuncia internos, dado que, tales actuaciones se erigen en factores determinantes de la decisión de presentar cargos frente a la entidad y, en su caso, en circunstancias atenuantes de su condena.

En definitiva, en los Estados Unidos, cuando una corporación detecta una práctica irregular en su seno es muy habitual que inicie una investigación interna, aun cuando la autoridad pública no la haya requerido al efecto. Finalizada tal investigación la entidad debe de tomar la estratégica decisión de reportarla a la autoridad o no. Hay que tener en cuenta que la autodenuncia no le garantiza impunidad, aunque si le permitirá obtener un tratamiento favorable por parte de la Fiscalía, en tanto que la cooperación espontánea de la corporación en el descubrimiento del delito denota un alto grado de compromiso con la legalidad que, normalmente, se ve recompensado. Además, la previa investigación interna otorga a la entidad una ventaja informativa, que le permitirá ocupar una ventajosa posición a la hora de negociar con la Fiscalía un acuerdo más favorable para sus intereses. Por otra parte, al servir la cooperación de la entidad en el descubrimiento del delito, como criterio para individualizar la pena que merece, aun cuando la entidad llegase a ser penalmente condenada, seguramente podría evitar la imposición de penas excesivamente onerosas, tales como la inhabilitación para contratar con el sector público o para operar en un determinado sector. En este contexto la entidad que coopera autodenunciándose muestra su compromiso con la legalidad, evita el estigma de la condena penal y previene penas que podrían afectar a su negocio principal y, por ende, a su continuidad en el mercado.

3.1.2.- Whistleblowing externo o denuncia ante la autoridad pública

Por otra parte, además de los canales de denuncia internos, existe la posibilidad de que los miembros de una organización pueden acudir, directamente, a las autoridades públicas encargadas de perseguir los delitos. Así, en el caso de que no exista un canal de denuncias interno, o de que el mismo no sea efectivo, el trabajador o empleado siempre podrá recurrir, en tanto que ciudadano particular, a la denuncia tradicional ante la autoridad competente. En tal caso también es preciso que el denunciante cuente con ciertas protecciones, en el orden laboral, que impidan que se coarte su voluntad de colaborar con la Administración de Justicia en el descubrimiento de delitos.

No establecer salvaguardias o protecciones frente a eventuales represalias, podría forzar al trabajador a actuar como encubridor o como cómplice de la actividad delictiva de la entidad, so pena de perder su posición en la misma o, incluso, su puesto de trabajo. Además, la protección legal de los trabajadores denunciadores es la mejor forma de que se impliquen en la función de prevención de delitos actuando, de algún modo, como guardianes del cumplimiento de la legalidad de la organización en la que se integran.

A mayor abundamiento, en vista de la obligación general de denunciar los delitos públicos⁹⁴⁹, prevista en los arts. 259 y 264 LECrim, parece que los trabajadores, así como los proveedores, los acreedores, los clientes u otros grupos que se relacionen con la entidad tienen, no sólo el derecho, sino también la obligación de comunicar a la autoridad la comisión de los delitos de los que tengan conocimiento. Ahora bien, cabe afirmar que, en el caso de que se encuentren personalmente implicados en la actuación delictiva, decaerán sus obligaciones de denunciar, que entrarían en colisión con su derecho fundamental a no declarar contra sí mismos. Sin perjuicio de que, al igual que ocurre con las personas jurídicas, su colaboración espontánea en el descubrimiento del delito, pueda ser merecedora de un tratamiento punitivo atenuado.

A pesar de que la LECrim establece tal obligación de denunciar, las simbólicas sanciones que prevé ante su incumplimiento, consistentes en una multa de 25 a 250 pesetas, convierten este deber legal en una obligación meramente formal, cuya punibilidad es prácticamente inexistente. Resulta evidente que esta irrisoria amenaza no constituye un incentivo suficiente para comprometer a la ciudadanía con la persecución del crimen. Por otra parte, en el marco de una organización, el sentimiento de pertenencia al grupo o el miedo a represalias internas, puede actuar como un fuerte desincentivo a las denuncias de los trabajadores.

No se debe dejar de advertir, en este punto, que la eficacia de cualquier sistema de denuncias, para el descubrimiento de delitos en entornos organizacionales o empresariales debe partir, en primer lugar, de un adecuado sistema de incentivos que garantice la indemnidad de los denunciantes ante eventuales represalias laborales. En este sentido, la Dodd-Frank Act, ley estadounidense aprobada en el año 2010⁹⁵⁰, establece la prohibición para el empleador de despedir, degradar, suspender, amenazar, acosar directa o indirectamente, o discriminar de cualquier otra forma en relación con los términos y condiciones de su empleo, al empleado que ha informado a la Comisión de auditoría interna de un hecho delictivo o que ha prestado asistencia en cualquier investigación judicial o administrativa relacionada con la información por el mismo proporcionada⁹⁵¹.

El denunciante que sufre un trato discriminatorio tiene la posibilidad de acudir a los Tribunales para exigir recuperar su puesto de trabajo con su estatus inicial, el pago de las cantidades debidas y la compensación por todos los gastos y daños que se le hayan podido ocasionar. En tal caso, cuando el conflicto se judicializa, es necesario regular la carga de la prueba de tal forma que el denunciante deba demostrar sólo *prima facie* que

⁹⁴⁹ Hay que tener en cuenta que algunos de los delitos imputables a las personas jurídicas son semipúblicos, por lo que respecto de estos no existirá obligación de denunciar y además sólo podrán ser perseguidos si concurre denuncia de la persona agraviada. Se trataría de los delitos relativos al mercado y a los consumidores (arts. 278-286 CP) y los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 CP).

⁹⁵⁰ Se trata de una ley aprobada por la Administración Obama, que declara tener como objetivo promover la estabilidad financiera de los Estados Unidos, a través de la mejora de la rendición de cuentas y de la transparencia en el sistema financiero, terminar con el “*too big too fail*”, proteger a los contribuyentes estadounidenses, poniendo fin a los rescates y proteger a los consumidores de prácticas abusivas en los servicios financieros y otros fines.

⁹⁵¹ Sección 78 de la Dodd-Frank Act titulada “*commodity whistleblowers incentives and protection*”.

existe una relación entre la represalia o perjuicio que se le ha infringido y su denuncia⁹⁵².

Otro modo de incentivar la colaboración con la justicia de los miembros de una organización puede instrumentalizarse a través de atenuaciones en su responsabilidad personal o, incluso, a través de exenciones de responsabilidad, para el caso de que el delator tuviese una implicación meramente periférica y secundaria en el delito. Así mismo, para incentivar a los denunciantes o *whistleblowers*, no implicados en el hecho punible, pueden usarse las recompensas económicas. En este sentido, puede resultar interesante, de nuevo, la regulación contenida en la referida Ley Dodd-Frank en la que se dispone que el denunciante podrá recibir una cantidad que oscilará entre el 10 y el 30 % de lo recaudado en concepto de sanción, a raíz de la información que ha facilitado. Eso sí, siempre que el denunciante aporte información original, que conduzca a la imposición efectiva de una sanción y que no resulte condenado por tales hechos⁹⁵³.

En España, las recompensas económicas como forma de incentivar las denuncias no se encuentran previstas en la ley. Además, la protección laboral para quien decide denunciar una irregularidad que ha tenido lugar en su centro de trabajo resulta bastante pobre, a no ser que sea el propio trabajador la víctima de la actuación delictiva o irregular. Así, el sujeto que denuncia, aun en el caso de que consiga probar que la información proporcionada es veraz, podrá ser despedido, eso sí, correspondiéndole una indemnización por despido improcedente (art. 56 ET). Sin embargo, resulta difícil argumentar que tal despido sea discriminatorio o vulnere sus derechos fundamentales, con lo que no se trataría de un despido nulo en el que se pudiese forzar al empresario a la readmisión del empleado, salvo que la denuncia se haya realizado para reclamar un derecho propio, supuesto en el cual se podría entender vulnerando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del empleado (art. 55.5 ET). Mi propuesta, de *lege ferenda*, sería establecer como causa objetiva de nulidad del despido el haber actuado como delator de un delito cometido por la entidad.

Por último, cabe advertir que los trabajadores deberán limitarse a poner sus sospechas, o las fuentes de prueba a las que legítimamente tengan acceso, en conocimiento de las autoridades, sin realizar investigaciones o indagaciones por su cuenta, que puedan vulnerar el derecho a la intimidad de los clientes de la entidad o el secreto empresarial, dado que, en otro caso, podrían incurrir en responsabilidades penales, en concreto, en las conductas de revelación de secretos (arts. 197 y ss. CP) y revelación de secretos de empresa (art. 279 CP)⁹⁵⁴.

⁹⁵² NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las...* ob. cit., pp. 254-255.

⁹⁵³ Sección 78 de la Dodd-Frank Act titulada "*commodity whistleblowers incentives and protection*".

⁹⁵⁴ En este sentido, la SAP Valencia (Sección 1ª, Penal) núm. 323/2012, de 30 mayo, ARP/2012/704, condenó por un delito de revelación de secretos (art. 197.1 y 200 CP) a un trabajador que realizó una investigación, privadamente, para conseguir pruebas sobre ciertas irregularidades relativas a la actividad de la entidad para la que trabajaba. Para ello, con la ayuda de otros empleados, accedió a datos sobre contratos y facturación de la entidad, sin ser autorizado por la empresa. En este caso, la resolución viene a decir que la actuación correcta habría sido la de poner tales irregularidades en conocimiento de la autoridad. Así pues, según la citada resolución, el trabajador que accede a documentos o informaciones íntimas, ya de la propia entidad jurídica, ya de sus clientes o empleados, sin el consentimiento de sus representantes legales, aun cuando sea con la finalidad de poner en evidencia fraudes o irregularidades de

Pues bien, para determinar si una determinada conducta, consistente en la revelación de datos íntimos, constituye un delito de revelación de secretos, habrá que ponderar, por un lado, la gravedad de las irregularidades que se intentan descubrir junto con la consistencia de las sospechas y, por otro, la vulneración sufrida por los bienes jurídicos protegidos por el secreto, particularmente, por la intimidad⁹⁵⁵. Además, también resulta relevante que los datos sean cedidos a las autoridades competentes para perseguir las irregularidades que se pretenden denunciar⁹⁵⁶. Así mismo, es preciso señalar que el secreto no es un valor que merezca protección en sí y por sí mismo, sino que se protege como elemento puramente instrumental, para salvaguardar otros bienes jurídicos, tales como la intimidad, la libre competencia, el secreto de empresa, la seguridad del Estado, etc. *“Por ello resulta un elemento imprescindible la licitud de aquella información que se encuentra amparada bajo el secreto, (...) y, en todo caso, existen intereses superiores que relevan de este secreto y justifican la cesión de la información en favor de determinados sujetos públicos, además de interesados, legitimados para conocer la información, tales como son las autoridades administrativas competentes en materia de defraudación tributaria, y específicamente el Ministerio Fiscal y los Tribunales, en la investigación y persecución de ilícitos penales”*⁹⁵⁷.

la actividad mercantil de la empresa, podría cometer un delito de revelación de secretos (art. 197.1 y 200 CP) siendo, a estos efectos, irrelevante su intención final. En este sentido, la SAP de Valencia advertía de que la creencia de estar obrando de forma justificada puede considerarse un error vencible que supone tan sólo un factor que disminuye la reprochabilidad del autor del hecho, reflejándose esto en la duración de la pena, pero sin eliminar el dolo típico de la conducta. En mi opinión, la resolución yerra al afirmar que la finalidad con la que se revelan los datos resulta irrelevante ya que, como pone de manifiesto el AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm. 19/2013, de 8 de mayo, sobre el que se volverá más adelante, no hay un derecho a mantener en secreto conductas ilícitas. Ahora bien, considero que en el presente caso la condena podría estar justificada, en tanto que las conductas irregulares que se pretendían descubrir y revelar no tenían la entidad suficiente como para justificar el acceso ilegítimo a datos pertenecientes al núcleo duro de la privacidad, como ocurre con los relativos a la salud, que obraban en poder de la clínica de cirugía estética que presentó la querrela contra este individuo.

⁹⁵⁵ En este sentido, la Directiva 95/46/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos establece en el art. 7, junto con el principio general de necesidad de consentimiento del afectado para la cesión de sus datos a terceros, la posibilidad de que el tratamiento se efectúe sin ese consentimiento cuando: *e) es necesario para el cumplimiento de una misión de interés público o inherente al ejercicio del poder público conferido al responsable del tratamiento o a un tercero a quien se comuniquen los datos, o f) es necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del tratamiento o por el tercero o terceros a los que se comuniquen los datos, siempre que no prevalezca el interés o los derechos y libertades fundamentales del interesado.*

⁹⁵⁶ Así pues, el art. 11.2. d) LOPD, tras establecer la regla general según la cual para la cesión de datos de carácter personal se necesita el consentimiento del interesado, se exceptúa de tal regla la cesión que tenga como destinatarios, entre otras autoridades, al MF o a los Jueces o Tribunales.

⁹⁵⁷ Así lo expresa el AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm. 19/2013, de 8 de mayo, en el que se rechaza la extradición librada por las autoridades judiciales de Suiza de Hervé Falciani, informático en el HSBC Private Bank (Suisse) SA, en Ginebra, por la revelación a varios Estados extranjeros de datos personales y financieros pertenecientes a clientes del banco HSBC. En esta resolución, la AN entiende que al ser la información divulgada por el Sr. Falciani reveladora de actividades sospechosas de ilegalidad, incluso constitutivas de infracciones penales (defraudación tributaria, blanqueo de dinero, posible financiación del terrorismo), no sería una información susceptible de legítima protección, lo que afectaría a la tipicidad de la conducta de revelación de secretos del art. 197 y 279 CP.

3.1.3.- La problemática de las denuncias anónimas

En este punto, resulta conveniente realizar una breve reflexión sobre las denuncias anónimas como forma de iniciación de una investigación penal. El ordenamiento español exige la firma del escrito de denuncia (art. 266 LECrim) o del acta en que se recoge la denuncia verbal (art. 267 LECrim), con lo que no se admiten denuncias anónimas lo que, en otras cosas, permite perseguir las falsas atribuciones de delitos⁹⁵⁸. Por otra parte, el anonimato de las denuncias puede colisionar con el derecho de defensa del denunciado⁹⁵⁹. Sin embargo, es posible que el empleado, dispuesto a denunciar un delito de la entidad en que trabaja, no quiera dar a conocer su identidad por miedo a las represalias de su empleador o de sus compañeros, o por otros motivos⁹⁶⁰.

A pesar de que las denuncias anónimas no son actos procesales válidos para dar inicio a un proceso penal, si llegan a conocimiento de una autoridad pública, por cualquier medio, y en la misma se comunican hechos veraces que revisten caracteres de delito, tal información debe servir como *notitia criminis* y, por consiguiente, dar lugar a algún tipo de comprobación o investigación preliminar por parte de la autoridad pública⁹⁶¹. Sin embargo, dado que la denuncia anónima no podría ser tomada en consideración como acto iniciador de la investigación penal, tras las pertinentes comprobaciones, sería preciso, o bien que el Juez de Instrucción incoase de oficio el procedimiento⁹⁶² o bien que la policía a través de un atestado o la Fiscalía a través de denuncia o querrela desencadenasen la apertura formal del proceso penal⁹⁶³.

Igualmente, cuando un medio de comunicación alerta de la comisión de un delito, es previsible que quienes hayan elaborado la publicación sean requeridos para entregar las informaciones con las que cuenten, a lo que deberían acceder, pudiendo, en su caso, acogerse al secreto profesional para evitar identificar a la persona que les ha facilitado dicha información⁹⁶⁴. Tampoco, en tal supuesto, la falta de identificación del informante

⁹⁵⁸ NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...* ob. cit., p. 110.

⁹⁵⁹ RAGÜES I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...* ob. cit., pp. 65-66.

⁹⁶⁰ En este sentido, podrían ser útiles las medidas previstas en el art. 2 L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales que permiten ocultar la identidad de tales declarantes, aunque sólo se otorgarán si la autoridad judicial aprecia un peligro grave para la persona, libertad o bienes del sujeto o de sus familiares más cercanos.

⁹⁶¹ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 128-130, sostiene que las denuncias anónimas, en principio, no sería suficiente para incoar un proceso penal, para registrar la sede de la entidad o para librar un requerimiento frente a la entidad o sus directivos solicitando elementos probatorios, pero, si es verosímil, tampoco debe ser ignorada por las autoridades encargadas de la persecución penal de los delitos.

⁹⁶² NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...* ob. cit., p. 110; Sobre la incoación del proceso de oficio tras la recepción de una denuncia, véase TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el proceso penal...* ob. cit. pp. 416-420

⁹⁶³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 128.

⁹⁶⁴ Según, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 131, que asimila tal situación a la que suscitan los documentos o archivos enviados de forma anónima a las autoridades de persecución penal, tal conducta quedaría amparada por la libertad de información siempre que se tratase de hechos noticiables, esto es, con relevancia pública, y veraces. Sobre el ámbito de protección de este derecho, véanse, las SSTC 12/2012, de 30 de enero; 216/2013, de 19 de diciembre; 18/2015, de 16 de febrero); En una línea similar, entiende NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...* ob. cit., p. 112-113, que el secreto profesional del periodista podría reconocerse en cuanto a la revelación de

debería ser obstáculo para que las autoridades públicas iniciasen las pertinentes actividades de comprobación de los hechos públicamente denunciados y, en su caso, se iniciase el correspondiente proceso penal por los medios oportunos.

Volviendo a tema de las personas jurídicas y de la criminalidad que se comete en su seno, cabe recordar, en este punto, que los sistemas de denuncia interna tampoco pueden permitir la recepción de denuncias anónimas, en tanto que la AEPD no acepta el anonimato en sistemas de tratamiento automatizado de datos⁹⁶⁵. Ahora bien, como ya se señaló *ut supra*, el anonimato de una denuncia interna, de forma análoga a lo dicho para la recepción de tales denuncias por las autoridades públicas encargadas de la persecución de los delitos, no puede servir a los supervisores del programa de cumplimiento normativo, como excusa para no actuar al respecto, comprobando la veracidad de los hechos denunciados. Una actitud pasiva, que ignore el hecho denunciado anónimamente puede servir de indicio de la falta de debido control⁹⁶⁶.

Por lo tanto, el encargado de vigilar el cumplimiento del sistema de prevención delictiva de la entidad, cuando reciba una denuncia verosímil, aun cuando sea anónima, deberá iniciar una investigación interna, comprobando, de este modo, la veracidad de la misma. Así lo exige, en principio, la eficacia del sistema de prevención y descubrimiento de delitos y la obligación que pesa sobre tal órgano de control de prevenir la comisión de delitos y de vigilar el cumplimiento y el buen funcionamiento del modelo de organización y gestión de la persona jurídica.

3.2.- La interposición de querrela y el ejercicio de la acción penal por particulares. Especialidades en el caso de las personas jurídicas

Tras las consideraciones realizadas en relación con la denuncia, a continuación se realizarán algunas reflexiones en relación con el ejercicio de la acción penal por los particulares a través de la interposición de una querrela. La querrela, a diferencia del de denuncia, es una declaración de voluntad mediante la cual la persona que la interpone, además de poner en conocimiento de la autoridad jurisdiccional competente la perpetración de un hecho presuntamente delictivo, ejercita la acción penal personándose en la causa como parte acusadora⁹⁶⁷.

En este punto, se hace preciso diferenciar al actor popular del actor particular. El primero sería aquel ciudadano que, sin ser ofendido ni perjudicado por el delito ejercita la acción penal, mientras que el segundo sería aquel sujeto que ha sido víctima del

su fuente, pero no en cuanto a la denuncia del hecho delictivo, señalando que el único destino legítimo del delito es su persecución, siendo cualquier otra finalidad alternativa rechazable.

⁹⁶⁵ Informe de la AEPD núm. 2007/0128.

⁹⁶⁶ Cfr. RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...* ob. cit., pp. 124-125.

⁹⁶⁷ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; FERREIRO BAAMONDE, X.-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 208; Para un estudio exhaustivo sobre la naturaleza jurídica de la querrela entendida como presupuesto procesal, véase GIMENO SENDRA, V., *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977.

delito, esto es, el titular del bien jurídico protegido por la norma penal quebrantada⁹⁶⁸. Así, cabe afirmar que mientras denunciar los delitos constituye una obligación, también para los particulares (arts. 259 y 264 LECrim), querellarse o constituirse como parte constituye una mera facultad que se reconoce generalmente a todo ofendido o perjudicado por el delito, así como a cualquier ciudadano español (arts. 101 y 270 I LECrim). Esta amplia legitimación activa que rige en el proceso penal español responde al carácter público de la acción penal y sirve como garantía del principio de legalidad, en tanto que permite suplir la falta de iniciativa del MF cuando éste, por el motivo que sea, no considere procedente el ejercicio de la acción penal⁹⁶⁹. A diferencia de lo que ocurre con el denunciante, el querellante tiene que estar representado en la causa por procurador y asistido de abogado, además de individualizar al querellado por las señas que mejor pudieren darle a conocer (art. 277 LECrim) estando obligado, en su calidad de acusador, a probar los hechos que le atribuye.

En relación con las personas jurídicas, en primer lugar, será preciso determinar quién debe ser considerado víctima y, por lo tanto, acusador particular, en tanto que, la titularidad colectiva o difusa de muchos de los bienes lesionados por los delitos que les resultan imputables, tales como los delitos socioeconómicos, podría suponer una extensión de los sujetos legitimados para actuar como acusadores particulares. Por otra parte, también resulta interesante reflexionar sobre el posicionamiento mayoritario que se ha producido en contra del ejercicio de la acción popular frente a las personas jurídicas.

3.2.1.- La acción particular y la determinación de las víctimas de los delitos imputables a las personas jurídicas

La acción particular es la que ejercita la víctima de un delito, esto es, quien ha sido directamente ofendido o ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la actuación delictiva. En el caso de los delitos cometidos por personas jurídicas, normalmente, la víctima no es un único particular sino que suele existir una pluralidad de víctimas, como podría ocurrir en supuestos de responsabilidad por el producto, de la comisión de estafas a gran escala o de despatrimonialización de empresas, que muchas veces son calificados como delitos masa, precisamente en atención al elevado número de víctimas al que afectan⁹⁷⁰. En tales casos, es posible que exista una pluralidad de sujetos interesados en constituirse como parte acusadora en el proceso.

Para el caso de que exista una pluralidad de víctimas, es preciso traer a colación la obligación legal de que todas las acusaciones litiguen bajo una misma representación,

⁹⁶⁸ En este sentido, sostiene FERREIRO BAAMONDE, X. X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005, p. 204, que, aunque la ley no establece distinción, refiriéndose, generalmente al acusador particular, como aquel ciudadano que comparece en el proceso por un delito público para sostener la acción penal, a afectos pedagógicos o científicos suele distinguirse entre el acusador particular en sentido estricto y el acusador popular según éste sea o no ofendido por el delito.

⁹⁶⁹ Sobre esta cuestión se profundizará en el apdo. 3.2.2. de este mismo epígrafe.

⁹⁷⁰ La existencia de gran cantidad de víctimas es otra de las causas por las que una investigación se considera compleja (art. art. 324.2.b) LECrim).

siempre que, a juicio del Tribunal, sea posible (art. 113 LECrim). Tal obligación responde al principio de economía procesal y al necesario respecto al derecho del encausado a un proceso sin dilaciones indebidas. Ahora bien, para que el Tribunal pueda imponer la representación conjunta, no es suficiente la necesaria ausencia de incompatibilidad entre los distintas acusaciones, sino que “*es preciso una suficiente convergencia de intereses e incluso de puntos de vistas, en la orientación de la actuación procesal que haga absolutamente inútil la reiteración de diligencias instadas o actos realizados por las respectivas representaciones y asistencias letradas*”⁹⁷¹. Por eso, podría resultar recomendable desde un punto de vista de economía procesal, que todos ellos estuviesen obligados a litigar bajo una misma defensa y representación, siempre que no pudiesen probar que entre ellos existen intereses contrapuestos.

Igualmente cabe reparar en que las víctimas de los delitos cometidos por las personas jurídicas, no siempre son individualizables, sino que a veces tales delitos atacan bienes jurídicos de titularidad colectiva o difusa, como el medio ambiente o el orden socio-económico, llegando a hablarse, desde la criminología, de los crímenes sin víctima⁹⁷². En este sentido, se afirma que “*los bienes jurídicos del Derecho penal económico son generalmente supraindividuales (sociales) o protegen instituciones de la vida económica*”⁹⁷³. En este contexto, parece recomendable partir de que los titulares de los intereses colectivos afectados por la delincuencia empresarial son actores particulares y no populares, de tal forma que cuando el actor popular actúe como representante o portador de los intereses colectivos o difusos lesionados por la acción delictiva, sea equiparado, a todos los efectos y, particularmente en cuanto a sus posibilidades procesales de actuación, al acusador particular⁹⁷⁴.

A tal fin, sería preciso acoger un concepto amplio de víctima que comprendiese, no sólo al sujeto individual titular de un bien jurídico propio, sino también aquellos fenómenos

⁹⁷¹ STC 154/1997, de 29 de septiembre.

⁹⁷² TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal económico. Parte especial con importantes textos legales y reglamentos*, Grijley, Perú (Lima), 2012, p. 70.

⁹⁷³ Ídem., p. 64; En la misma línea, afirma MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, Justel, Madrid, 2012, pp. 66, que la afectación, aunque sea de modo mediato, a intereses socioeconómicos supraindividuales es el presupuesto imprescindible para integrar una figura delictiva en la categoría de Derecho Penal económico.

⁹⁷⁴ Este razonamiento podría estar detrás de la argumentación esgrimida por el TS en el “caso Atutxa” (STS (Sala 2ª) núm. 54/2008, de 8 de abril, RJ 2008\1325), en el cual matiza su anterior doctrina aplicada en el conocido como “caso Botín” (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1045/2007, de 17 de diciembre, RJ 2007\8844). Así pues, tras entender el Alto Tribunal, en aplicación del art. 782.1 LECrim, que el actor popular no puede mantener la acusación de modo autónomo cuando, el MF y la acusación particular solicitan el sobreseimiento de la causa, en el caso Atutxa vino a matizar tal doctrina señalando que el actor popular sí podrá acusar de modo autónomo cuando represente un interés difuso, en tanto que, en tal caso, cabe considerar que el ejercicio de la acción popular supone, así mismo, la defensa de un interés propio, aun cuando no se trate de un interés de titularidad individual del acusador. Sobre la dificultad de compatibilizar ambas resoluciones se pueden ver las aportaciones de FERREIRO BAAMONDE, X. X., “¿Hacia dónde camina la acción popular?”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 28, 2012, pp. 57-90, especialmente en la p. 82, en donde sostiene que, tal doctrina jurisprudencial habría supuesto una mutación de los significantes acusador particular y acusador popular, de tal suerte que el primero de ellos sería el sujeto pasivo, individualizado, ofendido por el delito, mientras que el acusador popular sería, precisamente, el representante o portador de los intereses colectivos o difusos lesionados por la acción delictiva que, aquí, se pretende asimilar al acusador particular.

de victimización colectiva o difusa⁹⁷⁵. Con este objeto, podría resultar de utilidad la definición de víctima proporcionada por FERREIRO BAAMONDE como “*aquella persona, natural o jurídica, que individual o colectivamente, y de modo directo o indirecto, haya visto dañados o puestos en peligro bienes jurídicos de su titularidad, o haya sufrido de algún modo daños, ya sean lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdidas económicas o menoscabos sustanciales de sus derechos fundamentales, por causa de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente (...)*”⁹⁷⁶. Este entendimiento extenso del concepto de víctima podría servir para restringir los efectos negativos de eventuales limitaciones en el ámbito de ejercicio de la acción popular argumentando que, cualquier ciudadano que actúe en defensa de intereses colectivos o difusos, en realidad, está actuando como ofendido por el delito.

En una línea similar, otra opción pasaría por institucionalizar la protección de los intereses colectivos o difusos a través de asociaciones de víctimas o de personas jurídicas legitimadas por la Ley para la defensa de ciertos derechos. En este sentido, el frustrado CPP señalaba en su art. 67 que tales entidades podrían ejercer la acción penal como acusación particular, si bien, prohibía, al resto de personas jurídicas personarse como acusación popular (art. 70.2.d) Propuesta CPP).

3.2.2.- La acción popular y las críticas a su aplicación en los procesos seguidos frente a las personas jurídicas

La denominada acción popular constituye una peculiaridad del sistema procesal penal español, ausente en otros sistemas jurídicos. Se trata de una forma de participación de la ciudadanía en la justicia⁹⁷⁷, que goza de reconocimiento constitucional (art. 125 CE) y a través de la cual cualquier ciudadano, sin necesidad de haber sido directamente ofendido o perjudicado por el delito, puede constituirse como parte acusadora en un proceso penal, siempre que se trate de un delito de carácter público (art. 101 LECrim).

⁹⁷⁵ GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...*ob. cit., p. 141; En sentido contrario, PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad...”ob. cit., pp. 585-586, propone que se siga un concepto restringido de ofendido o perjudicado para limitar el ámbito de la acción popular y que las fianzas del actor popular sean reales y no simbólicas, desincentivando, de esta forma, a los particulares que no son víctimas directas del delito a participar activamente en su persecución.

⁹⁷⁶ Definición acuñada por FERREIRO BAAMONDE, X-X., *La víctima en el proceso...*ob. cit., p. 125; Por su parte, Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito acoge un concepto más restringido de víctima, que excluye a las personas jurídicas y que exige que la lesión, el daño o el perjuicio sufrido haya sido *directamente* causado por el delito. La ley distingue, a estos efectos, entre la víctima directa y la indirecta. La primera sería toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito, mientras que víctima indirecta serían, exclusivamente, determinados familiares del fallecido o desaparecido en casos de muerte o desaparición de una persona que haya sido causada directamente por un delito (art. 2 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

⁹⁷⁷ El entendimiento de la acción popular como derecho de participación, esto es, como un derecho subjetivo público, cívico y activo fue desarrollado en nuestra doctrina por FAIRÉN GUILLÉN, V., *Temas del ordenamiento procesal*, T. I, Tecnos, D. L., Madrid, 1969, pp. 312 y 415; Esta concepción es generalmente aceptada en la actualidad. Véase, al respecto, las reflexiones y referencias bibliográficas contenidas en PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, pp. 593-609.

Esta posibilidad resulta coherente con un ordenamiento jurídico, como el español, en el que rige el principio de legalidad, según el cual todos los delitos han de ser perseguidos, sin que se atribuya, como ocurre en otros ordenamientos, poderes discrecionales al Ministerio Público para decidir, atendiendo a criterios de oportunidad, qué delitos deben ser perseguidos y cuáles no. En este sentido, la acción popular sirve como garantía del principio de legalidad, en tanto que viene a suplir la eventual inactividad de la Fiscalía que deja de perseguir un determinado delito⁹⁷⁸. Por otra parte, la institución de la acción popular resulta coherente con el entendimiento del proceso penal como instrumento de tutela del interés público en la represión de los delitos y no de un derecho subjetivo de la víctima a que se imponga una pena al victimario⁹⁷⁹.

A pesar de ello, las críticas a la acción popular, y los intentos de limitar su ámbito de aplicación, son una constante en la doctrina procesalista⁹⁸⁰. En este sentido, se argumenta que cuando, ni el MF, como representante del interés público, ni la víctima del delito, como ofendido por el delito, ejercitan la acción penal, el interés de un tercero no encontraría justificación, ni debiera ser suficiente para poner en marcha la maquinaria penal⁹⁸¹. Por otra parte, suele aludirse a los abusos que se observan en su ejercicio para justificar la pretendida restricción de su ámbito de aplicación, señalando

⁹⁷⁸ Sobre la utilidad de la acción popular como garantía frente a la inacción del MF, véase PÉREZ GIL, J., *La acusación popular...* ob. cit., pp. 669-751; Así mismo, FERREIRO BAAMONDE, X. X., “¿Hacia dónde camina la acción...ob. cit., p. 71-76.

⁹⁷⁹ En este sentido, sostienen, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES FERNÁNDEZ-HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1987, pp. 110-111, que el único sujeto titular del derecho que se hace efectivo en el proceso penal, el *ius puniendi*, es el Estado, de modo que el MF y el acusador, particular o privado, al postular justicia ejerciendo la acción penal lo hacen como instrumentos de ese derecho del Estado; En idéntico sentido, se pronuncia FERREIRO BAAMONDE, X. X., *La víctima en el proceso...* ob. cit., pp. 199-200, afirmando que las distintas acusaciones que pueden concurrir en el proceso penal, ya se trata de la acusación pública, la popular o la particular, postulan justicia, no en virtud de un derecho propio, como sucedería en el proceso civil, sino afirmando el *ius puniendi* del Estado.

⁹⁸⁰ En esta línea, se pueden ver diversas críticas a la acción popular orientadas a restringir su ámbito de aplicación. Así pues, son comunes los argumentos que se niegan a entender la acusación popular como medio de control de la actuación del MF, dado que ello supondría, en opinión de parte de la doctrina, partir de una injustificable desconfianza hacia la Fiscalía. Se puede ver, en este sentido, LANZAROTE MARTÍNEZ, P., “La acusación penal: ¿Ejercicio de soberanía? Ministerio Fiscal versus acción popular”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1998, pp. 1820-1826; También, aquellos otros como PÉREZ GIL, J., *La acusación popular...* ob. cit., pp. 687-689, que consideran la acción popular como un medio ineficaz de control de la actividad del MF y, por tanto, como insuficiente para garantizar el principio de legalidad; Resulta igualmente destacable, en este sentido, la regulación de la Propuesta CPP 2013 que, aunque finalmente no llegó a tramitarse en la legislatura, pretendía dejar reducida la acción popular a su mínima expresión, limitando enormemente su ámbito de actuación, tanto en lo que se refiere a su ámbito objetivo, esto es, a los delitos en los que se permitía la personación del actor popular (art. 71 Propuesta CPP), como en relación a su ámbito subjetivo, que excluía a las personas jurídicas de la posibilidad de personarse en tal condición (art. 70 Propuesta CPP). Sobre aquella regulación, se puede ver FERREIRO BAAMONDE, X. X., “El ámbito de ejercicio de la acción popular en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013”, V. Moreno Catena (dir.); C. Ruiz López; R. López Jiménez (coords.), *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 111-131.

⁹⁸¹ En este sentido, afirma el TS que “*el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio en el marco de un proceso penal sólo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio Fiscal (...) o en un interés privado, hecho valer por el perjudicado. Fuera de estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución, convierte el juicio penal en un escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva*” (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1045/2007, de 17 de diciembre, RJ 2007\8844).

que, en ocasiones, la acción popular responde a razones espurias o a un ánimo excesivamente retribucionista o punitivo⁹⁸². Sin embargo, no se aportan datos empíricos que corroboren las críticas sobre el uso abusivo de la acción popular, lo cual podría hacer dudar de su correspondencia con la realidad⁹⁸³. Además, aunque exista una teórica posibilidad de abusar de la institución o, incluso, el hecho de que, en ciertos casos, se haya usado de forma desproporcionada o abusiva, no parece que pueda, razonablemente, conducir a su supresión, sino que, en su caso, debiera llevar al establecimiento de ciertos controles o garantías en su ejercicio⁹⁸⁴.

En todo caso, cabe llamar la atención sobre el hecho de que la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha avivado las críticas de la doctrina hacia la acción popular y ha intensificado los temores de que se realice un uso abusivo de la misma. Así, varios de los autores que se han ocupado de las cuestiones procesales que surgen al hilo del enjuiciamiento penal de las personas jurídicas, no han dejado pasar la oportunidad de criticar los perturbadores efectos que, en su opinión, podría ocasionar la acción popular, abogando por su restricción o, incluso, por su eliminación⁹⁸⁵. Se argumenta, en tal sentido, que el daño que el inicio de un proceso penal puede provocar a la imagen de una entidad, así como a sus *stakeholders*, esto es, a los grupos de interés relacionados con la entidad, tales como los trabajadores, los acreedores o los accionistas, desaconseja otorgar a los particulares el poder de constituirse en parte acusadora⁹⁸⁶, al menos cuando no son víctimas directas del delito.

⁹⁸² En este sentido, se puede ver GÓMEZ COLOMER, J. L., “Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal”, *Poder Judicial*, núm. 8, 1987, pp. 27-34, pp. 29-30.

⁹⁸³ En esta línea, sostiene MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 293, que la imputación del uso abusivo de la acusación popular es siempre un argumento teórico y carente de base práctica ya que no es lo habitual, por lo que el ansia de supresión se descubre dirigido a aquellos pocos procesos en los que el poder político tiene interés y, especialmente, en los que se dictaron sentencias condenatorias ante la acusación popular y a pesar de la inactividad del fiscal.

⁹⁸⁴ En esta línea, argumenta FERREIRO BAAMNONDE, X., “A acusación popular: razóns en pro e en contra do seu mantemento”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 315-336, p. 331, que las disfunciones en el uso de la acción popular, en ningún caso, deben pasar por su supresión, sino, en su caso, por el control y la regulación de su ejercicio; Sobre este particular, puede resultar especialmente gráfica la argumentación de MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 293, quien se expresa del siguiente modo: “No siempre el acusador popular perseguirá el fin noble de la justicia, pues en ocasiones actuará persiguiendo fines, no ya particulares, sino inconfesables. Esto es evidente y nadie lo ha negado en general y en teoría, pero también es evidente que ese viejo argumento, esgrimido siempre sin datos fiables de la práctica, no puede llevar a la supresión de la acusación popular, por lo menos si nos mantenemos dentro de la razonabilidad, pues en el desarrollo coherente de ese argumento deberían suprimirse todas las instituciones y todos los derechos que pudieran utilizarse abusivamente. Es decir, (casi) todas y todos, incluido el Ministerio Público”.

⁹⁸⁵ FGE, Circular 1/2011, pp. 96-97; PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aspectos procesales de la reforma del código penal...ob. cit., p. 22; Por su parte, ALONSO GALLO, J., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 35-45, pp. 43-45, apuesta por limitar la legitimación activa al MF para evitar abusos, en vista de que, en el enjuiciamiento de las personas jurídicas, están en juego intereses de terceros ajenos a la entidad.

⁹⁸⁶ ALONSO GALLO, J., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*...ob. cit. pp. 43-45; PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...ob. cit., pp. 383-405; PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aspectos procesales de la reforma del código penal...ob. cit., pp. 19 y ss.

El tema de los daños colaterales a terceros inocentes puede calificarse ya de recurrente⁹⁸⁷. Cuando se habla de responsabilidad penal de las personas jurídicas siempre surge la cuestión de sobre qué sujetos recaerán las consecuencias de las penas, así como quiénes podrían verse perjudicados por la eventual paralización de la actividad de la entidad, al resultar ésta implicada en un proceso penal. En este caso, el peligro de daños colaterales se emplea para intentar restringir las posibilidades de persecución penal de las personas jurídicas a través de la limitación de la legitimación activa o de la capacidad de ser parte acusadora en el proceso. Parece olvidarse, o menospreciarse, el hecho de que cualquier imputación o acusación, ya se dirija frente a una persona física, ya frente a una persona jurídica, acarrea daños reputacionales, y puede, igualmente, afectar a terceros inocentes, o ajenos a los hechos delictivos, tales como la familia o los sujetos económicamente dependientes del encausado, sin que tales razones sirvan como motivo para excluir la acción popular o, más genéricamente, para dejar de perseguir un determinado delito.

El hecho de que se emplee este argumento, específicamente, en relación con las personas jurídicas parece dar a entender que el patrimonio y la reputación de una organización son bienes más valiosos, o dignos de protección, que el patrimonio, el derecho al honor o el bienestar psico-social de un individuo lo cual resulta, cuando menos, discutible. De hecho, esta idea subyace en muchos de los comentarios doctrinales que recomiendan que, en el caso de las personas jurídicas, los instructores sean especialmente diligentes en el trámite de admisión de querellas (art. 312 LECrim), mostrando, en mi opinión, una preocupación excesiva por los daños que una imputación o un proceso penal público pueden provocar en la imagen de la entidad en el mercado⁹⁸⁸. Estas afirmaciones, preocupadas por la admisión de querellas infundadas frente a las personas jurídicas, conducen, inevitablemente, a cuestionarse si acaso el instructor no debería ser siempre diligente a la hora de valorar la admisión de una querrella y, puestos a establecer diferencias, especialmente, cuando está en juego la dignidad de un ser humano o su libertad personal.

⁹⁸⁷ En este sentido, GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...* ob. cit., pp. 182-183, se refiere a los perjuicios derivados del enjuiciamiento; En la misma línea van algunas de las críticas que, desde el análisis económico del Derecho, se realizan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde esta escuela, tal y como recoge GÓMEZ-JARA DIEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Ramón Areces, Madrid, 2006, p. 67, se mantiene que las sanciones civiles son más efectivas que las penales porque evitan el estigma que la condena penal supone para el malhechor corporativo, infligiéndole inútilmente un castigo adicional que podría, incluso, supradisuarle; Por su parte, la FGE, Circular 1/2011, pp. 96-97, aconseja poner particular atención en procesos contra empresas cotizadas, entidades financieras y de seguros, o empresas de cualquier sector que cuenten con plantilla, a fin de evitar las consecuencias nocivas y en algún caso irreversibles derivadas de lo que en términos económicos se denomina *riesgo reputacional*, en la medida en que procedan de imputaciones penales formuladas en ausencia de unos mínimos datos incriminatorios.

⁹⁸⁸ En esta línea, la FGE, Circular 1/2011, pp. 96-97, también hace un llamamiento a los Sres. Fiscales para que sean especialmente diligentes al evaluar y emitir informes en relación con la admisión e inadmisión de querellas interpuestas en el ejercicio de las previsiones de los arts. 312 y 313 LECrim cuando se trata de sociedades cotizadas, entidades financieras y de seguros, o empresas de cualquier sector que cuenten con plantilla. Estos comentarios resultan, en cierto modo, preocupantes en tanto que, en principio, la actuación de los Fiscales a la hora de informar la admisión de una querrella y la de los instructores al decidir una imputación, debe ser siempre cuidada y rigurosa, sin que se observen particularidades para el caso de las personas jurídicas. De hecho, a mi modo de ver, si es necesario establecer niveles, el mayor celo debiera exigirse cuando lo que está en juego es la libertad personal, y no los intereses patrimoniales de una entidad o de sus miembros.

Por otra parte, cuando se realizan este tipo de argumentaciones, relativas al elevado riesgo de daños colaterales, parece tenerse en mente la imagen de una gran empresa de la que dependen económicamente multitud de personas y parece asumirse que el proceso penal supondrá la ineludible desaparición de la entidad, con los consiguientes despidos, impagos e incumplimiento contractuales. Más allá de la falta de evidencia empírica de tales asunciones, de la dificultad de prever el alcance de los daños colaterales y de la necesidad de tomar en consideración las diferentes casuísticas que se derivan del tamaño de la persona jurídica, de su actividad o del delito que se le imputa, entre otros factores, aun cuando se tratase de una gran empresa cuya actividad pudiese verse paralizada por el enjuiciamiento, sería dudosa su legitimidad en orden a anular el derecho de los ciudadanos a participar activamente en la persecución de los delitos. A mayor abundamiento, no cabe presuponer que el actor popular actúa, en todo caso, de mala fe, y convertir en regla tal presunción, sin perjuicio de que, constatado el uso abusivo o fraudulento de la misma, el Juez pueda, motivadamente, desestimarla (art. 11.2 LOPJ).

Otro argumento en contra del uso de la acción popular en el enjuiciamiento de las personas jurídicas consiste en afirmar que, en tales casos, existen mayores incentivos para su uso torticero, como instrumento de presión o instrumento de venganza⁹⁸⁹. En este sentido, se ha llegado a decir que resulta urgente limitar la legitimación activa para deducir pretensiones penales contra personas jurídicas ya que, en caso contrario, los abusos se producirán con certeza⁹⁹⁰. Esa mayor percepción de riesgo se fundamenta en la posibilidad de que la acción penal se ejercite de manera interesada por empresas de la competencia⁹⁹¹, con el propósito de expulsar a los competidores del mercado, menoscabar su prestigio u obtener información del proceso, así como en la eventualidad de que los socios o accionistas la utilicen para erosionar a los gestores o lograr ventajas en la estructura social o, incluso, que el gestor de hecho o de derecho se querelle contra la entidad para eludir, o atenuar, sus responsabilidades personales⁹⁹².

Como soluciones a tales riesgos de abuso de la acción popular contra las personas jurídicas se han esgrimido diversas propuestas. Las más radicales pasarían por suprimirla para las causas seguidas frente a las personas morales⁹⁹³, lo cual resulta, en

⁹⁸⁹ En esta línea, ya antes de la reforma que introdujo a las personas jurídicas en el sistema de justicia penal, GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento...* ob. cit., p. 139, señalaba que, junto a las evidentes ventajas que se derivan de la acción popular, cuando ésta se ejercita en procesos penales por delitos económicos presenta también evidentes inconvenientes, sobre todo por su posible utilización desviada como medio de presión o como instrumento de venganza. En esta línea, el autor ponía como ejemplo las consecuencias que, para una sociedad mercantil o para un empresario conocido, podrían tener ciertas acusaciones, aunque infundadas, sobre prácticas lesivas de los intereses de los consumidores, trabajadores, accionistas, acreedores o del público en general. En este sentido, se advierte que poco favorecen, para garantizar el respeto a la presunción de inocencia, la difusión en los medios de comunicación, las inquisiciones generales en que se convierte a veces la fase instructora en estos casos y las dilaciones que sufre el proceso penal hasta que se resuelve finalmente.

⁹⁹⁰ ALONSO GALLO, J., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...* ob. cit. pp. 43-44.

⁹⁹¹ PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Aspectos procesales de la reforma del código penal..." ob. cit., p. 22.

⁹⁹² PÉREZ GIL, J., "El proceso penal contra..." ob. cit., pp. 383-405.

⁹⁹³ PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., "Aspectos procesales de la reforma del código penal..." ob. cit., pp. 19 y ss.

mi opinión, totalmente injustificado⁹⁹⁴, al no responder tal limitación a una causa objetiva y razonable. Considero que suprimir la acción popular para los procesos seguidos frente a las personas jurídicas, manteniéndola frente a las personas físicas, amparándose en los daños que podrían provocar las falsas acusaciones para la imagen de aquéllas, sería tanto como admitir que la reputación de las corporaciones es un bien jurídico más valioso que el derecho al honor de las personas físicas, lo cual sólo resulta entendible desde una concepción puramente mercantilista de los derechos. Por su parte, otros autores, igualmente críticos con la acción popular, optan, ante la falta de acción legislativa en orden a restringir su ámbito, porque sean los instructores los que limiten su ejercicio, a través de la utilización de un concepto restringido de ofendido, así como de la fijación de fianzas reales, y no meramente simbólicas⁹⁹⁵. Así como la limitación legal del ámbito de la acción popular, por ejemplo, restringiéndola a ciertos tipos delictivos, tal y como pretendía la propuesta de CPP (art. 71), sería, en principio una opción legislativa legítima, creo que una limitación de la acción popular a través de la interpretación judicial o, por la vía de incrementar las fianzas como forma de disuadir a los potenciales actores populares⁹⁹⁶ no es admisible, dado que, prevista en la ley la posibilidad de cualquier ciudadano de personarse como actor popular, es necesario que la misma se interprete de acuerdo con el principio *pro actione*.

Considero las propuestas de eliminar o restringir la acción popular, sirven, una vez más, para poner de manifiesto cómo, en ocasiones, la introducción de este nuevo sujeto como parte pasiva del proceso sirve a la doctrina para reafirmarse en sus posicionamientos sobre cuestiones tradicionales, aun cuando, en principio, no se aprecia ninguna especialidad relevante por el hecho de que la persona jurídica pueda ocupar la posición de parte pasiva en el proceso. Cabe recordar, en este punto, que la imputación se deriva de una resolución judicial, por lo que, la adquisición de la condición de encausada por parte de la entidad, precisa de una previa valoración jurisdiccional sobre la verosimilitud de la *notitia criminis*, lo cual debería ser garantía suficiente para que no se acordasen imputaciones infundadas. Igualmente, dependiendo la admisión de la querrela de un órgano jurisdiccional, independiente e imparcial, y constituyendo la acusación falsa un ilícito penal (art. 456 CP), no parece que el supuesto riesgo de abuso tenga la suficiente entidad como para abogar por la eliminación del actor popular. Además, como mecanismos de garantías adicionales para prevenir un uso abusivo de la acción popular estarían la efectiva aplicación de los delitos de acusación y denuncia falsas (art. 456.1 CP), la imposición de costas o la apreciación, en su caso, de fraude procesal (art. 11.2 LOPJ), al que se ha propuesto, de *lege ferenda*, que pudieran llegar a aparejarse sanciones pecuniaria⁹⁹⁷.

⁹⁹⁴ Cabe recordar, en este punto, que, aun tratándose de un derecho de configuración legal, su reconocimiento constitucional impide que el legislador goce de libertad absoluta en su regulación. Así pues, sobre tal limitación constitucional, afirma MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 282, que la acción popular no puede ser suprimida y no puede ser regulada de tal modo que se desvirtúe su naturaleza lo que ocurriría, por ejemplo, si se exigiese para su interposición tener algún interés privado en el proceso.

⁹⁹⁵ PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad...ob. cit., pp. 585-586.

⁹⁹⁶ El propio PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*...ob. cit., pp. 537-560, esp. p. 538, expone diversas críticas al requisito de la prestación de fianza por el acusador popular como forma de prevenir abusos, señalando que parten de uno de los criterios menos igualitarios que cabe imaginar, cual es el de la capacidad económica.

⁹⁹⁷ Sobre los mecanismos de garantía para prevenir abusos de la acción popular, véase PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*...ob. cit., pp. 560-575.

De hecho, en un sistema en el que rige el principio de legalidad, la acción popular puede constituir una importante garantía de su estricta aplicación, que ya no queda, exclusivamente, en manos de la Fiscalía⁹⁹⁸. Así pues, el compromiso de los ciudadanos en la persecución de los delitos sirve como mecanismo de control social que ayuda a prevenir la creación de ámbitos de impunidad. Especialmente importante, resulta la participación de la ciudadanía en la justicia, como mecanismo corrector, en relación con determinadas corporaciones, en las que el Gobierno puede tener comprometidos intereses económicos, lo cual podrían llegar a poner en duda la imparcialidad de la actuación del MF⁹⁹⁹. En último término, el afán por restringir la acción popular implica, en el fondo, alejar al ciudadano de la justicia, lo cual puede llegar a constituir un exceso autoritario¹⁰⁰⁰, al menos, cuando tales restricciones no encuentran una justificación objetiva y razonable.

4.- Posibilidad de la persona jurídica de simultanear las posiciones de acusador y acusado

El objetivo de este apdo. es determinar si la persona jurídica podría ocupar, en un mismo procedimiento penal, las posiciones de acusación, popular o particular, y de acusada. Igualmente cabe plantearse si la persona jurídica acusada podría personarse como actor civil cuando se considere perjudicada por el delito cometido por sus administradores o representantes. La inadmisión de tales posibilidades podría afectar a derechos fundamentales tales como la tutela judicial efectiva o el derecho de defensa, con lo que requerirá, cuando menos, una justificación razonable.

En este sentido, se intentará poner de manifiesto la dificultad que, en ciertos supuestos, podría existir para distinguir cuando una persona jurídica, en cuyo seno se ha cometido un determinado delito, puede ser considerada ofendida o perjudicada por el mismo o, por el contrario, penalmente responsable de su comisión, en función de si la acción delictiva se cometió en provecho personal de los autores individuales y en su perjuicio de la entidad, o si, por el contrario, se actuó en beneficio de la organización. En definitiva, puede ser preciso que la investigación avance para determinar si el delito se cometió en provecho o en perjuicio de la entidad, lo cual afectaría a su legitimación como parte en el proceso, planteándose la posibilidad de que, entre tanto, actúe, al mismo tiempo, como parte acusada y como parte acusadora.

⁹⁹⁸ FERREIRO BAAMONDE, X. X., “¿Hacia dónde camina la acción...ob. cit., p. 73; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal*...ob. cit., p. 239.

⁹⁹⁹ En este sentido, en Estados Unidos, resulta llamativo el trato discriminatorio que las compañías extranjeras reciben frente a las nacionales. Puede verse un análisis comparativo en GARRET, B. L., *Too big to jail: how prosecutors*...ob. cit. pp. 218-249.

¹⁰⁰⁰ Cfr. MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 280.

4.1- Posibilidad de que la persona jurídica imputada se constituya como acusación popular o particular frente a la persona física coimputada por los mismos hechos

Si se parte del modelo de responsabilidad vicarial previsto en la regulación penal, según el cual, de la conducta de un sujeto se pueden derivar dos responsabilidades relativamente autónomas, cabe plantearse la posibilidad de que la persona jurídica, supuestamente responsable, tenga interés en constituirse como parte acusadora frente a la persona física coimputada, presuntamente autora del delito. En este sentido, en tanto que la entidad se considere víctima o perjudicada por el delito cometido por uno de sus agentes, podría tener un interés legítimo en actuar en el proceso como acusación.

La hipótesis consistente en que la persona jurídica pueda compatibilizar la posición de acusada con la de acusación, popular o particular, en el mismo procedimiento, constituye una particularidad del ordenamiento español, en tanto que, en el panorama comparado, el ejercicio de la acción penal suele atribuirse monopólicamente a un órgano público, lo cual excluye tal eventualidad¹⁰⁰¹. Esta cuestión ya fue apuntada por el CGPJ en su Informe de 2006¹⁰⁰², como una de las cuestiones procesales a resolver, derivadas del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas que, en aquel momento, se proyectaba introducir en nuestro ordenamiento, pero que no llegó a aprobarse. A pesar de lo cual, el legislador, cuando en el año 2010 introdujo finalmente la responsabilidad penal de los entes colectivos omitió reformar la legislación procesal y cuando, al año siguiente se decidió a reformar la LECrim para adaptarla al enjuiciamiento de las personas jurídicas, no reparó en esta problemática.

La posibilidad de simultanear la posición activa y pasiva en el marco del proceso se fundamenta en la doble legitimación que podría concurrir en la persona jurídica. Por un lado, la sospecha de responsabilidad penal que recae sobre la misma, la legitima como parte pasiva del proceso, desde el instante en que la investigación se dirige frente a ella. Por otro lado, la misma podría ser ofendida o perjudicada por el delito cometido por sus administradores, representantes o empleados cuando estos hubiesen actuado en beneficio propio y en detrimento del interés social, con lo que, en tal caso, la entidad pasaría a ostentar legitimación como parte activa del proceso, pudiendo constituirse, en su caso, como acusación particular.

La línea divisoria entre una u otra posición en ocasiones puede ser difusa. Como criterio para delimitarlas resulta útil el elemento del provecho o el beneficio. En este sentido, cuando una actuación delictiva se realiza en provecho o beneficio de la persona jurídica y en perjuicio de un tercero, la entidad podría encontrarse pasivamente legitimada, en tanto que, concurriendo el resto de circunstancias señaladas en el art. 31 bis CP, de tal hecho, se derivaría responsabilidad para la misma. Sin embargo, si la actuación se realiza en provecho personal del autor del delito o de un tercero, pero en perjuicio de la entidad, la persona jurídica podría encontrarse activamente legitimada para actuar como

¹⁰⁰¹ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., pp. 56-57; GASCÓN ICHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...ob. cit.*, pp. 68-69.

¹⁰⁰² CGPJ. Informe de 3 de noviembre de 2006 a propósito del Anteproyecto de reforma del CP publicado en el BOCG de 15 de enero de 2007 (núm. expte. 97/2015) que finalmente no llegó a tramitarse en la legislatura.

acusación particular o, en su caso, como actor civil, en la medida en que afirmase su condición de ofendida o de perjudicada por el delito. Esta distinción, que en teoría puede resultar clara, en la práctica no lo es tanto y podría dar lugar a una situación de “esquizofrenia procesal”, en vista de la disociación de la persona jurídica en dos posturas contrapuestas en el marco de un mismo procedimiento.

Piénsese, por ejemplo, en un delito de alzamiento de bienes, consistente en alzarse con los bienes propios en perjuicio de los acreedores (art. 257.1.1º CP), del cual las personas jurídicas pueden responder penalmente (art. 258 ter CP). Si uno de los administradores de la entidad hubiese realizado el alzamiento en provecho de la misma, esto es, ocultando los bienes para frustrar el cobro de los acreedores sociales, pero permaneciendo los mismos afectos a la actividad social, la entidad, concurriendo el resto de requisitos previstos en el art. 31 bis CP, sería penalmente responsable, en tanto que el delito se habría cometido en su beneficio. Sin embargo, si el administrador se hubiese apropiado indebidamente de los bienes de la entidad, en perjuicio de los acreedores de ésta, con el objeto de enriquecerse personalmente, incorporando tales bienes a su patrimonio personal, burlando fraudulentamente los controles de la entidad dirigidos a asegurar el efectivo cumplimiento de sus obligaciones financieras, la persona jurídica estaría exenta de responsabilidad y podría ostentar la condición de ofendida y perjudicada por tales actuaciones delictivas. Por lo tanto, al menos teóricamente, la entidad estaría legitimada activa y pasivamente, en tanto que pudieran existir dudas sobre si la misma es víctima o responsable del delito cometido por sus administradores o gestores.

Para aclarar si es posible que un sujeto ocupe en el mismo procedimiento las posiciones de acusador y acusado, es necesario partir de la premisa de que el principio acusatorio impone claridad entre las distintas funciones que existen en un proceso penal, lo cual implica, no sólo que el acusador y el juzgador deben ser órganos distintos, sino también que, con carácter general, una misma parte procesal no puede asumir simultáneamente la posición de acusador y defensa¹⁰⁰³.

Sin embargo, esta regla general no está exenta de excepciones. En este sentido, la Sala Segunda del TS reunida en Pleno no jurisdiccional, con fecha de 27 de noviembre de 1998 dispuso que *“con carácter excepcional, cabe la posibilidad de que una misma persona asuma la doble condición de acusador y acusado, en un proceso en el que se enjuician acciones distintas, cuando, por su relación entre sí, el enjuiciamiento separado, de cada una de las acciones que ostentan como acusados y perjudicados, produzca la división de la continencia de la causa, con riesgo de sentencias contradictorias, y siempre que así lo exija la salvaguarda del derecho de defensa y de la tutela judicial efectiva”*¹⁰⁰⁴. Tomando en la debida consideración la doctrina del TS

¹⁰⁰³ En este sentido, se pronuncia LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II...ob. cit., p. 2153, afirmando que, como regla general, *“no es posible ejercitar la acción penal en relación con unos hechos respecto de los cuales en la misma causa se encuentra en situación de acusado”*. No obstante, el propio autor, seguidamente admite que, excepcionalmente, en situaciones en las que existe una *“conexión de reciprocidad”*, puede aceptarse esa doble posición procesal. Son supuestos que surgen del mismo hecho por ejemplo una riña, un accidente de tráfico (pp. 2153-2154).

¹⁰⁰⁴ TS (Sala 2ª) Acuerdo no jurisdiccional del de 27 de noviembre de 1998. Este acuerdo fue, posteriormente, aplicado, entre otras, en las siguientes resoluciones: SSTS (Sala 2ª) núm. 1178/1998, de

contenida en el citado Acuerdo, y su posterior aplicación en reiteradas resoluciones, es necesario partir, en primer lugar, de la excepcionalidad de la posibilidad de simultanear ambas posiciones. De tal forma que sólo se admitirá tal eventualidad cuando existan acciones conexas, cuyo enjuiciamiento separado rompa la continencia de la causa, y además estén en juego los derechos fundamentales de defensa y de tutela judicial efectiva del sujeto en cuestión.

El requisito de que se enjuicien en el proceso *acciones distintas* sirve a BANACLOCHE PALAO¹⁰⁰⁵ para excluir la posibilidad de que la persona jurídica pueda actuar, simultáneamente, como imputada y como acusación, en tanto que, en opinión del autor, para ello, sería preciso, según la doctrina del TS, “*que se hubiesen cometido al menos dos delitos que tengan como víctimas, recíprocamente, a la persona jurídica y a la persona física autora de la conducta, cada una del delito cometido por la otra*”, tal y como sucede en las lesiones mutuas. Esta situación, en opinión del citado autor, no se daría en el caso de presunta responsabilidad de una persona jurídica, en tanto que el delito cometido por la persona física es el presupuesto de la responsabilidad de aquélla y, consecuentemente, no habría un delito recíproco.

Sin embargo, a mi juicio, aun cuando la persona física y la persona jurídica son enjuiciadas, al menos parcialmente, por los mismos hechos, la duplicidad de acciones y de objetos procesales, así como la relación de continencia entre ambos objetos resulta indiscutible, mientras que el riesgo de sentencias contradictorias, en el supuesto de enjuiciamiento separado, resulta evidente¹⁰⁰⁶. Consiguientemente, para admitir la posibilidad de actuación simultánea por la entidad, quedaría por determinar si la posibilidad de la persona jurídica de constituirse como acusación particular frente a su representante, administrador o empleado, en el mismo proceso en el que la misma es acusada, vendría impuesta por la salvaguarda de su derecho de defensa o de su derecho a la tutela judicial efectiva. En otras palabras, habrá que determinar en qué medida privar a la persona jurídica de la facultad de constituirse en parte acusadora frente al presunto responsable individual, vulneraría su derecho de acceso a los Tribunales para la defensa de sus legítimos intereses (art. 24.1 CE) o si cabe entender que tal limitación despojaría a la entidad de un medio esencial para su defensa, restringiendo, indebida e injustificadamente, su derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE).

En este orden de ideas, es preciso plantear la posibilidad de que la estrategia defensiva de la persona jurídica, desarrollada por su representante nombrado *ad hoc*, o por el director del sistema de cumplimiento, pase por acusar al administrador o representante legal que supuestamente perpetró el hecho delictivo. De este modo, la persona jurídica podría presentarse como víctima de la actuación del administrador, alegando que éste delinquiría en provecho exclusivamente personal, o de un tercero, y en perjuicio de la entidad. Esta situación se presenta aun de forma más clara con la nueva redacción del

10 de diciembre, RJ 1998\10336; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 398/2008, de 23 de junio, RJ 2008\4732; (Sala 2ª) núm. 46/2014, de 11 de febrero, RJ 2014\1326.

¹⁰⁰⁵ “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 188.

¹⁰⁰⁶ Sobre esta cuestión véase el apdo. 6.1 del epígrafe IV del capítulo 1, en el que se analizan las ventajas y desventajas del enjuiciamiento conjunto.

art. 31 bis 2. 3º CP a raíz de la modificación introducida en este precepto por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo. En él se prevé, como una de las condiciones que deben concurrir para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad, que los autores individuales, cuando se trate de sujetos apicales, hayan cometido el delito “*eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención*”. Además, tratándose, esta última, de una circunstancia eximente, parece que la carga de alegar y probar tal requisito corresponderá, en principio, a la persona jurídica¹⁰⁰⁷. Por lo tanto, la entidad, para quedar exenta de responsabilidad, deberá probar que sus representantes o administradores, en sus propósitos delictivos, emprendieron acciones para burlar sus medidas de vigilancia y control.

Por otra parte, la entidad que pretende probar que ha puesto toda la diligencia debida en orden a evitar que se cometan delitos en su seno, podría estar interesada en proceder penalmente contra aquellos integrantes de la misma que actuasen al margen de sus mandatos de cumplimiento normativo. Tal proceder podría ser incluso exigido en su modelo interno de prevención, como forma de perseguir eficazmente la delincuencia en su seno. La Ley señala las condiciones mínimas que ha de cumplir el sistema de prevención de delitos para tener eficacia eximente¹⁰⁰⁸, mientras que la doctrina, tomando como referencia el Derecho extranjero y la extensa literatura jurídica relativa a los *compliance programs* americanos, también desarrolla lo que debiera ser el contenido esencial de un programa de prevención delictiva. Pues bien, tanto la legislación (art. 31 bis 5. apdos. 4º y 5º CP), como la doctrina científica¹⁰⁰⁹, apuntan, como parte esencial de tales programas, la existencia de un sistema de denuncias y de un sistema disciplinario que sancione los incumplimientos del modelo de prevención. Lo que resulta más controvertido es determinar si bastaría con que tal sistema de delaciones sirviese para actuar internamente frente a los malhechores individuales o si, por el contrario, cabría exigir de la entidad una denuncia ante la autoridad pública competente para la persecución de los delitos cometidos en su seno¹⁰¹⁰, siempre que, en este último

¹⁰⁰⁷ Sobre las reglas de carga de la prueba y el principio *in dubio pro reo* véanse los apdos. 4 y 5 del epígrafe V del capítulo 3 relativo a la prueba

¹⁰⁰⁸ En este sentido, señala el art. 31 bis 5 CP que: “*Los modelos de organización y gestión (...) deberán cumplir los siguientes requisitos: 1º. Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2º. Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3º. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4º. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5º. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6º. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios*”.

¹⁰⁰⁹ En este sentido, RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...* ob. cit., p. 111, se refiere a los canales de denuncia interna como una de las medidas de debido control que pueden llegar a eximir a la entidad de responsabilidad penal; NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing...” ob. cit.; En la misma línea, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...” ob. cit., p. 177, señala, como uno de los contenidos que ha de contener el programa de cumplimiento para ser considerado eficaz, “*un sistema de denuncias internas que se haya publicitado extraordinariamente (previando como ombudsman a un director ejecutivo de alto nivel) con mecanismos que eviten cualquier tipo de represalias al denunciante*”.

¹⁰¹⁰ Para RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...* ob. cit., p. 140-142, la denuncia a la autoridad pública sería un requisito indispensable para la atenuación o exención de la

caso, no existiese riesgo de autoincriminación para la entidad. De todos modos, independientemente de cuál sea el alcance de las obligaciones legales, para la entidad, de denunciar públicamente los delitos cometidos en su seno, ello no empece a que la misma pueda tener interés en constituirse como acusación frente a los autores individuales, mostrando así su beligerancia frente al delito y su compromiso con la legalidad.

La argumentación precedente podría conducir a admitir la posibilidad de que la persona jurídica simultanease las posiciones de acusador y acusado en el mismo procedimiento, en la medida en que su estrategia defensiva se centrara, precisamente, en descargar la culpa sobre el autor material del delito, argumentando que el mismo burló los controles de la entidad para delinquir o que actuó en provecho personal, perjudicando a la persona jurídica. Así mismo, resulta plausible que la persona jurídica quiera personarse como acusación particular frente a sus antiguos gestores o directivos, en caso de que estos hayan cambiado, por el perjuicio que le hayan podido causar con su conducta¹⁰¹¹.

Sin embargo, en opinión de GASCÓN INCHAUSTI, la actuación de la persona jurídica como acusadora no sería necesaria para su correcta defensa en vista de que, para alcanzar su objetivo defensivo, bastaría con que tuviese libertad para alegar y probar sobre los hechos que le incumben, es decir, sobre el hecho de referencia y sobre los hechos internos en los que se fundamentaría la culpabilidad propia del ente¹⁰¹². El autor, para resolver la cuestión de la compatibilidad de posiciones procesales de la entidad, parte del criterio de la absoluta necesidad para la defensa del sujeto pasivo, concluyendo que, en el caso de la persona jurídica, esa exigencia constitucional no se daría, en tanto que la condena de la persona física no es necesaria para la absolución de la persona jurídica, debido a la autonomía de ambas responsabilidades, derivada de los distintos títulos de imputación¹⁰¹³ y de la naturaleza acumulativa, que no alternativa, de las mismas.

Ahora bien, siendo cierto que la condena de la persona física no es requisito *sine qua non* para la absolución de la persona jurídica y que, evidentemente, la entidad podría adoptar otras estrategias defensivas que no implicasen acusar a la persona natural, no es menos cierto que tal estrategia defensiva resultaría perfectamente legítima. A mayor abundamiento, si la entidad se presenta como víctima del delito, a pesar de que recaiga

responsabilidad de las personas jurídicas. En este sentido, se afirma que la tramitación exclusivamente interna de la denuncia, con medidas disciplinarias, resulta insuficiente en tanto que no satisface el interés público en castigar los delitos ni en compensar a las víctimas.

¹⁰¹¹ Argumenta, en este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 189, que tal situación no lleva necesariamente aparejado un conflicto de intereses entre la posición de acusador y acusado que asumiría, de forma simultánea, la persona jurídica, ya que perfectamente puede sostener la responsabilidad de sus empleados o directivos y solicitar su propia absolución o, incluso, negociar una conformidad para ella, mientras pide el castigo de los presuntos responsables individuales.

¹⁰¹² Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 68-71, en especial p. 70; Igualmente, la FGE, Circular 1/2011, p. 88, se muestra en contra de tal posibilidad señalando que, cuando la defensa de la persona jurídica consista en atribuirse la condición de víctima del delito, cometido por sus gestores o subordinados en las condiciones del art. 31 bis CP, no podrá formular acusación contra las personas físicas en el seno del mismo procedimiento.

¹⁰¹³ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., p. 56-57.

una sospecha criminal sobre ella, negarle la posibilidad de constituirse como acusación particular supondría, cuando menos, una restricción de su derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰¹⁴. Por lo tanto, será preciso determinar si tal restricción resulta necesaria, idónea y proporcionada.

Para determinar la proporcionalidad de tal postura, hay que tener en cuenta los numerosos riesgos e inconvenientes que se derivan de permitir que un mismo sujeto, en este caso, la persona jurídica, pueda actuar en el procedimiento simultáneamente como acusador y acusado. Diversas razones técnicas, sobre todo de imprevisión legal, se oponen a la compatibilización de ambas posiciones en el proceso. Tal escenario obligaría al Tribunal a delimitar con precisión las conductas respecto de las cuales la persona jurídica asumiría la condición de acusada y en cuales la de acusadora, acotando el contenido de sus alegaciones y proposiciones probatorias para evitar fraudes, ventajas injustificadas o actuaciones tendentes a obstaculizar el proceso¹⁰¹⁵. En este sentido, constituiría un evidente fraude procesal, al menos en el sentido del art. 11.2 LOPJ, que la entidad se constituyese como acusación y aprovechara sus posibilidades de actuación para auto-defenderse o, incluso, para defender veladamente al resto de acusados. Tales actuaciones fraudulentas deberían conllevar, en su caso, la pérdida inmediata de su condición de parte activa en tanto que los Juzgados y Tribunales deben rechazar las peticiones que entrañen tal fraude (art. 11.2 LOJ)¹⁰¹⁶. Si además, la entidad provoca con

¹⁰¹⁴ En este punto, resulta de interés la STC 34/1994, de 31 de enero, en la que se sostiene que tanto la acción popular y la acción particular integran el contenido de la tutela judicial efectiva, aun cuando responden a fundamentos distintos. Así pues, la legitimación del actor popular proviene del art. 125 CE, mientras que la del acusador particular, en tanto que perjudicado por el delito, se deriva directamente del art. 24.1 CE.

¹⁰¹⁵ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 71; En este sentido, en el conocido como “caso Bárcenas”, el MF solicitó la exclusión del Partido Popular como acusación popular, en vista de su supuesta actitud obstaculizadora y ralentizadora del proceso. Sin embargo, el TSJ de Madrid concluyó que, en tal fase de la investigación, no se podía concretar que el Partido Popular pudiese resultar involucrado en la causa, lo cual no pasaba de ser una mera conjetura, siendo insuficiente, para apreciar una relación de defensa o apoyo procesal a los investigados, su mera pertenencia a la formación política. En este sentido, el órgano judicial argumentaba que, a falta de actuaciones procesales concretas y determinadas, que supusiesen un fraude de ley, constante y reiterado, las realizadas hasta ese momento por el Partido Popular no tenía la suficiente intensidad o gravedad como para implicar la sanción de exclusión total pretendida por el MF. Eso sí, ya se advertía la necesidad de efectuar un *permanente control de pertinencia o inutilidad de las diligencias de prueba que se propusiesen por tal acusación, en vista de su particular posición* (ATSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal) de 11 de febrero de 2010).

¹⁰¹⁶ En este sentido, en la instrucción del conocido “caso Gürtel”, el Juez apercibió a la representación legal del Partido Popular, personada como acusación, con expulsarla por actuar en fraude de ley, desarrollando una función tendente a la defensa de los sujetos investigados en lugar de a su incriminación. Esta información está disponible en <http://vozpopuli.com/nacional/20658-la-investigacion-de-los-sobres-de-barcenas-amenaza-con-expulsar-al-pp-del-sumario-gurtel>, última consulta 30/01/2013; De hecho, así ocurrió, finalmente, por AJCI núm. 5, de 26 de abril de 2013, DD.PP. núm. 275/2008, que excluyó a la personación del Partido de su condición de acusación popular. La citada resolución, accesible en http://cdn27.hiberus.com/uploads/documentos/documentos_autorevocapersonacionpp_fd21f45a.pdf en fue recurrida por la referida formación política y confirmada por AAN (Sección 4ª, Penal) núm. 137/13, resolviendo un recurso de apelación. Tal exclusión se justificó por la actitud “obstaculizadora y ralentizadora” del proceso por parte del Partido Popular y sus concretas actuaciones tendentes a conseguir el sobreseimiento de los acusados. Según el parecer del JCI núm. 5 la revocación de la condición de acusador popular del referido partido político se presentaba “como única resolución coherente con la observancia del ejercicio de la acción popular con arreglo a la buena fe procesal y a la naturaleza y significado propios de dicha institución”. Similar fue el caso del Fútbol Club Barcelona, en el procedimiento iniciado contra Neymar, aunque en este supuesto el Juez rechazó directamente la personación del Barcelona como acusación particular, argumentando que el club no había acreditado su

su actuación fraudulenta que el Juez dicte, por error, una resolución que perjudique los intereses económicos de la otra parte o de un tercero, incurriría en un delito de estafa procesal (art. 250.1.7º CP).

Aunque el tema no es de fácil solución, en mi opinión, como regla general, debería negarse la posibilidad de que la persona jurídica compatibilizase las posiciones de acusación y acusada, salvo que justificase que, efectivamente, ha sufrido un perjuicio directo por el delito. La justificación de tal restricción del derecho a personarse como acusación se sustentaría en los siguientes motivos:

- En primer lugar, porque para la defensa de la entidad, tal y como sostiene GASCÓN INCHAUSTI, no es precisa la acusación formal del autor material de los hechos. Si bien es cierto que su derecho de acceso a la jurisdicción, como víctima o perjudicada por el delito, se vería limitado, parece que los problemas e inconvenientes que presenta la compatibilización de ambas posiciones procesales podrían justificar, razonablemente, tal limitación.

- En segundo lugar, porque la apuntada limitación de la tutela judicial efectiva no sería tan grave en un proceso penal como en un proceso civil. La razón estriba en que en el proceso civil rige con fuerza el principio dispositivo, con lo que sería la persona jurídica la única legitimada para reclamar el resarcimiento de los daños que le hubiere podido irrogar la actuación punible de su administrador. Sin embargo, en el proceso penal, el MF se encargará de pedir el castigo de los culpables y, en su caso, la restitución, reparación o indemnización del daño derivado del hecho ilícito, salvo que haya habido una renuncia o reserva expresa por parte del perjudicado (art. 108 LECrim). Por lo tanto, los legítimos intereses del perjudicado se verán igualmente tutelados, aun cuando éste no se constituya como parte.

- En tercer y último lugar, el hecho de que la persona jurídica deba responder civilmente por las actuaciones de sus agentes, independientemente de que sea imputada o no, también constituye un obstáculo para su personación como acusación. En este sentido, hay que tener en cuenta que, por los delitos cometidos por sus empleados, la entidad responderá civilmente, ya sea de forma solidaria, si es declarada penalmente responsable (art. 116.3 CP) o con carácter subsidiario, en otro caso (art. 120 CP), lo cual le impediría personarse como acusación. Este inconveniente se puso claramente de manifiesto en el caso Gürtel, al entender el órgano judicial que, el Partido Popular no podía personarse como acusación popular en una pieza separada en tanto que, tal posición procesal resultaría incompatible con el objeto de la misma, dirigido, entre otros extremos, a la investigación de determinados hechos de los que podría derivarse su responsabilidad civil¹⁰¹⁷. Esto nos conduce al siguiente apdo. y último de este epígrafe.

condición de perjudicado por esos hechos, ni su interés en perseguir el delito, sino que, al contrario, en su escrito defendía que la querrela no se admitiera "*al no existir perjuicio alguno*" (AJCI núm. 5, de 22 de enero de 2014, ARP 2014\11).

¹⁰¹⁷ Así lo afirma el referido AJCI núm. 5, de 4 de abril de 2013, F. J. 3º. Ahora bien, el auto dictado en el marco del proceso principal, unos días después, por el mismo juzgado (AJCI núm. 5, de 16 de abril de 2013, F. J. 6º) señalaba, *incidenter tantum*, que la simultánea condición procesal de una misma parte

4.2.- Posibilidad de que la persona jurídica imputada se constituya como actor civil en el proceso frente a la persona física coimputada por los mismos hechos

La hipótesis aquí planteada consiste en que la entidad inculpada se constituya como actor civil frente al administrador, representante o empleado, coimputados en el mismo proceso penal. Tal eventualidad plantearía, tal y se refirió *ut supra*, problemas insalvables de incompatibilidad, en tanto que la persona jurídica, coacusada junto con el administrador, sería responsable civil solidaria de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, para el caso de que ambos resultasen condenados (art. 116.3 CP). E incluso, en el caso de que la entidad no fuese acusada, por ejemplo, por tratarse de un delito cometido en su seno, pero no imputable a las personas jurídicas, o cuando habiendo sido acusada resultase absuelta, por ejemplo, por apreciarse que no existieron por su parte omisiones relevantes del control debido, la entidad seguiría siendo igualmente responsable en el orden civil por los daños y perjuicios derivados de los delitos cometidos por sus empleados o dependientes, representantes o gestores, en el desempeño de sus obligaciones o servicios, aunque su responsabilidad en tal caso tendría carácter subsidiario (art. 120 CP). Y ello a pesar de que, la entidad, en este último supuesto, tendría la posibilidad de repetir frente a sus empleados o dependientes.

Por lo tanto, no parece lógico que la persona jurídica pueda personarse como actor civil en un proceso en el que puede terminar siendo condenada como responsable civil, ya solidaria, ya subsidiariamente, respecto del autor del delito. Lo contrario conduciría a una situación ilógica, en tanto, estimadas sus pretensiones, se le reconocería un derecho a ser reparada frente a ella misma, quedando la entidad obligada, en último término, a resarcir los daños y perjuicios cuya reparación pretende.

5.- Recapitulación

En este epígrafe se han analizado las razones que abogan por la introducción del principio de oportunidad en las causas seguidas frente a las personas jurídicas, así como sobre los motivos que justificarían el mantenimiento del principio de legalidad. A favor de introducir el principio de oportunidad cabe aducir, principalmente, el ahorro de recursos públicos y la evitación de los daños colaterales que el enjuiciamiento tendría para la reputación de la entidad. Sin embargo, razones de prevención, general y especial, de seguridad jurídica y de igualdad ante la ley, abogan por la efectiva persecución de las empresas que cometen delitos, en tanto que, precisamente, el estigma inherente a la persecución penal constituye un importante factor de disuasión y prevención. Por otra parte, los daños colaterales, no siendo específicos de las causas seguidas frente a las personas jurídicas, y resultando difícilmente constatables,

como acusadora y responsable civil en las mismas actuaciones, podría ser admitida cuando se ejerciese directamente por el perjudicado u ofendido por el delito, legitimando dicha condición el ejercicio de la acusación particular, que no popular.

predecibles y cuantificables, no constituyen razón suficiente para justificar el abandono del principio de legalidad.

A mayor abundamiento, frente a los defensores del principio de oportunidad es preciso poner de manifiesto los peligros y corruptelas a los que tal sistema conduce en Estados Unidos, aun cuando, justo es reconocer que algunos de ellos se verían atenuados por los principios de legalidad e imparcialidad que rigen la actuación del MF español. Así pues, algunos de los riesgos a prevenir serían los abusos de la Fiscalía provocados por el ámbito de excesiva discrecionalidad del que gozan, los enormes incentivos a la cooperación que terminan por suponer una excesiva influencia sobre el inculpaado para colaborar con la justicia y para renunciar sistemáticamente a sus derechos de defensa y al derecho a un proceso con todas las garantías y, en el caso particular de las personas jurídicas, la discriminación que encierra la lógica *too big to jail*, que conduce a la inmunidad para las empresas más grandes y poderosas, debido a las consecuencias sistémicas que, para la economía nacional, podría tener su expulsión del mercado.

Posteriormente, se ha hecho referencia a la forma de iniciación del proceso, en particular, a los sistemas de denuncia o delación interna, integrantes de los programas de cumplimiento empresarial, que sirven para detectar conductas delictivas y, en su caso, ponerlas en conocimiento de la autoridad. De esta forma, si la entidad muestra su compromiso con la legalidad, denunciando los delitos que se cometen en su seno, y, además, su sistema de organización y gestión cumple con los requerimientos legales para ser considerado eficaz en la prevención y detección del delito supuestamente cometido en el desarrollo de su actividad, podrá quedar exenta de responsabilidad penal (art. 31 bis apdos. 2 y 4 CP).

Una problemática clásica, pero que resurge con el sistema de denuncias internas de las corporaciones, es el de las denuncias anónimas. En este sentido, si la entidad admite la recepción de denuncias, sin exigir la identificación del denunciante, puede conseguir un sistema de delaciones más eficaz, dado que los trabajadores se sentirán más libres para revelar las irregularidades de que tengan conocimiento sin miedo a represalias. Ahora bien, además de los problemas que tales sistemas podrían presentar en relación con la normativa de protección de datos personales, hay que partir de la premisa de que una denuncia anónima no es apta para adoptar sanciones disciplinarias en el seno de la organización ni para impulsar, por sí misma, el inicio de un proceso penal, sin perjuicio de que, internamente, en el caso de la entidad, u oficialmente en el caso de que la denuncia se presente ante las autoridades, sea recomendable iniciar una investigación preliminar para comprobar los hechos denunciados cuando estos revistan caracteres de delito y sean veraces. Así lo exigen, por una parte, el principio de legalidad y, por otra, la carga de autorregulación y de prevención de delitos que recae sobre las personas jurídicas.

A continuación, en cuanto a la legitimación de los particulares para personarse como acusación en las causas seguidas frente a las personas jurídicas, resulta digna de mención, en primer lugar, la posibilidad de entender que, en el caso de bienes jurídicos colectivos o difusos, el papel de acusador particular no se limita a la víctima individual que ha sufrido un daño en su patrimonio personal o en su persona, sino que, siendo el

bien lesionado de naturaleza colectiva, puede personarse como tal, por lo tanto sin necesidad de prestar fianza y sin las limitaciones que presenta la acción popular, el amplio conjunto de individuos e instituciones que ejercitan, no sólo el interés público en la persecución de los delitos, sino también el interés particular del grupo o colectivo afectado. Este entendimiento comprensivo del concepto de víctima permitiría que, por ejemplo, en delitos contra el medio ambiente o el orden socioeconómico, protagonizados, mayoritariamente, por personas jurídicas, a pesar de las eventuales limitaciones que introduzca el legislador al ejercicio de la acción popular, la legitimación activa continuase siendo amplia.

Por otra parte, no se comparten las críticas de la doctrina hacia la acción popular, argumentando que las posibilidades de abusos, en el caso de las personas jurídicas, se incrementarían, dado que los competidores u otros grupos de interés podrían usar el proceso penal para dañar la reputación y la competitividad de la entidad en el mercado. En mi opinión, detrás de estas críticas se encuentran, nuevamente, más allá de las clásicas reticencias hacia el acusador popular, las razones que, según parte de la doctrina, abogarían por introducir el principio de oportunidad en las causas seguidas frente a las personas jurídicas. Sin embargo, dar entrada a los particulares en la persecución penal se antoja como una forma de participación ciudadana directa en los asuntos públicos, coherente con el entendimiento de que, los delitos públicos, y en especial los que atacan bienes jurídicos de titularidad colectiva o difusa, lesionan intereses que trascienden al privativo de la víctima¹⁰¹⁸.

En definitiva, las propuestas de introducir el principio de oportunidad y de limitar las posibilidades de actuación de los acusadores privados se orientan, mediatamente, a establecer una suerte de filtro o de selección a la hora de decidir qué delitos han de ser perseguidos y frente a qué sujetos debe ejercitarse la acción penal¹⁰¹⁹. Tal y como se ha venido señalando, son básicamente razones economicistas las que abogan por tal solución, que supondría un ahorro de recursos públicos, en tanto que muchos juicios no llegarían a celebrarse, acentuándose, previsiblemente, el carácter negocial del proceso, mientras que, al mismo tiempo, se evitarían situaciones antieconómicas para la entidad que, a cambio de colaborar con la justicia e implementar programas de cumplimiento, impediría los daños que para su reputación y su posición en el mercado podría tener un proceso penal público. Ahora bien, considero que, dado el enorme potencial lesivo de las corporaciones y la importancia, para el bienestar social, de los bienes jurídicos a los que afectan sus actuaciones delictivas, es preciso un compromiso serio y consistente en la efectiva persecución pública de los delitos de empresa, lo cual sólo puede garantizarse, a mi juicio, a través de la vigencia del principio de legalidad.

¹⁰¹⁸ FERREIRO BAAMONDE, X. X., “¿Hacia dónde camina la acción...ob. cit., pp. 85-86.

¹⁰¹⁹ De hecho, los defensores de la oportunidad reglada argumentan que, en la práctica, ya existe ese filtro y que, precisamente, a través de una adecuada regulación, se podría positivizar tales filtros otorgando, así, una mayor seguridad jurídica a las decisiones de persecución penal. En este sentido, CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de oportunidad reglada...ob. cit., pp. 303-304, afirma que la denominada oportunidad subrepticia es mucho más perturbadora y avocada a vulneraciones constitucionales que la oportunidad reglada.

Especialmente en el caso de las grandes empresas, creo que es imprescindible el uso del Derecho Penal, como el instrumento más poderoso con que cuenta el Estado de Derecho, para poner cortapisas a su inconmensurable poder fáctico cuando éste es usado para sortear o traspasar los límites que marca la legislación penal a su actividad. Así pues, cuando las grandes empresas cometen delitos graves, asumiendo riesgos excesivos en sus actividades y omitiendo la adopción de medidas de vigilancia y control adecuadas para prevenir los daños que de su actividad puedan derivarse para terceros y para la sociedad en su conjunto, la maquinaria penal debe ponerse en funcionamiento. Concretamente, en el caso de las grandes multinacionales, cuyas actuaciones tienen un enorme potencial lesivo, claramente mayor al de cualquier individuo, y son capaces de afectar a una pluralidad de personas, dar entrada a los particulares en el ejercicio del *ius puniendi*, como forma de reprimir sus actividades ilegales, podría estar especialmente justificado, como instrumento de disuasión y prevención.

Por último, en cuanto a la posibilidad de que la persona jurídica, sujeto pasivo del proceso penal, pueda personarse como acusación particular o como actor civil, alegando su condición de ofendida o perjudicada por el delito o, incluso, como acusación popular, como forma de manifestar su compromiso con la legalidad y su beligerancia frente a los responsables individuales de la actuación delictiva en cuestión, tras un análisis de los intereses en juego, se ha terminado optando por negar, como regla general, tal posibilidad. Si bien admitiendo tal personación, excepcionalmente, cuando la entidad justifique que ha sido víctima directa del delito y que, por lo tanto, su exclusión como acusación vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, aunque resulta indiscutible que la entidad podría tener un interés legítimo en actuar como acusación frente a los administradores o representantes que supuestamente delinquieron en su nombre, las corruptelas a las que tal posicionamiento simultáneo de la persona jurídica podría dar lugar, desaconsejan, como regla general, la admisión de tal eventualidad. Además, hay que partir de la base de que la entidad, resulte condenada o no, deberá responder civilmente de las actuaciones desarrolladas por sus agentes en el ejercicio de su actividad, lo que le impediría personarse como actor civil para exigir una responsabilidad que, en última instancia, le corresponderá asumir a ella misma.

II. La adquisición de la condición de investigado y encausado por parte de la persona jurídica y el ejercicio del derecho de defensa durante la instrucción penal

1.- Planteamiento

De la imputación se derivan un conjunto de garantías para el sujeto pasivo del proceso y, muy particularmente, el nacimiento de su efectivo derecho de defensa¹⁰²⁰. A través del acto formal de imputación se permite al imputado o, de acuerdo con la nueva terminología legal, introducida en el año 2015, al investigado o encausado¹⁰²¹, conocer oportunamente los hechos que se le atribuyen, para que pueda contradecirlos, sin necesidad de esperar a ser acusado formalmente. Sin embargo, la sospecha que la imputación hace recaer, ineludiblemente, sobre el encausado comporta una irremediable carga negativa¹⁰²². Las dos caras de la imputación recomiendan ser cauteloso en relación con el momento y la forma en que esta se produce. En este sentido, cabe reparar en que una imputación tardía puede vulnerar el derecho de defensa del sujeto pasivo de la misma, mientras que una imputación precipitada puede provocar innecesarios daños colaterales a su destinatario. De hecho, el cambio terminológico referido viene, en parte, a aliviar esta tensión, creando la figura del investigado, para

¹⁰²⁰ En este sentido, DEL OLMO DEL OLMO, J. A., *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 15 y 40, se refiere a la imputación formal como una garantía procesal del justiciable, afirmando que “la consecuencia más relevante que origina la imputación (...) consiste en la atribución del derecho de defensa del sujeto sometido a ella”; En la misma línea, HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso...* ob. cit., p. 208; Resulta, sí mismo, interesante, en este sentido, la reflexión de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I... ob. cit., pp. 1233-1234, cuando afirma que, de la *condición de imputado* se derivan las garantías que la ley asocia a tal *status*, sin embargo, “lo que no cabe es afirmar que se le declara imputado para que tenga garantías, como no es razón del detener a una persona para que “goce” de los derechos del detenido”.

¹⁰²¹ L.O. 13/2015, de 5 de octubre.

¹⁰²² De hecho, la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, tomando en consideración las recomendaciones de la Comisión para la Claridad del Lenguaje Jurídico, y con la finalidad de evitar las connotaciones negativas o estigmatizadoras del término “imputado”, ha decidido sustituirla por la de investigado y encausado. Así pues, el apdo. V del Preámbulo de la citada ley define al investigado como aquella persona sometida a investigación por su relación con un delito, mientras que el encausado sería aquel a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto. Finalmente, la D. A. 2º de la citada norma establece la sustitución, a lo largo del articulado de la LECrim, de las palabra imputado por la de investigado o encausado, según proceda. Esta modificación legal, al distinguir entre el encausado y el investigado recoge, así mismo, las advertencias del Consejo de Estado según las cuales “con este cambio terminológico quiere paliarse el estigma que el sustantivo “imputado” tiene para quienes, de acuerdo con la vigente LECr, se encuentran en dicha situación: sin embargo, no parece que la denominación “encausado” elimine los efectos asociados a la de “imputado”, por lo que quizá sería preferible utilizar otra, como podría ser la de “investigado”, propuesto por el Consejo Fiscal” (Dictamen al Anteproyecto de L.O. de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas (núm. expte. 97/2015) aprobado el 5 marzo de 2015, disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-97>, última consulta 28/09/2015). Precisamente, a tal fin, con la nueva regulación, se consigue reservar el estigma propio del imputado para el sujeto respecto del cual, tras la finalización de la instrucción, existen indicios suficientes para declararle formalmente encausado.

referirse a la persona sometida a investigación por su relación con un delito, respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible, acomodando, de esta forma, el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal y evitando las connotaciones negativas y estigmatizadoras que se atribuyen a vocablos tales como imputado o reo¹⁰²³.

En la búsqueda del ansiado equilibrio entre la necesidad de garantizar el derecho de defensa tempestivamente, sin ensuciar innecesariamente el buen nombre o la imagen de un sujeto sobre el que no recae una sospecha suficientemente fundada, se centrará este epígrafe, que tiene por objeto determinar el momento idóneo para la imputación de la persona jurídica. A tal fin, será preciso analizar con detenimiento cuáles han de ser las comprobaciones que el órgano judicial ha de desarrollar en ese juicio de imputación en relación con las personas jurídicas, tomando en consideración la función de garantía que viene llamada a desarrollar la institución de la imputación, junto con los daños que la misma podría ocasionarle al ente que aparece, públicamente, involucrado en una trama delictiva.

Por otra parte, el sistema vicarial establecido en el CP, que hace depender la responsabilidad de la persona jurídica de la actuación delictiva de determinadas personas físicas, también va a influir en la determinación del momento en que la entidad ha de adquirir la condición de investigado y encausado. En este sentido, tal y como se intentará argumentar, en ocasiones, ante la imputación de ciertas personas físicas por un delito de los que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas, la imputación de la entidad en nombre de la cual los individuos actuaron de forma supuestamente delictiva, deviene prácticamente inevitable. Así pues, es preciso considerar que, a pesar de que la responsabilidad de la persona jurídica es autónoma respecto de la de sus miembros, existe un importante vínculo de unión entre ambas, cual es, el hecho de referencia cometido por la persona física y presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Precisamente, la corresponsabilidad de ambos sujetos en relación con ese hecho de referencia que se erige en elemento constitutivo de la responsabilidad de ambos, justifica que, como regla general, la imputación de ambos se produzca de forma simultánea.

2.- Momento idóneo para la imputación

Hasta hace poco, la LECrim no contemplaba la figura del investigado, como persona sobre la que recae una sospecha criminal, pero respecto de la cual no existen indicios suficientes para atribuirle formalmente participación en un delito. Sin embargo, *de facto*, tal situación, que ahora viene legalmente reconocida¹⁰²⁴, venía produciéndose

¹⁰²³ Cfr. apdo. V Preámbulo de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre.

¹⁰²⁴ En este sentido, la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, ha dispuesto, en el apdo. veinte de su art. único D. A. 2º, apdo. 1, que, en los arts. 120, 309 bis, 760, 771, 775, 779, 797 y 798, el sustantivo “imputado” se sustituye por “investigado”, en singular o plural según corresponda, en los arts. 325, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 511, 529, 530, 539, 544 ter, 764, 765, 766 y 773, el sustantivo “imputado” se sustituye por “investigado o encausado”, en singular o plural según corresponda, en el art. 141 la expresión “imputados

cuando, recayendo una sospecha sobre una persona determinada, no había indicios suficientes para dictar un auto de imputación, o cuando las investigaciones de la policía (art. 287 LECrim) o la investigación pre-procesal de la Fiscalía (art. 5º. 2. EOMF), apuntaban a un determinado sujeto como sospechoso, pero las pesquisas todavía no se habían judicializado¹⁰²⁵.

En todo caso, el investigado, ya lo fuere *de facto* antes de la reforma, ya encajando en esta nueva terminología legal, debe gozar de un estatuto jurídico idéntico al del imputado o, en la terminología actual, al del encausado¹⁰²⁶, que es aquél a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto¹⁰²⁷. De hecho, la ley señala que las diligencias de investigación de la Fiscalía, estarán inspiradas en los principios de contradicción, proporcionalidad y defensa (art. 5º.2 EOMF)¹⁰²⁸. Evidentemente, también la persona jurídica es susceptible de protagonizar esta situación cuando resulta sospechosa por un delito durante una investigación pre-procesal, adquiriendo la condición de investigada y los derechos inherentes a la misma¹⁰²⁹. De hecho, la persona jurídica, como cualquier otra persona sometida a investigación, aunque sea esta de naturaleza pre-procesal, podrá personarse en la causa de forma voluntaria para conocer las actuaciones e intervenir en ellas¹⁰³⁰.

Así pues, el derecho de defensa, en general, y la defensa técnica en particular, se admiten “desde el momento en que aparece una imputación contra una persona en el curso de un procedimiento penal de cualquier modo que esta imputación se manifieste, o bien cuando se ha procedido a la detención de una persona antes de haberse iniciado el procedimiento que cabría calificar de imputación extrajudicial”¹⁰³¹. En este sentido,

o procesados” se sustituye por «investigados o encausados, en los artículos 762, 780 y 784, el sustantivo «imputado» se sustituye por “encausado”, en singular o plural según corresponda y en los arts. 503 y 797 el adjetivo “imputada” se sustituye por “investigada”.

¹⁰²⁵ Hay que tomar en consideración que tales investigaciones pueden durar como regla general hasta seis meses (art. 5º.2.IV EOMF), si bien, para muchos de los delitos imputables a las personas jurídicas podría prolongarse hasta un plazo de 12 meses, con posibilidad de prórroga (arts. 5º.2.IV y 19 EOMF).

¹⁰²⁶ En este sentido, el atribuye el derecho de defensa al sujeto pasivo del proceso desde que se la atribuye el hecho punible investigado (art. 118. 2 LECrim) y reconoce a las personas investigadas el derecho, de carácter irrenunciable, de estar asistidas de abogado (118.3 LECrim).

¹⁰²⁷ Apdo. V. Preámbulo de la L.O. 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim.

¹⁰²⁸ Sobre el derecho de defensa en la instrucción preliminar dirigida por el Fiscal, véase FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 51-62.

¹⁰²⁹ Cfr. FGE, Circular 1/2011, p. 97; JUANES PECES, A., “Necesidades en la regulación procesal de...ob. cit., p. 40; En la misma línea, pero en relación con la regulación italiana, GIARDA, A., “Societas delinquere potest: o no?!” en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 183-190, p. 186, sostiene que el reclamo para el ente de las disposiciones que hacen referencia al “imputado” contenido en el art. 35 D. Lgs. 231, debe hacerse extensivo a las normas referidas a la persona sometida a la investigación de la policía judicial o a la investigación preliminar, ya que, como regla general, los derechos y las garantías del imputado se extienden al sujeto investigado (art. 61 CPP italiano).

¹⁰³⁰ Cfr. GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 58; Del mismo autor, *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 93.

¹⁰³¹ MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso*...ob. cit., p. 49; En la misma línea, FUENTES SORIANO, O., “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso” en AA.VV., J. Mª. Asencio Mellado; O. Fuentes Soriano (dirs.) C. Cuadrado Salinas (coord.) *La reforma del proceso penal*,

cabe afirmar que el derecho de defensa puede nacer tanto de una imputación judicial, como extrajudicial, es decir, de un acto de la Policía o de la Fiscalía, sin embargo, sólo de la imputación judicial se deriva la adquisición del tradicional *status* de imputado, ahora sustituido por el de encausado¹⁰³².

Con la nueva regulación, el que antes era imputado ahora pasa a ser, según la fase de la investigación en la que se encuentre el proceso, investigado o encausado. Así pues, tal y como señala el Preámbulo de la L.O. 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, el investigado es un mero sospechoso, respecto del que no existen indicios suficientes para encausar, mientras que el encausado es aquel a quien, terminada la instrucción, se imputa formalmente la participación en la comisión de un delito. En todo caso, lo importante será determinar cuál es la probabilidad indiciaria que integra el juicio de imputación o, en otras palabras, la sujeción de un sujeto a una investigación penal. En este sentido, cabe señalar que, mientras en el ámbito penal la imputación es el juicio por el que el delito se predica de una persona determinada, en el ámbito procesal, para que exista un sujeto pasivo, no se requiere la existencia de un delito, sino que basta con la existencia de unos hechos que revistan caracteres de delito¹⁰³³. En palabras del TC, el art. 118 LECrim reconoce la categoría de imputado, ahora investigado o encausado en función de la solidez de los indicios recogidos, a todo aquel a quien se atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible¹⁰³⁴.

En definitiva, dado que la imputación, o si se prefiere, la formalización de la investigación frente al sospechoso, es condición y origen para el nacimiento del derecho de defensa¹⁰³⁵, la determinación del momento en que la misma ha de tener lugar resulta de trascendental importancia. Además, es preciso advertir que la restricción injustificada del derecho del investigado a defenderse, o la demora arbitraria de su reconocimiento efectivo, vendrían a chocar con los fundamentos más básicos del proceso entendido como sistema de garantías, así como con el derecho fundamental a obtener una tutela

La ley, Madrid, 2011, pp. 191-223, p. 216, señala que, desde el momento de la primera imputación, es necesaria la intervención preceptiva del abogado.

¹⁰³² Esta distinción entre el titular del derecho de defensa y el formalmente imputado, así como la clasificación entre los distintos tipos de imputación judicial y extrajudicial puede verse en RENEDO ARENAL, M^o. A., *Problemas del imputado...* ob. cit., pp. 309-342; Por su parte, HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso...* ob. cit., p. 208 y 214, afirmaba que, conforme a la legislación anterior a la reforma de 2015, el imputado no podía defenderse hasta que, conforme al art. 118 LECrim, adquiriese tal condición. En opinión de la autora, sería necesario que, antes de la imputación formal, existiese un acto de información, salvo que ello frustrara los fines de la investigación, en el cual se comunicase a la persona en cuestión que está siendo objeto de investigación de la que podría derivarse una imputación para que, ya desde las primeras indagaciones, el afectado pudiese tomar parte en las mismas y ejercitar, cuando menos, potestativamente, su derecho de defensa. Pues bien, a tal demanda, viene a responder, parcialmente, la figura del investigado al que se reconoce plenamente el derecho de defensa. En este sentido, el art. 118.5 LECrim señala que “*cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas*” será puesta “*inmediatamente en conocimiento de los presuntamente responsables*”.

¹⁰³³ SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal...* ob. cit., p. 673.

¹⁰³⁴ STC 44/1985, de 22 de marzo, F. J. 3^o.

¹⁰³⁵ LÓPEZ YAGÜES, V., “La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y *status* jurídico que conlleva. Ideas para su reforma” en AA.VV., J. M^a. Asencio Mellado; O. Fuentes Soriano (dirs.), C. Cuadrado Salinas (coord.), *La reforma del proceso penal*, La ley, Madrid, 2011, pp. 17-111, pp. 21 y 60, llama la atención sobre la simultaneidad que se establece entre imputación y ejercicio de la defensa.

judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Así pues, un juicio en el que no se garantiza el derecho de defensa, materializado en el respeto escrupuloso de los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, no es un verdadero proceso¹⁰³⁶.

El respeto al derecho de defensa resulta inherente a la dinámica del proceso penal que, a su vez, se constituye en el único método apto para la determinación de las responsabilidades penales y para la imposición de penas¹⁰³⁷. Consecuentemente, las personas jurídicas, como acreedoras de sanciones penales, deben ser informadas de los hechos que se les atribuyen¹⁰³⁸, en condiciones análogas a las de cualquier sujeto pasivo del proceso, tanto en cuanto al contenido de tal información como al momento en que se le ha de proporcionar, dado que sólo así se les permitirá desplegar de forma efectiva su estrategia de defensa. En este sentido, deben seguir rigiendo sin matices los principios de inmediatez en el traslado de la imputación y las cargas de información exhaustiva sobre las razones fácticas y normativas en las que ésta se basa, así como la información sobre los derechos que le asisten, que deben concretarse y garantizarse desde la primera comparecencia de la entidad¹⁰³⁹.

Con carácter general, el investigado deberá tener conocimiento de la imputación tan pronto como el procedimiento se dirija contra él (arts. 118 y 767 LECrim)¹⁰⁴⁰, tanto si es una persona física, como si es una persona jurídica. Así pues, la persona jurídica deberá ser llamada al proceso desde su incoación o tan pronto como surjan sospechas o indicios de criminalidad frente a ella. El carácter tempestivo del acto de imputación responde a la necesidad de situar a las partes, esto es, a la acusación y a la defensa, así como a los coacusados y coacusados entre sí, en un plano de igualdad, de tal forma que todos puedan intervenir en la formación del material fáctico que llega a la autoridad judicial¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁶ En este sentido, dice ASENCIO MELLADO, J. M^º., “El imputado en el proceso penal español” en AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIX, CGPJ, Madrid, 1993, p. 62, que sin imputado en pie de igualdad con el acusador no hay proceso ya que, en tal caso, sólo se podrá hablar de una suerte de expediente, sin garantía alguna de alcanzar la verdad material a través del mismo y sin garantías de que los derechos y libertades consagrados en el texto constitucional sean respetados.

¹⁰³⁷ En este sentido, ya llamaba la atención GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., pp. 26-33, esp. 27-28, sobre la íntima relación entre la pena y el proceso señalando que “*la pena necesita del proceso no en el sentido de que solo en el proceso pueda declararse, sino en el sentido de que sólo en el proceso se produce y sólo por el proceso nace el derecho del Estado a castigar*”, de lo cual se derivaría, además, que “*el derecho penal no tiene actuación ni realidad concreta fuera de su proceso correspondiente*”.

¹⁰³⁸ Se refiere GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 261, al derecho a la comunicación del hecho punible, de forma clara y comprensible, como garantía del derecho de acceso al proceso que es a su vez exigencia para el efectivo ejercicio del derecho de defensa.

¹⁰³⁹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

¹⁰⁴⁰ PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...ob. cit., p. 388.

¹⁰⁴¹ Otra asunto distinto será concederles o no un tratamiento procesal idéntico, dado que, tal y como se analizará en el epígrafe siguiente, y como pone de manifiesto CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M^º., “Representación y defensa de la persona jurídica...ob. cit., p. 177, no todas las garantías y derechos que rigen en el proceso penal están pensadas para prescindir del componente humano en atención al que fueron concebidas.

A estos efectos, la equiparación de la persona física y la persona jurídica ha sido positivizada en el art. 119 LECrim, al disponer que cuando, de acuerdo con lo previsto en el art. 118 LECrim, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, la misma será citada para comparecer en calidad de investigada. Por lo tanto, el art. 119 LECrim se remite a los criterios establecidos en el art. 118 LECrim para responder a la cuestión de *cuando* adquiere la persona jurídica la condición formal de investigada. Posteriormente, hacia el final de la instrucción, cuando existen indicios fundados para atribuir formalmente participación en el hecho punible a la persona jurídica, ésta será declarada encausada. De este modo, se asimilan las formas en que uno y otro sujeto adquieren la condición de investigado y encausado, igualándose, por lo tanto, el grado de certeza o, más bien, de probabilidad indiciaria, necesario para formalizar la investigación y encausar a las personas físicas y a las personas jurídicas.

En definitiva, la persona jurídica será llamada al proceso en calidad de parte pasiva en cuanto pueda atribuírsele, más o menos fundadamente, alguna participación responsable en un hecho presuntamente delictivo. Así lo exigiría la salvaguarda de su derecho de defensa, que se materializaría en la posibilidad de ser oída por el Juez de Instrucción, en la primera comparecencia en que se le dé traslado de la imputación, a través de la declaración de un representante especialmente designado a tal fin¹⁰⁴². Ahora bien, tal y como se apuntaba al inicio de este epígrafe, el entendimiento de la imputación como garantía del derecho de defensa y los daños que la misma puede provocar en la imagen del sujeto pasivo del proceso penal, pueden entrar en colisión. En este sentido, a pesar de que el término imputado ha sido sustituido por los de investigado y encausado, precisamente, para evitar las connotaciones negativas del primero, no parece que un mero cambio terminológico vaya a suponer ningún cambio sustancial a estos efectos, de manera que la formalización de una investigación penal frente a un determinado sujeto, así como su encausamiento, seguirán implicando, en mi opinión, una carga negativa, para quien aparezca implicado en la comisión de un hecho delictivo, desde la perspectiva de la opinión pública¹⁰⁴³. Por lo tanto, teniendo en cuenta la función garantista de la imputación, por un lado, y los negativos daños colaterales que se pueden derivar de su publicidad, por otro, se hace preciso reflexionar sobre cuál es el momento idóneo para imputar a la entidad, esto es, qué comprobaciones debería realizar el juzgador antes de proceder a citar a la entidad en calidad de investigada y antes de encausarla.

Como consideración general, cabe recordar, una vez más, que la imputación no puede retrasarse de forma que permita avanzar en la investigación de espaldas al

¹⁰⁴² GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., “Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 26, año 2011, pp. 79-92, p. 85.

¹⁰⁴³ Precisamente, la sanción social o la situación afrentosa en que se ve inmerso el afectado por la declaración de procesamiento condujo a VIADA LÓPEZ-PUIGSERVER, C., “El auto de procesamiento: su significación actual”, en *Estudios de Derecho procesal. En honor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, UNAM, 1978, pp. 1153-1164, a proponer la supresión del auto de procesamiento, en tanto que, en opinión del autor, tal declaración no aportaba garantías adicionales que las de la imputación inicial y, sin embargo, producía consecuencias gravosas para el procesado. Sería entendible que aquellas críticas se trasladasen, con la nueva regulación introducida por la L.O 13/2015, de 5 de octubre, a la decisión de declarar al sujeto pasivo encausado ya que, tal atribución, produciéndose al final de la instrucción, no aportaría nada en términos de garantías y, sin embargo, tendría efectos gravosos para el sujeto pasivo del proceso en una fase en la que, obviamente, ha de ser presumido inocente.

materialmente, y todavía no formalmente, investigado. Si la formalización de la investigación frente a un sujeto determinado se dilata en exceso se estaría restringiendo indebidamente el derecho de defensa de la persona jurídica. Pero, al mismo tiempo, es preciso advertir que una imputación precipitada tampoco resulta aconsejable, dado que tal atribución delictiva, aun cuando sea meramente indiciaria, tiene connotaciones negativas, pudiendo afectar a la imagen del investigado, menoscabando su derecho al honor¹⁰⁴⁴ o su imagen corporativa¹⁰⁴⁵. Si se tiene en cuenta que la imagen o la reputación, en muchas ocasiones, constituye uno de los activos más importantes de las sociedades mercantiles o de otras organizaciones, es necesario afirmar que se trata de un riesgo nada desdeñable. Sobre todo en el caso de sociedades cotizadas cuyo valor fluctúa en el mercado incorporando al mismo todo tipo de informaciones y hechos considerados relevantes. Así pues, tomando en la debida consideración ambos riesgos, el de provocar una situación de indefensión y el de dañar la imagen de la entidad, resulta necesario buscar el adecuado equilibrio entre una imputación excesivamente temprana, y en consecuencia falta de fundamento, y otra excesivamente tardía que retrase indebidamente el nacimiento del derecho de defensa de la persona jurídica¹⁰⁴⁶.

La determinación del momento de la imputación, considerando la búsqueda del ansiado equilibrio entre garantizar la defensa y no provocar daños innecesarios al sujeto pasivo del proceso, requiere partir del sistema de responsabilidad previsto en el CP. Tal regulación establece que la persona jurídica responderá penalmente por los delitos cometidos por sus representantes u otros individuos con facultades de decisión, organización y control dentro de la entidad, en su nombre o por su cuenta y en su provecho, siempre que se trate de delitos que prevean específicamente la responsabilidad de la entidad. Pues bien, si de la investigación de unos hechos aparentemente delictivos resulta la atribución, más o menos fundada, de responsabilidad penal a uno de tales individuos, en relación con el desarrollo de sus funciones en la entidad, no parece que exista necesidad de ulteriores comprobaciones en orden a proceder a formalizar la investigación también frente a la persona jurídica. Así pues, en determinadas circunstancias, la posible responsabilidad penal de los administradores o representantes de la entidad, se traducirá, automáticamente, en una sospecha de responsabilidad frente a la persona jurídica, siempre que, al menos aparentemente, los hechos supuestamente delictivos se hayan realizado en beneficio, aun indirecto, de la entidad, o, en otras palabras, siempre que no se hayan ejecutado en exclusivo provecho personal del individuo en cuestión.

¹⁰⁴⁴ El TC ha reconocido la titularidad por las personas jurídicas del derecho al honor desde la STC 139/1995, de 26 septiembre, F. J. 4º; Más recientemente, la SAP Madrid (Sección 13ª, Penal) 52/2014, de 18 febrero, AC 2014\240, declaraba vulnerado el derecho al honor de la compañía aérea Ryanair por la falta de veracidad de la imputación hecha en un artículo periodístico sobre la falta de medidas de seguridad afectantes a los pasajeros, basada solo en juicios de valor lesivos para su prestigio profesional. En la sentencia se entendía afectado el prestigio profesional y nombre comercial de la compañía, con desmerecimiento de su reputación por crear desconfianza entre sus clientes.

¹⁰⁴⁵ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica...ob. cit., p. 191, manifiesta que el conocimiento en la opinión pública de que una empresa u organización socialmente reconocida y prestigiosa ha sido imputada en un proceso penal, va a producir un efecto tal de inseguridad, estigmatización y pérdida de imagen, que no es de extrañar que incluso pueda terminar acabando con ella.

¹⁰⁴⁶ TOMÉ GARCÍA, J. A.; GARCÍA LUBÉN BARTHE, P., *Temario de derecho procesal penal...* ob. cit., p. 250.

Sin embargo, en otros casos, es posible que las imputaciones de la persona jurídica y de los autores individuales del presunto delito se produzcan sucesivamente. Especialmente cuando la persona física no es identificada desde el principio de la instrucción. En este sentido, el CP dispone que “*la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible (...) aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada*” (art. 31 bis 2 CP). Como consecuencia de la pretendida autonomía entre la responsabilidad de la organización y de las personas que por ella actúan, puede ocurrir que, recibida una denuncia en la que se narren unos hechos con apariencia delictiva, supuestamente acaecidos en el desarrollo de la actividad de una empresa, el Juez deba proceder a investigar a la entidad y a poner en su conocimiento la imputación resultante de los términos de la denuncia (art. 309 bis LECrim), pero sin ser necesario que, ni la denuncia, ni la investigación judicial hayan determinado, previamente, al presunto autor individual de los hechos. Así mismo, es posible que se presente una querrela en relación con unos hechos supuestamente delictivos acaecidos en el seno de una organización, pero sin identificar a la concreta persona física responsable de los mismos¹⁰⁴⁷. Pues bien, en tal caso, si de la relación circunstanciada del hecho en la querrela resulta la imputación de una persona jurídica, será preciso poner en su conocimiento tal imputación así como su condición de investigada (art. 309 bis LECrim).

Tal y como afirma GÓMEZ ORBANEJA, “*en el sumario la acción penal no puede considerarse limitada subjetivamente. El juez instructor procede in rem, y contra cualquier persona que, por lo que de la misma instrucción resulte, aparezca indiciariamente responsable del hecho por que se procede*”¹⁰⁴⁸. Por lo tanto, aunque la querrela sólo identifique a la persona jurídica, el Juez de Instrucción y la policía tendrán la obligación de tratar de descubrir a todos los presuntos responsables de los hechos denunciados, sin que la querrela pueda limitar el alcance subjetivo de la acción penal¹⁰⁴⁹. Por el contrario, “*frente al tribunal sentenciador, la acción es siempre in personam. La apertura del juicio oral no puede pedirse ni acordarse más que respecto de un inculpado identificado*”¹⁰⁵⁰. Es por eso que, si tras la finalización de la instrucción no se identifica a ninguna persona física como presunta autora de los hechos, el juicio oral se abrirá sólo frente a la persona jurídica, siempre y cuando existen indicios suficientes frente a ella¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁷ Tal y como observa GIMENO SENDRA, V., *La querrela...*ob. cit., p. 194, del régimen legal, que señala que siendo desconocida por el querellante la identidad del querellado, bastará con que refleje en la querrela “*las señas que pudieran darle a conocer*” (art. 277. 3º II LECrim) mientras atribuye a los jueces y a la policía judicial la obligación de descubrir e identificar a los delincuentes (arts. 282, 299, 368 a 384 LECrim), se deduce que la no identificación del querellado no implica la nulidad de la querrela; Por consiguiente, no es admisible entender, como lo hacen CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., con MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal penal*, 6º ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 184-185, que la querrela que no identifica al querellado equivale a una denuncia, es decir, sirve únicamente para trasladar la *notitia criminis* y no para la constitución del denunciante en parte acusadora.

¹⁰⁴⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1951)*...ob. cit., pp. 281-282.

¹⁰⁴⁹ Ídem., p. 281.

¹⁰⁵⁰ Ídem., pp. 281-282.

¹⁰⁵¹ Como apunta GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 239, en la práctica, debe tenerse en cuenta que la media de sobreseimientos en Europa es del 75 % y que la mayoría de ellos se deben a que la policía no descubre al presunto autor.

Cabe argumentar que la determinación de la legitimación pasiva podría resultar, en principio, más sencilla en relación con las personas jurídicas que con las personas físicas. En este sentido, establecer la posible comisión de un delito en el marco de las actividades de una organización parece, en principio, una tarea previa, y menos compleja, que determinar a los concretos individuos responsables de tal actuación ilícita. Ahora bien, evidentemente, el trascurso de la investigación en cada caso puede responder, o no, a la dinámica descrita. Así pues, también resulta posible que se inicie una investigación en relación con un determinado individuo y que, sólo posteriormente, se descubra que sus actividades presuntamente delictivas están siendo instrumentalizadas a través de empresas u otras organizaciones con personalidad jurídica. En este sentido, se aprecia que, en determinadas circunstancias, no será extraño que el proceso penal se dirija en primer término frente a una o varias personas físicas y que, sólo en un momento posterior se impute a una persona jurídica¹⁰⁵². Nada habrá de problemático en ello si, efectivamente, tal devenir responde a la realidad de los avances en la instrucción. Sin embargo, el peligro puede generarse cuando, deliberadamente, se retrase la imputación de una persona jurídica, a pesar de que materialmente las investigaciones ya le están afectando, para así ganar tiempo en la determinación de los responsables individuales. Ese retraso indebido en la imputación de la entidad choca con sus derechos a ser informado de la imputación y de defensa. En este caso, la persona jurídica podrá personarse voluntariamente en la causa para ejercitar su derecho de defensa¹⁰⁵³.

En definitiva, los indicios frente a la persona jurídica, y a la persona física, presunta autora del delito investigado, pueden surgir de forma simultánea o sucesiva. Incluso, es posible que, existiendo indicios frente a la persona jurídica, el presunto autor material del delito no llegue a resultar identificado. De hecho, la regulación penal permite que la persona jurídica sea juzgada y condenada por un delito, aun cuando la concreta persona física, supuesta autora del mismo, no haya sido individualizada (art. 31 *bis* 2 CP). En cualquier caso, lo que no parece admisible es demorar la imputación de la persona jurídica hasta el momento en que se individualice al autor material del delito, no sólo porque tal identificación podría no llegar a producirse, sino también porque se demoraría injustificadamente el nacimiento del derecho de defensa de la entidad.

Ahora bien, comentadas las situaciones en que la imputación de la persona física y la persona jurídica se produce en distintos momentos temporales, es preciso señalar que la relación de continencia que existe entre los hechos imputados a uno y otro sujeto se traducirá, previsiblemente, en la generalidad de los casos, en un “efecto contagio” entre los juicios de imputación de sendos presuntos responsables penales. Por eso, a

¹⁰⁵² En tal caso, en palabras de GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 58; GASCÓN ICHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 93, primero se investigaría el delito base y sólo después una eventual imputación a la persona jurídica por sus hechos internos; En la misma línea, se expresa BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 164, según quien, puede ocurrir que las diligencias previas o el sumario se inicien como consecuencia del conocimiento de unos hechos delictivos que tienen como autor a una persona física, contra la cual se dirigirán inicialmente las actuaciones, sin que se conozca en esos momentos preliminares si existe o no la posibilidad de atribuir también la responsabilidad a una persona jurídica.

¹⁰⁵³ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 58; GASCÓN ICHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 93; Ya advertía previamente de este riesgo ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.

continuación, se tratará de determinar en qué casos la persona jurídica debe ser formalmente investigada o encausada autónomamente, esto es, procediéndose únicamente frente a ella, en qué casos debe serlo de forma conjunta con la persona física, autora del delito base, y en cuáles su imputación podrá producirse de forma sucesiva a la decisión de investigar o encausar al presunto autor material de los hechos.

2.1.- La imputación autónoma de la persona jurídica. Adquisición de la condición de investigado o encausado por parte de la persona jurídica

A pesar de que los delitos por los que responde la persona jurídica siempre han debido de cometerse por una persona física, tal y como se acaba de poner de manifiesto, es posible que el procedimiento se dirija sólo frente a la persona jurídica. Esta circunstancia puede deberse a varias causas. Así pues, es posible que la responsabilidad de la persona física, presunta autora del delito, se haya extinguido, por causa de muerte o por la prescripción del delito¹⁰⁵⁴, que tal individuo se haya sustraído a la acción de la justicia, que resulte inimputable o que no sea posible identificarle, precisamente, por haber delinquido en el marco de irresponsabilidad organizada que constituyen, en ocasiones, las grandes organizaciones empresariales, cuya organización puede servir como velo tras el que ocultar la identidad de sus miembros.

En primer lugar, es preciso señalar que los referidos casos de investigación autónoma respecto de la persona jurídica debieran de considerarse una excepción, en tanto que perseguir sólo al ente colectivo implica, como regla general, que la responsabilidad del verdadero autor del delito queda imprejuzgada¹⁰⁵⁵. A este respecto, vale la pena recordar la imperiosa necesidad de que la investigación penal agote las posibilidades de identificar y enjuiciar a los responsables individuales del delito, cuyo merecimiento de pena en absoluto puede entenderse suplido por el castigo a la entidad.

El hecho de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas presuponga una conducta, activa u omisiva, protagonizada por una persona natural, mientras que se admite el enjuiciamiento de la entidad sin haber sido identificado aquel individuo, encierra una cierta contradicción, en tanto que la imputación de la entidad, o su adquisición de la condición de encausada, supondrá atribuir la acción u omisión delictiva a un sujeto ignoto para la investigación. Esta paradoja se irá agudizando a medida que el proceso avanza, en tanto que el nivel de certeza de los sucesivos juicios

¹⁰⁵⁴ Hay que tener en cuenta en este punto que al entender el art. 33.7 CP que todas las penas aplicables a las personas jurídicas tienen la condición de graves esto implica que los plazos de prescripción del delito cometido por la persona física y de la responsabilidad penal de la persona jurídica pueden ser distintos.

¹⁰⁵⁵ En este sentido, resultan especialmente claras los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, al señalar que en tanto que la corporación actúa sólo a través de individuos, la imposición de responsabilidad penal individual podría suponer la forma de prevención más fuerte contra futuros delitos. Por eso se afirma que sólo en raras ocasiones debería dejar de perseguirse al responsable individual, particularmente cuando se trata de oficiales corporativos de alto nivel (9.28.200 B.)

que conforman el proceso penal deberá ir en aumento¹⁰⁵⁶, hasta el punto de que, en una eventual sentencia de condena de la entidad que haya sido juzgada autónomamente, deberá considerarse probado que un individuo, que no ha sido parte en el proceso, ha realizado una actuación, cuando menos típica y antijurídica, en circunstancias tales que, de la misma, se deriva responsabilidad para la organización.

Centrando la exposición nuevamente en el momento de la formalización de la investigación, cabe afirmar que el Juez de Instrucción podría proceder a investigar a la persona jurídica, y por tanto a citarla en condición de investigada, cuando, de los hechos relatados en una querrela o en una denuncia (art. 309 bis LECrim), o de las investigaciones subsiguientes, se desprenda la posibilidad, más o menos fundada, de que se haya cometido un delito en el marco de sus actividades, que se trata de uno de los delitos imputables a los entes colectivos y que el mismo haya sido ejecutado en beneficio de la entidad, por algunos de sus agentes, aun cuando éstos no hayan sido personalmente identificados. En principio, con esta información, ya existirían fundamentos suficientes para sospechar que la persona jurídica podría haber tenido alguna participación penalmente relevante en el delito, aun con un mínimo nivel de certeza, como es característico de este estadio procesal. En definitiva, si de la denuncia, de la querrela o de otras actuaciones procesales se desprenden sospechas sobre la presunta responsabilidad penal de una persona jurídica, el Juez de Instrucción deberá darle traslado de la imputación en calidad de investigada, independientemente de que recaigan o no sospechas frente a algún individuo.

En esta fase inicial de la instrucción penal, la ineficacia o la inadecuación del programa de prevención podría deducirse de la mera comisión del delito, junto con la imposibilidad de identificar al responsable o responsables individuales, lo cual denotaría una confusa asignación de responsabilidades y, por lo tanto, un ejercicio, cuando menos insuficiente, de las funciones de control y prevención de los delitos. Y es que, independientemente de que haya delinquirido un sujeto con poder de decisión en la entidad, o un subalterno, el mero hecho de que el mismo no haya podido ser determinado, denota poca claridad en la asignación de responsabilidades y, por lo tanto, posible inadecuación de las medidas de prevención delictiva.

Ahora bien, una vez determinado el investigado, durante la instrucción, se practicarán diligencias de investigación tendentes a determinar la existencia de un modelo de organización y gestión en el seno de la entidad, así como a valorar su eficacia en la prevención de los delitos de la naturaleza de aquellos que, supuestamente se han cometido. A tal fin es posible que sea necesario restringir o afectar ciertos derechos fundamentales de la entidad, tal y como ocurre cuando se decreta una entrada y registro en el domicilio de la entidad o la interceptación de sus comunicaciones. Además se requerirá a la entidad para que entregue aquella documentación interna que acredite el cumplimiento de sus deberes de supervisión, vigilancia y control. Como contrapartida a esta imputación y en el marco de tales diligencias instructoras es preciso otorgar a la entidad investigada la oportunidad de defenderse de forma efectiva.

¹⁰⁵⁶ Sobre este formación escalonada del objeto del proceso penal véanse las reflexiones de GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1947)...ob. cit., p. 37.

Finalizada la instrucción, el Juez tendrá que decidir si existen indicios suficientes para encausar a la entidad. En este juicio, más próximo al propio del procesamiento, el juzgador podrá tomar en consideración la existencia de un programa de organización eficaz para prevenir delitos ya que, si la entidad acredita que puso toda la diligencia debida para evitar el delito presuntamente cometido o que no incumplió sus deberes de supervisión, vigilancia y control, procederá el archivo de las actuaciones por aparecer la entidad exenta de responsabilidad (art. 637.3º LECrim)

En definitiva, cuando el Juez de Instrucción recibe una denuncia, una querrela o, por otra vía, tiene noticia sobre la comisión de un supuesto hecho delictivo imputable a una entidad, deberá comprobar, en primer lugar, la verosimilitud del hecho y, en segundo lugar, la posibilidad de atribuirlo a la persona jurídica en cuestión. Este segundo aspecto se concreta en la comprobación de que el delito es imputable a las personas jurídicas, de que se cometió en el marco de las actividades de una entidad con personalidad jurídica, en su beneficio y por un sujeto apto para comprometer su responsabilidad penal, aun cuando no sea posible determinar al responsable individual. Las primeras diligencias, previas a la formalización de la investigación frente a la misma, deben ir, por lo tanto, dirigidas a comprobar tales extremos. Ahora bien, desde que los materiales cognitivos con los que cuente el juzgador permitan afirmar que existen sospechas fundadas para dirigir la investigación frente a la persona jurídica, ya no le estará permitido continuar practicando diligencias de investigación sin proceder, previamente, a declararla formalmente investigada, otorgándole, de este modo, la posibilidad de participar en la formación del material instructorio y, consiguientemente, adelantando a esta fase la contradicción como principio informador del proceso penal. Por último, finalizada la instrucción, si existen indicios suficientes para atribuir a la entidad, fundadamente, participación en el delito, deberá procederse a encausarla, dándole, nuevamente, la posibilidad de defenderse, contradiciendo, en su caso, los resultados de la instrucción.

Llegados a este punto, cabe plantearse si resulta admisible retrasar la imputación de la persona jurídica, a pesar de existir frente a ella los indicios señalados, para tratar de individualizar, entretanto, a la persona física, presunta autora del delito. El supuesto planteado presenta similitudes con la investigación de un delito en el que se sabe que han intervenido varios sujetos, si bien sólo existen indicios para proceder a la imputación de alguno o algunos de ellos. Y la pregunta que se plantea es cómo debe proceder el Juez de Instrucción ¿Podría dejar de imputar al individuo o individuos identificados para avanzar en la determinación del resto? Sobre esta cuestión, se pronuncia expresamente la regulación chilena en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señalando que, salvo en los casos de enjuiciamiento autónomo de la persona jurídica, esto es, cuando se pretenda dejar imprejujada la responsabilidad individual, la investigación frente a la persona jurídica no se formalizará, hasta que se haya procedido formalmente frente a la persona natural (art. 22 Ley 20.393). Esta solución legal, en la práctica, supone que, independientemente de que los avances de la investigación permitan sostener la posible responsabilidad del sujeto colectivo, la formalización de la investigación en su contra deberá dilatarse hasta el momento en que se hayan determinado los individuos supuestamente responsables del delito.

Pues bien, en mi opinión, la solución de la ley chilena impide imputar temporáneamente a la entidad, condicionando su acceso al proceso a la determinación de los responsables individuales, por lo que es poco garantista con la persona jurídica y, desde luego, supone un trato discriminatorio de la misma en relación con los coimputados, personas físicas. Por otra parte, la regulación vigente en España, al no establecer ningún trato diferencial entre el momento de adquisición de la condición de investigado o encausado para las personas físicas y las personas jurídicas, conduce a concluir que, desde el momento en que existen en la causa sospechas frente a un sujeto habrá que formalizar la investigación frente al mismo y, desde el momento en que existan indicios suficientes para atribuir fundadamente una supuesta responsabilidad penal a tal sujeto, ya sea persona física, ya sea persona jurídica, habrá que proceder a declararle encausado.

Por lo tanto, no se debería retrasar su acceso al proceso en calidad de parte, ni el nacimiento de su derecho de defensa, para intentar avanzar en la investigación, ya sea para recabar pruebas en su contra, ya sea para tratar de determinar al resto de posibles coencausados¹⁰⁵⁷. La razón radica, por una parte, en la relativa autonomía que informa las responsabilidades de la persona física y la persona jurídica, de tal forma que constatar la responsabilidad de la primera no es condición de la responsabilidad de la segunda y, por otra, en que los derechos de defensa de la persona jurídica y de la persona física constituyen derechos autónomos, tanto en relación con su titularidad como en cuanto a su ejercicio, por lo que no se debe condicionar el derecho de un sujeto a las circunstancias personales del otro. Así pues, con la excepción de que las necesidades de la investigación permitan decretar el secreto del sumario para avanzar en la determinación de los responsables, o de que el traslado de la imputación a uno de los sujetos pasivos del proceso pueda frustrar el fin de la investigación, a medida que existe una base indiciaria para imputar a cada uno de los sujetos investigados debe procederse a informarles de los indicios que se tienen en su contra y de su estatuto jurídico procesal, según el estadio en que se encuentre el enjuiciamiento, ofreciéndoseles, de esta forma, la posibilidad de defenderse tempestivamente.

2.2.- La imputación ¿simultánea o sucesiva? de persona física y jurídica

En los casos en que se haya identificado a la persona física, sospechosa de haber cometido el delito base, presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, habrá que determinar si la entidad debe ser citada a declarar en calidad de investigada y ser encausada formalmente, de forma conjunta o simultánea con el autor material de los hechos, o si, por el contrario, resultaría más correcto que, tras la imputación de la persona física, y antes de trasladar la imputación a la persona jurídica, se procediese a realizar determinadas comprobaciones sobre la forma de organización y gestión de la entidad, en cuyo caso la adquisición de la condición parte pasiva por parte de ambos sujetos tendría lugar en momentos sucesivos.

¹⁰⁵⁷ También advierten este riesgo ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.”; GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 58; GASCÓN INCHAUSTI, F *Proceso penal y persona...*ob. cit., 2012, p. 93.

Dado que investigado es todo sujeto sobre el que recaen meras sospechas de haber cometido un delito¹⁰⁵⁸ o, usando la terminología clásica, imputado sería aquel a quien cabe atribuir, más o menos fundadamente, un hecho punible, cabe sostener que, si un administrador, un representante legal u otros sujetos con poder de decisión en una empresa o, incluso, un subalterno integrado en la misma, resultan investigados por un hecho cometido en el desarrollo de sus funciones en la entidad, por alguno de los delitos de los cuales la misma puede responder, ya existirá, al menos indiciariamente, la sospecha de que la persona jurídica podría terminar siendo declarada responsable por tales hechos, con lo que, la investigación debería extenderse de forma automática frente al ente colectivo, con traslado de la información garantía necesaria para permitirle ejercer su derecho de defensa desde su primera comparecencia ante el Juez (art. 119 LECrim).

Este automatismo, consecuencia del sistema vicarial previsto en el CP, puede parecer, a primera vista, contrario a la presunción de inocencia de la persona jurídica, o sintomático de un indeseable régimen de responsabilidad objetiva. Además, si se toman en cuenta las connotaciones negativas que socialmente se vinculan a la imputación, persistentes, a pesar de que hayan intentado mitigarse con la sustitución del término imputado por el de investigado, esta traslación a la persona jurídica del juicio conformado frente a la persona física, carente de una valoración específica en relación con la actuación o con la contribución de la entidad en el delito, podría considerarse improcedente.

Ahora bien, para determinar si tal traslación del juicio de imputación resulta oportuna, se hace preciso partir, por un lado, de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por otro, del grado de certeza que es preciso manejar para emitir un juicio de imputación o para formalizar una investigación penal frente a un determinado sujeto. En este sentido, el CP dispone que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por quienes estén autorizados para tomar decisiones en su nombre u ostenten facultades de organización y control dentro de la entidad (art. 31 bis 1 a) CP). Consecuentemente, si el Juez encargado de la instrucción cuenta con indicios suficientes para atribuir un delito, de los imputables a las personas jurídicas, a uno de los sujetos aptos para comprometer su responsabilidad penal, en orden a proceder a la imputación de la persona jurídica, sólo le restará determinar si el delito se cometió en su nombre o por su cuenta y en su provecho. Tales circunstancias se desprenderán, normalmente, de la propia naturaleza del presunto delito y de las circunstancias de tiempo y lugar en que se haya cometido. Por lo tanto, salvo que se sospeche que el hecho de referencia se realizó en provecho exclusivo del presunto autor, y/o en perjuicio de la entidad¹⁰⁵⁹, parece difícil que la imputación del sujeto apical no se extienda al ente colectivo¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁸ Así lo señala el apdo. V del Preámbulo de la L.O. 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim.

¹⁰⁵⁹ En el mismo sentido se pronuncia BANALOCHE PALAO, J. "La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 180, cuando dice que la imputación debe producirse cuando se acrediten actuaciones punibles realizadas por directivos de la entidad en beneficio de la misma; En una línea similar se expresa ECHARRI CASI, F. J., "Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit., cuando dice que procederá la imputación cuando se identifique a ciertos sujetos individuales con una determinada relación

En este sentido, la sospecha de comisión de ciertos delitos, por los altos cargos de una entidad, debiera provocar una inmediata ampliación subjetiva de la investigación para comprobar si de tal hecho se deriva, asimismo, responsabilidad penal para la organización¹⁰⁶¹. De esta forma la entidad se convertiría automáticamente en investigada, lo que legitimaría la conducción de diligencias de investigación tendentes a comprobar si existen suficientes indicios para encausarla y, posteriormente, para acusarla. A modo de ejemplo, piénsese en el supuesto de que el administrador único de una sociedad, sea investigado por la llevanza de una doble contabilidad orientada a ocultar o simular la verdadera situación de la empresa (art. 310 b) CP). Siendo este delito imputable a las personas jurídicas (art. 310 bis CP) y, habiendo sido presuntamente cometido por una persona idónea para ocasionar tal atribución de responsabilidad a la organización, antes de proceder a imputar a la persona jurídica, sólo restará descartar *ad limine* que el administrador no actuó en provecho exclusivamente personal y en perjuicio de la sociedad. Además, si este último extremo requiere para su constatación la realización de diligencias de investigación que afecten directamente a la entidad, tales como requerimientos de información, tomar declaración a su representante o practicar una entrada y registro para incautar determinada documentación, será preciso que, previamente, se formalice frente a ella la investigación, dado que, en otro caso, estaría siendo investigada, sin ser previamente informada de su condición de sospechosa, lo que pondría en riesgo los derechos que le corresponderían en tal calidad.

Por otra parte, el CP señala que la entidad que cuenta con un sistema de organización y gestión, adecuado y suficiente para prevenir los delitos de la especie del que ha sido perpetrado, queda exenta de responsabilidad, siempre que el citado programa cumpla con los requerimientos que la ley exige. En este punto, cabe preguntarse si el juicio de imputación requiere analizar la eficacia y la suficiencia de los programas de cumplimiento que, en su caso, haya implementado la persona jurídica. Pues bien, a pesar de que la existencia de tales sistemas organizativos pueda eximir a la persona jurídica de responsabilidad, la constatación del cumplimiento de los requisitos que la ley exige a tal fin, haría necesaria una actividad de indagación en la estructura organizativa y decisional de la entidad que, difícilmente, podría compaginarse con la naturaleza liminar de las diligencias de investigación previas a la imputación o, en la nueva terminología legal, a la adquisición, por parte del potencial sujeto pasivo del proceso, de

(representativa) con el ente colectivo a los que se les atribuyan ciertos hechos punibles, siempre que de los indicios resultantes pueda desprenderse que la conducta criminal tenía como finalidad beneficiar a la persona jurídica o que aquella constituye su *modus operandi*.

¹⁰⁶⁰ En un línea similar, afirma BANACLOCHE PALAO, J., "La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 180, que la imputación de la entidad debe producirse cuando, en el curso de sus investigaciones, y como consecuencia de las diligencias practicadas, el Juez instructor considere acreditado que los directivos de la entidad han realizado actuaciones punibles en beneficio de la misma.

¹⁰⁶¹ En esta línea la Ley 20.393, que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, establece que "si durante la investigación de alguno de los delitos previstos en el artículo 1º-los imputables a las personas jurídicas-, el Ministerio Público tomare conocimiento de la eventual participación de alguna de las personas indicadas en el artículo 3º- esto es, sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión- ampliará dicha investigación con el fin de determinar la responsabilidad de la persona jurídica correspondiente" (art. 20).

la condición de investigado, dado que investigado es simplemente aquel sobre el que recaen meras sospechas.

Para valorar judicialmente la eficacia de un programa de *compliance*, su idoneidad para prevenir los delitos supuestamente perpetrados, su adecuación al tamaño de la entidad, su efectiva implementación y comunicación entre los integrantes de la misma, la existencia de un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control que vigile el buen funcionamiento del programa, etc., es preciso desarrollar actuaciones tales como el requerimiento y análisis de los documentos relativos al programa de control, el interrogatorio de los sujetos encargados de su aplicación y de los empleados de la entidad o, incluso, puede ser necesario solicitar la opinión de perito experto que acredite la eficacia *ex ante* del programa para prevenir delitos del tipo de aquel que está siendo investigado¹⁰⁶². Tales diligencias irían dirigidas a analizar, entre otros extremos, los procesos de decisión de la entidad, el modelo de gestión de recursos financieros, el sistema disciplinario, el funcionamiento del órgano encargado de vigilar el funcionamiento del programa de prevención y su grado de autonomía respecto de la dirección de la entidad. En definitiva, es precisa una actividad de investigación sobre la gestión de la entidad y una labor de enjuiciamiento o valoración que, previsiblemente, desbordaría el carácter indiciario y preliminar del juicio de imputación y que, además, presupone una sospecha de responsabilidad penal frente a la entidad que la convierte directamente en investigada. Por lo tanto, como regla general, cabe afirmar que, antes de comprobar tales extremos, habrá que proceder a la imputación de la organización, que adquirirá, por esta vía, la condición de investigada, en tanto que sobre ella ya habrá recaído la sospecha, teñida de verosimilitud, de ser penalmente responsable, siendo tal sospecha, precisamente, el fundamento de ese primer juicio de imputación¹⁰⁶³.

En otras palabras, cabe argumentar que, si para que la persona jurídica sea declarada responsable penal hay que constatar la comisión de un delito por determinadas personas

¹⁰⁶² Sobre los medios de prueba idóneos para introducir los programas de cumplimiento como objeto de prueba en el juicio véase y como se estudiará más detenidamente en el apdo. 5.5 del epígrafe V del capítulo 3, al hilo del estudio de la prueba.

¹⁰⁶³ En contra de esta temprana imputación parece mostrarse ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit., quien entiende que primero habrá que acreditar que la falta de control, atendidas las circunstancias del caso, es atribuible a los representantes legales o administradores de hecho o de derecho y además, que la persona física dependiente, que actúa fuera de control, ha cometido el delito en el ejercicio de las actividades sociales y por cuenta y en provecho de la persona jurídica, pues de lo contrario ésta deberían quedar excluida de imputación; Por su parte, BANALOCHE PALAO, J. “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 180, sostiene que el Juez deberá hablarse a la imputación cuando se han acreditado actuaciones punibles realizadas por directivos de la entidad en beneficio de la misma o cuando *“aparece que la sociedad carecía de los protocolos adecuados para evitar las conductas delictivas realizadas por sus empleados”*. Pues bien, entiendo que tales afirmaciones, no son del todo correctas, en primer lugar, porque en esta fase inicial del proceso no debería hablarse propiamente de acreditación, bastando la mera coincidencia de los hechos señalados con el tipo objetivo de la ley penal, grado de fundamentación de la pretensión que se exigiría, según GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., p. 37, para admitir una querrela. Por otra parte, al usar BANALOCHE PALAO la expresión *“aparece que la sociedad carecía de los protocolos adecuados”*, se oculta que, para comprobar este hecho y, particularmente, la eficacia o adecuación de tales protocolos para prevenir el delito presuntamente perpetrado, es preciso realizar ciertas diligencias de investigación que indaguen sobre la gestión interna de la entidad.

físicas (art. 31 bis 2 CP o 31 ter 1 CP), para proceder a su imputación habrá que sospechar la comisión de tal delito por esas concretas personas físicas, así como exteriorizar, en su caso, los indicios con los que cuenta el juzgador para sostener que el delito pudo ser cometido en su nombre o por su cuenta de la entidad y en su beneficio.

Las circunstancias que provocan o potencian que la formalización de la investigación frente a la persona jurídica y la persona jurídica se produzca, como regla general, de forma simultánea son las siguientes:

- En primer lugar, hay que considerar que el legislador ha establecido un sistema de responsabilidad vicarial, en el que las personas jurídicas responden por los hechos cometidos por sus representantes, vinculación que, obviamente, se reflejará en la imputación. Por eso, constatar la veracidad de los hechos y su atribución a determinados miembros de la organización puede ser suficiente para atribuir, al menos indiciariamente, responsabilidad a esta última, señaladamente, cuando el supuesto delito ha sido protagonizado por altos cargos de la misma. En este sentido, se observa que la regulación penal es parca en el establecimiento de verdaderos criterios de imputación propios de la persona jurídica, lo cual dificulta el deslinde inicial entre la responsabilidad de la persona jurídica y de las personas físicas que por ella actúan.

- En segundo lugar, la función de la imputación, concebida como garantía del derecho de defensa, aconseja que el reconocimiento de tal derecho se produzca de forma simultánea para todos los potencialmente responsables, de tal forma que, en caso de que exista un conflicto de intereses entre ellos, ninguno pueda aprovecharlo a costa de descargar su responsabilidad sobre el otro, sin que este último tenga, correlativamente, la oportunidad de contradecir tempestivamente tales inculpaciones. En este sentido, si se imputase al administrador y no a la persona jurídica, se le estaría otorgando al primero la oportunidad de defenderse y descargar su responsabilidad sobre la entidad, mientras se estaría privando de tal posibilidad a esta última, lo cual podría crear una situación de desigualdad entre ambos sujetos, a pesar de corresponderles idéntica posición procesal.

- En tercer lugar, el conocimiento de la situación de coimputación por ambos sujetos les aporta un plus de información que se traduce en mejores posibilidades de ejercer de forma efectiva su defensa. En este sentido, las posibilidades de defensa de la persona jurídica son más amplias si conoce al sujeto al que se imputa individualmente el delito, o, al menos, el nivel jerárquico que este ocupa. Así mismo, la persona física, por su parte, estará interesada en conocer toda la información fáctica con la que cuentan el juzgador y la fiscalía, para poder ejercitar su derecho de defensa de forma más efectiva y, a estos efectos, la imputación de la entidad podría proporcionarle datos circunstanciales añadidos sobre los hechos que se le atribuyen.

- En cuarto lugar, el hecho de que en esta fase preliminar se haga extremadamente difícil diferenciar la imputación de la persona física de la imputación de la persona jurídica se debe a que los elementos que podrían fundamentar una culpabilidad propia y autónoma de la persona jurídica, esto es, la omisión del debido control o la insuficiencia o inadecuación de las medidas de prevención de delitos implementadas por la entidad,

constituyen elementos normativos complejos que, por tanto, requieren una investigación y una valoración judicial más profunda y de naturaleza distinta que la que precede al juicio de imputación. Por otra parte, como ya se argumentó previamente, la constatación, siquiera indiciaria, de la concurrencia de los requisitos legales que ha de cumplir el modelo de prevención de delitos para conducir a la exención de responsabilidad del ente, implicaría, previsiblemente, una intromisión tal en la esfera interna de la organización que demandaría su previa imputación.

- Por último, hay que tener en cuenta que el bajo grado de certeza exigido por el juicio de imputación, que se mueve en el terreno de la mera posibilidad¹⁰⁶⁴, dificulta enormemente deslindar, en esta fase temprana del proceso, los títulos de atribución de responsabilidad de la persona física y de la persona jurídica. La naturaleza indagatoria de la fase inicial del proceso, supone que los grados de certidumbre con los que se opera sean por definición bajos, bastando una mera sospecha o la verosimilitud de la atribución de un hecho punible a una persona determinada para que la misma resulte imputada o, de acuerdo con la nueva terminología legal, investigada¹⁰⁶⁵. Esa laxitud o falta de certeza es inherente al propio instituto de la imputación, en tanto que primer juicio de la denominada, por CARNELUTTI, “*escala de juicios*”¹⁰⁶⁶. Como correlato de esa escasa certidumbre, el juicio de imputación se caracteriza por su naturaleza “provisionalísima” en tanto que, tras la declaración del investigado en la primera comparecencia, es posible que el Juez decida dictar un auto de sobreseimiento si, por ejemplo, la entidad aparece exenta de responsabilidad (art. 637.3 LECrim) o si no hubiese motivos suficientes para formular acusación frente a la misma, aun cuando resultase del sumario haberse cometido un delito (art. 641.2º LECrim).

En definitiva, aunque no cabe desconocer los efectos perjudiciales que la imputación o, en su caso, la formalización de la investigación penal frente a un determinado sujeto, puede suponer en términos de mala reputación o de estigmatización social, hay que partir de la base de que la adquisición de la condición de investigado, lejos de ser un atentado al derecho de presunción de inocencia del sujeto pasivo del proceso, constituye una garantía de su derecho de defensa¹⁰⁶⁷. Por lo tanto, la imputación no debería

¹⁰⁶⁴ En este sentido, VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, C., *Lecciones de Derecho Procesal*, Alpe, Madrid, 1950, p. 471 señala que para la imputación judicial es suficiente la existencia de una mera posibilidad de responsabilidad penal, quedando reservada la probabilidad y la certeza al auto de procesamiento y a la sentencia firme, respectivamente.

¹⁰⁶⁵ Cabe recordar, en este punto, las palabras de GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1947)...ob. cit., p. 37, al afirmar que “*el proceso penal se desenvuelve escalonadamente*”. Así pues, según el citado autor “*el grado en que ha de aparecer como fundada la pretensión o la acción penal (...) varía según el momento procesal del examen, desde la mera coincidencia de los hechos señalados con el tipo objetivo de la ley penal, cosa que basta para la admisión de la querrela, hasta la plena certeza de la existencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del delito, exigible para la condena, pasando por el procesamiento, la prisión, la apertura del juicio oral, etc.*”.

¹⁰⁶⁶ CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, S. Sentís Melendo (trad.), El Foro, Buenos Aires, 1994, p. 135. En la p. 139 de la misma obra se dice que la escala de juicios proviene de que el proceso penal constituye de por sí una pena. Por tanto, antes de poder castigar a un hombre es preciso condenarlo; pero antes de condenarlo preciso es juzgar si puede ser sometido a debate; y antes de someterlo al juicio acerca de la posibilidad de someterlo a debate hay todavía un juicio anterior: el juicio de imputación.

¹⁰⁶⁷ ASENSIO MELLADO, J. M^a., “El imputado en el proceso penal...”ob. cit., p. 71.

retrasarse bajo el pretexto de no ensuciar la imagen pública de la organización¹⁰⁶⁸, siempre que existan sospechas o indicios que permitan atribuirle responsabilidad por un hecho punible¹⁰⁶⁹.

A mayor abundamiento, no se puede desconocer que una de las finalidades del proceso penal es la de actuar el *ius puniendi* estatal con todas las garantías para el sujeto pasivo¹⁰⁷⁰, mientras que, aun siendo un interés jurídicamente atendible, no se cuenta entre sus fines inmediatos el de salvaguardar la imagen pública o el buen nombre del investigado, para lo cual será preciso arbitrar, en su caso, medidas tendentes a garantizar el respeto al secreto de la instrucción, pero no resulta admisible desnaturalizar o modificar la forma y el momento en que un sujeto se convierte en investigado, encausado o acusado. Ahora bien, obviamente, tanto los principios de proporcionalidad como el entendimiento del proceso penal como instrumento garante de la libertad han de impedir que el inicio del proceso penal se emplee como forma de escarnio público frente a quien, infundadamente o en atención a intereses espurios, es relacionado con la comisión de un delito.

Por otra parte, finalizada la instrucción, para proceder a declarar encausada a la persona jurídica habrá que exteriorizar los indicios o circunstancias con que cuenta el juzgador para atribuir, formalmente, la comisión de un delito a algún miembro de la entidad. Ahora bien, en este segundo juicio, más próximo a la clásica institución del procesamiento, ya será posible tomar en consideración las específicas circunstancias de la gestión y organización de la entidad, preordenadas a prevenir la comisión del delito presuntamente cometido, en tanto que existirá una previa actividad judicial de investigación. Por eso, aun cuando la investigación se formalice, como regla general, simultáneamente frente a la persona física y la persona jurídica, los resultados de la instrucción pueden conducir a que sólo una de ellas resulte finalmente encausada o a que, según el ritmo en los avances de la investigación, la adquisición de la condición de encausado por ambos sujetos se produzca en momentos temporales diferentes y sucesivos.

¹⁰⁶⁸ En contra se muestra BANALOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 191, quien propone una suerte de conformidad secreta entre la persona jurídica y el Ministerio Público, evitando así formalizar su persecución y su acusación. Opción esta que, en mi opinión, no responde a las exigencias de un proceso público y con todas las garantías.

¹⁰⁶⁹ ASECIO MELLADO, J. M^a., “El imputado en el proceso penal...ob. cit., p. 72.

¹⁰⁷⁰ Así pues, según GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., pp. 26-33, la pena es punto de partida para la fijación del concepto de proceso penal, siendo el proceso la actividad del Estado encaminada a actuar en el caso concreto el Derecho Penal sustantivo; Ahora bien, matizando esta concepción del proceso penal, afirma MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 23, que debe dejar de ser concebido como mero instrumento para la aplicación del Derecho Penal y debe lograr ser entendido como garantía, como medio para garantizar el derecho a la libertad de los ciudadanos ante o frente a la aplicación de ese Derecho; Por su parte, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., pp. 59-61, junto a la clásica función de actuación del *ius puniendi* estatal, distingue otras funciones del proceso penal, en particular, la protección del derecho de libertad, la protección de la víctima y la rehabilitación del imputado.

2.3.- Imputación en el caso de operaciones estructurales de transformación, fusión, absorción o escisión o de disolución aparente.

El art. 130. 2 CP regula el traspaso de la responsabilidad a los entes resultantes de transformaciones estructurales consistentes en la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, negando que tales transformaciones extingan la responsabilidad del ente original. El CP utiliza un criterio económico-organizativo para la determinación última del sujeto corporativo responsable, de tal forma que, ante las modificaciones estructurales señaladas, la responsabilidad se traslada al nuevo ente resultante de la transformación, la fusión, la absorción o la escisión.

Así mismo, cuando una persona jurídica se disuelve formalmente, pero se crea otra, existiendo entre ambas una continuidad de la actividad económica y una identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de los mismos, se presume que ha habido una disolución meramente encubierta o aparente¹⁰⁷¹ y, por lo tanto, no se extingue la responsabilidad de la entidad originaria que se traslada a su sucesora (art. 130.2 II CP). Esta suerte de levantamiento del velo de la sociedad, pretende impedir que se eluda fraudulentamente la responsabilidad penal de la entidad por el mero trámite de disolverla y proceder a su “reconstitución” a través de una nueva forma jurídica¹⁰⁷².

En ambos casos, el traslado de la responsabilidad de una persona jurídica a otra supone un cambio subjetivo en la parte pasiva del proceso penal, con evidentes repercusiones procesales. Sorprende, por lo tanto, que el legislador, al modificar la LECrim para permitir el enjuiciamiento de las personas jurídicas, no haya entendido necesario dedicar ni un sólo precepto a esta cuestión. En todo caso, el Juez, para aplicar el art. 130.2 CP, debe valorar si, efectivamente, ha habido una sucesión empresarial, de tal forma que se justifique el traslado de responsabilidad del ente originario al destinatario de sus bienes, ya sea un ente preexistente o una forma jurídica de nueva creación. A tal fin, el Juez debe dar audiencia al MF, a los representantes de la entidad originaria y a los representantes de la nueva entidad para decidir, a la vista de las alegaciones y evidencias que le presenten, si la traslación de la responsabilidad se encuentra justificada, escapando de presunciones y automatismos, que no resultan adecuados en este ámbito.

Ante la ausencia de un correlato procesal en la LECrim, para dar cabida en el procedimiento penal a este traspaso de responsabilidad, cabe plantear la posibilidad de acudir a la normativa supletoria de la LECiv, en concreto a los arts. 16, 17 y 18 que regulan la sucesión procesal. Sin embargo, hay que tomar en consideración que los distintos principios que informan el proceso civil y el proceso penal suponen que, en este último, no sea posible dejar a la voluntad de las partes su personación en el

¹⁰⁷¹ El precepto referido parece exigir que concurren, simultáneamente, los parámetros señalados: continuidad en la actividad e identidad, cuando menos parcial, de clientes, proveedores y trabajadores. En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 182, afirma que cualquier duda acerca del carácter aparente o encubierto de la disolución ha de resolverse en favor de la entidad por lo que la identidad ha de darse en todos los elementos señalados de forma acumulativa.

¹⁰⁷² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 36.

proceso. Así pues, cabría la posibilidad de que, tal y como prevé la LECiv, la nueva persona jurídica, conociendo la posibilidad de que se le traslade la responsabilidad penal de la entidad originaria, comparezca voluntariamente asumiendo la posición de parte pasiva. Sin embargo, si esto no ocurre, pesa sobre el órgano judicial el deber de identificar y localizar a la nueva entidad, para citarla en calidad de sujeto pasivo del proceso y trasladarle la imputación¹⁰⁷³, permitiéndole ejercitar, de este modo, su derecho fundamental a la defensa y a los recursos.

Por su parte, la regulación italiana, que también prevé el traspaso de la responsabilidad a los entes resultantes de tales transformaciones (arts. 28-32 D. Lgs. 231), sí ha previsto su correlato procesal en el art. 42 D. Lgs 231, al disponer que el procedimiento proseguirá contra los nuevos entes, que intervendrán en las actuaciones, en el mismo estado en que se encuentren, si bien designando a su propio representante y defensor, y señalando su denominación y su domicilio a efectos de notificaciones. Por lo tanto, en contra de la opinión sostenida en este trabajo, tal regulación opta porque la sustitución en el lado pasivo del proceso no suponga, en principio, una retroacción de las actuaciones procesales¹⁰⁷⁴ con lo que los derechos de la nueva persona jurídica a ser informada de la imputación y de la acusación, a defenderse usando los medios de prueba pertinentes para su defensa, a ser juzgada en un proceso con todas las garantías sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión y a recurrir las resoluciones que le afecten por las cauces legalmente previstos, podrían verse menoscabados en función del momento procesal en que el nuevo ente se incorpore a las actuaciones.

Como punto de partida, cabe sostener que, en los referidos supuestos de modificaciones societarias estructurales, que implican traslación de la responsabilidad penal de un ente a otro, es preciso conjugar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en el que están en juego los intereses de las víctimas y también el interés público en la investigación y castigo de los delitos, con la necesidad de garantizar al sujeto resultante de estas operaciones la efectividad de su propia defensa. En este sentido, cuando tales operaciones societarias tienen lugar durante el desarrollo del proceso es preciso articular algún mecanismo de sucesión procesal¹⁰⁷⁵ que, por una parte, permita conservar las actuaciones procesales que no estén viciadas de nulidad¹⁰⁷⁶ pero que, al mismo tiempo, dé cabida en el proceso a las sociedades resultantes de las operaciones de escisión, fusión o sucesión empresarial, en las que se integren las inicialmente investigadas, respetando su derecho de defensa. Así pues, a estas nuevas entidades, habrá que permitirles, en la medida de lo posible, solicitar diligencias de investigación durante la instrucción¹⁰⁷⁷, realizar alegaciones, proponer la práctica de pruebas útiles y pertinentes

¹⁰⁷³ En este sentido, BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 183, sostiene que es preciso dirigirle a la nueva entidad una imputación propia y autónoma.

¹⁰⁷⁴ De la misma opinión es DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral... ob. cit., p. 761

¹⁰⁷⁵ PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aspectos procesales de la reforma del código penal... ob. cit., p. 23; Igualmente, DE ARANDA Y ANTÓN, G., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 47-54, p. 50, asimila tales transformaciones a un supuesto de sucesión procesal, detectando una problemática en la determinación de la entidad sucesora.

¹⁰⁷⁶ En este sentido, ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación... ob. cit., sostiene que, en casos de fusión, absorción o escisión, el principio de conservación de las actuaciones procesales (243 LOPJ) obliga al mantenimiento de todas aquellas actuaciones no viciadas de nulidad.

¹⁰⁷⁷ FGE, Circular 1/2011, p. 88

para su defensa en la vista oral, así como impugnar las resoluciones judiciales que les afecten.

Desde la perspectiva del derecho de defensa, es necesario llamar la atención sobre la ausencia de mecanismos suspensivos, que podrían ser indispensables para permitir a la nueva entidad participar en el proceso. Por ello, para superar las dudas de legitimidad constitucional en relación con el art. 24 CE, es oportuno concluir la necesidad de que el Juez penal conceda a la nueva entidad un período de tiempo razonable para defenderse con el fin de esgrimir su propia estrategia de defensa¹⁰⁷⁸. Por el contrario, hay opiniones que entienden que habrá que evitar, en la medida de lo posible, retrotraer las actuaciones procesales, en vista de que las realizadas respecto de la persona jurídica anterior trasladan su eficacia a la sucesora. En este sentido, se afirma que no será preciso volver a imputar formalmente a la nueva persona jurídica, sino que bastará con informarle de que se le ha transmitido la condición de investigada o encausada¹⁰⁷⁹. Sin embargo, el carácter fundamental de los derechos a ser informado de la imputación y de la acusación, a ser oído durante la instrucción, así como a participar en las diligencias de investigación, no permite que la nueva entidad resultante de la sucesión, sea enjuiciada y condenada sin haber tenido la oportunidad de participar en la formación del material instructorio y de contradecir y recurrir aquellas resoluciones dictadas durante la instrucción que pudieran resultarle perjudiciales.

Para solucionar el referido dilema cabe señalar que la forma de proceder variará según el momento procesal en que se produzca la modificación estructural de la entidad. En este sentido, si la transformación o disolución se produjesen durante la fase de instrucción, en la que el principio de preclusión actúa con menos rigor, los derechos del nuevo ente apenas sufrirían menoscabo. Ahora bien, una vez abierto el juicio oral, las modificaciones estructurales que se produzcan y que conlleven una sucesión del sujeto pasivo del proceso, requerirán una retroacción de las actuaciones para proceder a imputar a la nueva entidad que, en otro caso, no podría resultar acusada ni condenada por los hechos objeto del juicio. Así pues, como es bien sabido, quien no ha sido previamente imputado o, según la nueva terminología legal, investigado y encausado, no puede llegar a ser acusado, al igual que no puede ser condenado quien no ha adquirido previamente la condición formal de acusado.

Por lo tanto, si la transformación o la disolución encubierta se producen en un momento anterior a la finalización de la instrucción o, incluso, finalizada ésta, pero pendiente la vista oral, parece ineludible que la nueva entidad sea objeto de una imputación propia y autónoma¹⁰⁸⁰. En este caso, si la sucesión tuvo lugar tras la presunta comisión del delito, pero con anterioridad al inicio de las actuaciones procesales o durante la instrucción, será misión de la investigación averiguar a quién se ha de trasladar o extender la responsabilidad penal por los delitos cometidos por la entidad formalmente disuelta y, por lo tanto, será el Juez de Instrucción el encargado de determinar a qué persona o

¹⁰⁷⁸ Cfr. VARRASO, G., “La partecipazione e l’assistenza delle persona...ob. cit., p. 251.

¹⁰⁷⁹ Esta es la opinión GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 75-76, para quien la imputación del ente originario se traslada al ente “sucesor”, del mismo modo que un registro legalmente realizado en relación con la persona jurídica originaria podrá ser fuente de prueba en relación con la sucesora.

¹⁰⁸⁰ BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 183.

personas jurídicas deben atribuirse, sucesivamente, las condiciones de investigado y encausado¹⁰⁸¹. Si la sucesión se produce, finalizada la instrucción, y una vez que la entidad originariamente responsable ha sido formalmente declarada encausada, será el procurador de ésta el encargado de comunicar al instructor el cambio que se haya producido en la identidad de su cliente (art. 768 LECrim)¹⁰⁸², sin perjuicio de que ese deber incumba también al representante del ente en juicio o de que el juez pueda tomar conocimiento de tales hechos por otros medios¹⁰⁸³, debiendo, en este caso, ampliarse la investigación a la nueva entidad para que, en calidad de investigada, pueda contradecir los resultados de la investigación, así como los hechos que se le atribuyen y, en su caso, la realidad de la supuesta sucesión empresarial, debiendo procederse, nuevamente, a trasladar la imputación a este nuevo ente. Por otra parte, una vez abierto el juicio oral, la única vía para proceder a la imputación de la nueva entidad será a través de una sumaria instrucción complementaria, con la consiguiente retroacción de las actuaciones.

Por último, si la transformación o la disolución aparente se producen una vez que ya se ha dictado una sentencia de condena y esta ha adquirido firmeza, la traslación de la pena a la entidad resultante, en su caso, moderándola “*en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella*” (art. 130.2 CP), supondría ignorar los límites subjetivos de la cosa juzgada penal. Se estaría condenando a un sujeto sin que, previamente, hubiese adquirido las condiciones de investigado, encausado y acusado y, por lo tanto, sin haberla dado la efectiva posibilidad de intervenir en los actos de instrucción y prueba ni de defenderse de los sucesivos juicios que integran el proceso penal, señaladamente, de los juicios de imputación y acusación. Por eso, es preciso entender que este supuesto, previsto en el CP, parte del carácter fraudulento de la sucesión procesal, orientada a eludir la responsabilidad penal declarada en una resolución judicial definitiva, así como de la identidad entre sucesor y sucedido, que permitiría incluir a ambos en un concepto amplio de parte¹⁰⁸⁴.

En este caso la retroacción de actuaciones supondría la repetición completa del proceso y dejaría sin contenido lo dispuesto en el art. 130.2 CP. Por eso, entiendo que, en los casos en que se acredite el carácter fraudulento de la sucesión, para evitar que la entidad pueda frustrar la ejecución de la condena, debe permitirse el traslado de la responsabilidad. Ahora bien, para dotar de garantías a esa anómala traslación de responsabilidad es preciso que se exija la tramitación del oportuno incidente de ejecución, en el que todas las partes, y especialmente la nueva entidad a la que pretende condenarse sin haber sido parte en el proceso, puedan ser oídas y presentar pruebas en una vista contradictoria. Tras la celebración de esta vista el juzgador ha de entender acreditado el carácter fraudulento de la sucesión empresarial o de la disolución, así como su finalidad elusiva de las responsabilidades penales declaradas, de tal forma que, recurriendo a la doctrina del levantamiento del velo, constate que la nueva persona jurídica es, en realidad, la entidad inicialmente imputada¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 71.

¹⁰⁸² Así lo dispone el art. 30.1.3 LECiv para el caso de fallecimiento del poderdante.

¹⁰⁸³ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 72.

¹⁰⁸⁴ Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*...ob. cit., p. 160.

¹⁰⁸⁵ Como correlato registral de esta afirmación, cabe traer a colación en este punto, lo dispuesto en el art. 20 *in fine* LH según el cual “*En los procedimientos criminales podrá tomarse anotación de embargo*

La resolución de condena en que se dé traslado de la pena dictada frente al ente originariamente encausado a la nueva persona jurídica, debe poder ser recurrida en los mismos términos que la sentencia de condena dictada frente a la entidad originaria para respetar, de este modo, el derecho fundamental a la segunda instancia penal de la nueva entidad (art. 14.5 PIDCP). La solución contraria implicaría suprimir un grado de jurisdicción, lo cual estaría vedado por el principio endoprocesal del doble grado de jurisdicción que exige, entre otras cosas, que los procesos hayan sido iniciados ante los órganos inferiores de jurisdicción, sólo pudiendo llegar a los superiores a través de eventuales recursos¹⁰⁸⁶.

Cabe recordar, en este punto, que la indefensión constitucionalmente relevante, como es bien sabido, es aquella que supone una privación o limitación del derecho de defensa contradictorio en juicio, es decir, una mengua del derecho a intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, a través de la restricción de su derecho a realizar alegatos en su defensa, a utilizar medios de prueba para demostrar los hechos alegados y a utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales, siempre y cuando tales restricciones tengan su causa en la actuación de los poderes públicos, y no en la falta de diligencia del sujeto en cuestión¹⁰⁸⁷. Por eso, salvo que la entidad haya actuado de forma claramente negligente o fraudulenta, con ánimo de evitar su responsabilidad penal, cuestión que no puede presumirse sin más, como parece pretender el art. 130.2 II CP, sino que habrá de ser objeto de acreditación, la condena de un ente jurídico distinto del que fue juzgado no será admisible.

En todo caso, siempre que se produzca una traslación de responsabilidad será necesario dar audiencia a los representantes de la nueva entidad fruto de la supuesta sucesión empresarial. Tales representantes, además de estar facultados para negar la realidad de la sucesión empresarial o para discutir la proporción que guarda la nueva entidad con la originaria, también podrán poner de manifiesto que, a la hora de adquirir el patrimonio de la entidad originaria o de continuar con su actividad, la nueva persona jurídica puso toda la diligencia debida para comprobar que la entidad que absorbió o con la que se fusionó cumplía con la legalidad¹⁰⁸⁸. A estos efectos, resultaría muy adecuado que, al iniciarse un proceso penal frente a una persona jurídica, se anotase en el registro correspondiente, en la página abierta a la entidad, la existencia de una causa penal

preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el imputado, haciéndolo constar así en el mandamiento". Al respecto pueden verse, entre otras, las resoluciones de la DGRN de 14 de febrero de 2008 y 25 de marzo de 2004.

¹⁰⁸⁶ PELLEGRINI GRINOVER, A., "El principio del doble grado y el principio de la revisión de las decisiones judiciales-el juicio único de los tribunales superiores brasileros", AA.VV., G. Priori Posada (coord.), *Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, Palestra, Lima, 2015, pp. 381-389.

¹⁰⁸⁷ SSTC 48/1984, de 4 de abril; 70/1984, de 11 de junio; 96/1985, de 29 de julio; STC 191/2001, de 1 de octubre; 275/2005, de 7 de noviembre; 220/2007, de 8 de octubre; 6/2009, de 12 de enero.

¹⁰⁸⁸ Según GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad...* ob. cit., pp. 509 y ss., la inclusión en los procesos de *due diligence* de un apdo. penal que revise los programas de cumplimiento debería servir de argumento para la no transferencia de responsabilidad penal. Sin embargo, BANACLOCHE PALAO, J., "La imputación de la persona jurídica..." ob. cit., p. 183, entiende que no cabe plantear esta posibilidad de exención de responsabilidad.

pendiente de tal forma que, cualquier tercero, antes de adquirir, absorber o a fusionarse con otra empresa, pudiese tener acceso fiable a tal información.

Por último, y dejando a salvo la falta de previsión legal al respecto, creo que, una vez que se abre el juicio oral frente a una determinada persona jurídica, la solución más correcta sería la de enviar al RM una anotación de prohibición de disponer que impidiese a tal entidad disolverse y/o someterse a transformaciones estructurales mientras estuviese a la espera de juicio. En principio, teniendo tal anotación trascendencia jurídica real no habría ningún impedimento para que el registrador procediese a practicarla. Ahora bien, esta limitación de derechos debiera preverse en la ley como medida cautelar para poder ser acordada por el Juzgador sin atentar contra el principio de legalidad que debe respetarse, escrupulosamente, en la adopción de cualquier medida restrictiva de derechos.

3.- Recapitulación

El sujeto pasivo del proceso penal, en su condición, primero, de investigado y, posteriormente, de encausado, adquiere la condición de parte procesal y goza de un conjunto de garantías, particularmente orientadas asegurar sus posibilidades defensivas y su derecho a un proceso justo. Sin embargo, en la práctica, la imputación, en tanto que atribución más o menos fundada de responsabilidad por un hecho delictivo, envuelve ciertas connotaciones negativas, lo que ha llevado a la doctrina a ver, en tal decisión judicial, una especie de amenaza o afrenta al honor del sujeto pasivo del proceso penal que, en el caso de las personas jurídicas, se podría materializar en un daño irreparable en su imagen, en su reputación y, consiguientemente, en su valor en el mercado. Precisamente, las connotaciones estigmatizadoras que se ligan al término “imputado” han llevado al legislador a sustituirlo por el de investigado, para las primeras fases del proceso, y por el de encausado, para referirse a aquel sujeto pasivo del proceso respecto del cual, al final de la instrucción, existen indicios suficientes para atribuirle, formalmente, y por decisión judicial *ad hoc*, tal condición.

En todo caso, ya se hable de investigado, encausado, imputado o reo, parece inevitable que la supuesta vinculación de un individuo o de una corporación con la comisión de hechos delictivos sea percibida como negativa por la sociedad. Evitar tales daños colaterales no es una finalidad propia del proceso penal. El problema surge, a mi juicio, cuando, para evitar tales daños, se retrasa indebidamente la decisión de imputación y, por ende, el nacimiento del derecho de defensa, adelantado, impropriamente, a esta temprana fase procesal, ciertas valoraciones y comprobaciones judiciales. En este sentido, no se debe olvidar que el sentido técnico-jurídico de la imputación no es otro que el de garantizar tempranamente el derecho de defensa de quien podría terminar siendo formalmente acusado de un delito¹⁰⁸⁹.

¹⁰⁸⁹ En este sentido, ASECIO MELLADO, J. M^a., “El imputado en el proceso penal...ob. cit., pp. 71-72, comenta como, aunque a veces se diga lo contrario, la imputación, lejos de ser un atentado al derecho de

Para determinar el momento idóneo para imputar a las personas jurídicas es preciso tomar en consideración, por una parte, la estrecha vinculación entre la responsabilidad del ente colectivo y de los individuos que por actúan por él, y por otra, los niveles de certeza con los que normalmente se opera en una fase tan temprana del proceso como es el inicio de la instrucción. En este sentido, parece inevitable que la formalización de la investigación frente a una determinada persona física, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, en una organización, arrastre a la entidad a adquirir, de forma casi automática, la condición de investigada. El motivo radica, principalmente, en que los criterios de imputación específicos de la entidad o, si se quiere, el fundamento de la culpabilidad propia de las personas jurídicas, basado en la implementación de ciertos sistemas de organización y gestión tendentes a prevenir la comisión de delitos a través de la vigilancia y el control de sus empleados, requieren, para su acreditación, un análisis más profundo que el que cabe realizar en este temprano estadio procesal.

Ahora bien, con la nueva regulación de la LECrim, que distingue al investigado del encausado según el estado de la investigación, es posible que, tras el desarrollo de la instrucción, se ponga de manifiesto que la entidad puso toda la diligencia debida en la prevención del delito cometido, o que la persona física investigada no es la responsable individual del mismo, con lo que sólo una de los sujetos inicialmente investigados llegaría a adquirir la condición formal de encausado, debiendo procederse al sobreseimiento del otro. Probablemente, esto era lo que pretendía la modificación terminológica dispuesta por el legislador, reservar el estigma propio del enjuiciamiento penal sólo para quien, tras la correspondiente investigación, aparece como presunto responsable penal, esto es, para el encausado. Reconociendo, al mismo tiempo, al investigado, respecto del que no hay indicios suficientes para encausar formalmente, los derechos propios del encausado.

Por otra parte, cabe señalar que, a pesar de los estrechos vínculos que se dan entre la responsabilidad de la persona física y la persona jurídica, no es admisible que se retrase la imputación de uno de tales sujetos para avanzar en la recolección de evidencias frente a los otros potenciales responsables. En este sentido, en el momento en el que recaigan sospechas sobre una persona jurídica, habrá que trasladarle la imputación, sin que sea legítimo retrasar el nacimiento de su derecho de defensa para determinar a los responsables individuales. A este respecto, hay que considerar que el derecho de defensa es de titularidad y ejercicio individual por lo que a cada sujeto pasivo del proceso ha de reconocérsele en el momento correspondiente según determinen los avances de la investigación.

Por último, se ha hecho referencia a la sucesión procesal que se produciría en el lado pasivo del proceso cuando la persona jurídica, inicialmente investigada o encausada, realizase una disolución encubierta o aparente, u otras operaciones de modificación

presunción de inocencia del sujeto investigado es una garantía de su derecho de defensa. Según el citado autor, siempre que haya un simple indicio objetivo, la imputación no afectará al derecho a la presunción de inocencia, sin que quepa exigir varios indicios concluyentes en un mismo resultado, ya que, en tal caso, estaríamos ante una prueba indiciaria que es bastante y suficiente para condenar a una persona, y nunca la imputación puede comportar las mismas exigencias que la condena.

estructural, tales como transformaciones, fusiones, absorciones o escisiones. En tales casos, habrá que conjugar las razones de economía procesal, que desaconsejan la retroacción de las actuaciones o la suspensión del procedimiento, con el derecho de defensa de los entes resultantes de tales transformaciones, asegurando que los mismos toman conocimiento del proceso y gozan de posibilidades efectivas de defensa, incluso cuando la traslación de responsabilidad se produce en la fase de ejecución.

Pues bien, para impedir que, una vez abierto el juicio oral, se produzcan tales eventualidades, se propone, *de lege ferenda*, que la decisión de abrir el juicio oral frente a una determinada persona jurídica se anote en el registro correspondiente de forma que se le impida disolverse y transformarse hasta que no haya una sentencia firme. Por otra parte, si la sucesión procesal se produce pendiente el juicio oral, ante la imprevisión legal al respecto, la solución más adecuada y garantista parece consistir en dar traslado de la imputación al nuevo ente. La razón radica en la necesidad de respetar el derecho de audiencia y defensa del nuevo ente, por lo que, incluso, en caso de que se aprecie fraude en la operación sucesoria, será preciso dar audiencia a todas las partes antes de trasladar la responsabilidad penal a esa nueva persona jurídica que no ha sido parte en el proceso.

III. El Estatuto jurídico-procesal de la persona jurídica. La titularidad de los derechos procesales por parte de la persona jurídica imputada

1.-Planteamiento

Tradicionalmente, se ha entendido que “*inculcado en el proceso penal (...) sólo puede serlo, sin excepción alguna, una persona física: un individuo humano actualmente vivo*”¹⁰⁹⁰. Como consecuencia, el Derecho Procesal penal, entendido como sistema de garantías, se ha desarrollado, históricamente, tomando como referente al ser humano y como paradigma la protección de su libertad personal frente al poder público estatal. En este sentido, cabe afirmar que los ejes fundamentales sobre los que se vertebra el proceso penal se refieren al núcleo duro de las relaciones entre el individuo y el Estado¹⁰⁹¹. En este escenario, es decir, dentro de la dicotomía individuo-Estado, propia del liberalismo, la persona jurídica ha ocupado, tradicionalmente, una posición intermedia y ambigua, en vista de sus específicas características, que le otorgan un carácter camaleónico¹⁰⁹², como ponen de manifiesto las numerosas teorías que pretenden explicar su naturaleza.

¹⁰⁹⁰ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1951)*...ob. cit., p. 273.

¹⁰⁹¹ MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 22; GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935, p. 67.

¹⁰⁹² HILL, J., “Corporate Rights and Accountability”...ob. cit., pp. 138-139.

La configuración de los derechos reconocidos al sujeto pasivo del proceso se encuentra preordenada al logro de un cierto equilibrio entre el Estado y el individuo, de tal forma que la inherente asimetría que informa tal relación no acabe por convertir a la persona en una mera herramienta de política criminal del Estado¹⁰⁹³ o en un mero objeto de investigación¹⁰⁹⁴. Así, en palabras de BECCARIA “*No hay libertad cuando algunas veces permiten las leyes que en ciertos acontecimientos el hombre deje de ser persona y se reputa como cosa*”¹⁰⁹⁵. En este sentido, el proceso penal debería ser instrumento de garantía del derecho a la libertad¹⁰⁹⁶, lo cual presupone el reconocimiento de la parte pasiva del proceso como un auténtico sujeto titular de derechos inalienables.

La evolución del acusado, persona humana, primeramente concebido como objeto de investigación y prueba, hasta su entendimiento como auténtico centro del sistema de derechos y garantías en que consiste el proceso penal, es la principal característica del actual modelo acusatorio al que dio lugar el progresivo abandono del denostado modelo inquisitivo que hoy se entiende superado. En este sentido, tal y como afirma VAZQUEZ SOTELO, “*de un sistema inquisitivo en el que el imputado no era sujeto sino objeto, más que una persona una cosa utilizable como fuente de prueba por el Juez pesquisidor para encontrar en él la demostración del hecho delictivo, se pasó (...) a un nuevo sistema (...) en el que el imputado está protegido por un noli me tangere, que supone la inviolabilidad de su persona y de su libertad*”¹⁰⁹⁷.

La aparición de la persona jurídica en escena, asumiendo la condición de parte pasiva del proceso penal, tradicionalmente reservada al ser humano, supone una verdadera revolución que pone en riesgo los equilibrios históricamente alcanzados, orientados a establecer un enfrentamiento contradictorio y equilibrado entre el Estado y el individuo

¹⁰⁹³ GALLUCCIO MEZIO, G., “I diritti fondamentali delle corporations nel processo penale statunitense: lo strano caso del privilege against self incrimination”, *Rivista di diritto processuale*, vol. 69, núms. 4-5, pp. 1126-1154, p. 1126.

¹⁰⁹⁴ Si bien, no cabe negar, tal y como afirma y analiza, exhaustivamente, HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso...* ob. cit., pp. 205-477, que, incluso, el imputado, persona física, puede, eventualmente, convertirse en fuente de prueba.

¹⁰⁹⁵ BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015, Capítulo XX, p. 47.

¹⁰⁹⁶ Así lo señala MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad...* ob. cit., pp. 65-66, argumentando que este proceso no debería entenderse como un elemento más en la política represora del Estado, sino que debería ser entendido como un medio de garantía de los ciudadanos contra, o por lo menos, frente al Estado represor. El paso inicial se ha dado al comprender que el imputado es titular de derechos subjetivos materiales penales, en los que el obligado es el Estado, cuando actúa en el ámbito de lo penal. Ahora bien, lo determinante en el nuevo camino es entender que para el individuo, al que se convierte en parte pasiva del proceso penal, tal proceso es la garantía de sus derechos, algunos materiales y otros procesales, pero especialmente de su derecho a la libertad; También GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal...* ob. cit., pp. 59-60, se refiere a la finalidad del proceso penal consistente en declarar e incluso restablecer puntualmente, a través del *habeas corpus*, el derecho a la libertad; En la misma línea, subrayando la preminencia de la libertad como objeto del proceso penal apunta GALLUCCIO MEZIO, G., “I diritti fondamentali delle corporations...” ob. cit., p. 1126, que la tutela de la libertad personal es el paradigma de todo Derecho Procesal, precondition de cualquier otra garantía y, así mismo, su precedente histórico.

¹⁰⁹⁷ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 215-216.

y, por ende, pone en cuestión la misma esencia del proceso, entendido como sistema de garantías¹⁰⁹⁸. En definitiva, el sometimiento de un sujeto no humano al proceso penal podría poner en entredicho el fundamento último de la institución como instrumento garante de la libertad.

A pesar de que los seres humanos comparten con ciertas corporaciones la categoría de personas y que, en ciertos ámbitos, ambos resultan jurídicamente equiparables, las sustanciales diferencias entre personas jurídicas y personas físicas son innegables. Quizá por lo obvio y lo natural de tales desemejanzas, muchas veces se hace hincapié, sobre todo, en las analogías, soslayando las esenciales disimilitudes que impregnan la naturaleza de ambos sujetos. Esta elemental divergencia entre la personalidad corporativa y la humana abre la posibilidad de que la aproximación legal en el tratamiento de uno y otro sujeto pueda ser distinta. En este sentido, se ha llegado a afirmar que una aproximación puramente instrumental, absolutamente rechazable en relación con los individuos, resultaría perfectamente razonable en el tratamiento de las corporaciones¹⁰⁹⁹. De hecho, desde esta perspectiva, en Estados Unidos, donde la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede considerarse parte de su tradición jurídica, las corporaciones han pasado de ser acusadas a desarrollar el papel de agentes o colaboradores de la fiscalía, y de constituir objetivos de la persecución penal a ser consideradas instrumentos de la misma¹¹⁰⁰.

En un intento por salvaguardar la función del proceso penal como sistema de garantías, sin desconocer las esenciales diferencias que existen entre las personas físicas y las personas jurídicas, se hace preciso reinterpretar los derechos y garantías del investigado o encausado a la luz de este nuevo sujeto pasivo del proceso penal que es la persona jurídica. A tal fin, es preciso reparar en que hay derechos que, por su propia naturaleza, aparecen confinados a los seres humanos, ya sea en razón de su fundamento o de su finalidad, que se perdería o se debilitaría al extenderlos a las personas jurídicas. Por otro lado, es necesario reconocer que, en un enfrentamiento *vis-a-vis* con el Estado, las grandes corporaciones se encuentran, como regla general, en una posición mejor que los individuos¹¹⁰¹.

En definitiva, aun reconociendo a la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal no parece conveniente, ni aun posible, trasladarle en bloque y de forma acrítica el estatuto jurídico procesal configurado para el investigado o encausado, persona física. Resulta, por lo tanto, de decisiva importancia, determinar el alcance que tienen las garantías procesales reconocidas al sujeto pasivo del proceso penal, en los tratados

¹⁰⁹⁸ En esta línea, sostiene GALLUCCIO MEZIO, G., "I diritti fondamentali delle corporations...ob. cit., p. 1126, que la participación de las personas jurídicas como sujetos del proceso penal es revolucionaria. En este sentido, la sustitución del hombre, como centro de imputación de derechos en el proceso, por las personas jurídicas, puede menoscabar equilibrios dogmáticos y aplicativos consolidados, lo que conduce a cuestionar la relación entre las garantías, tradicionalmente, reconocidas al imputado-persona física y estos nuevos protagonistas que han entrado en escena.

¹⁰⁹⁹ Cfr. RAMRAJ, V. V., "Disentangling Corporate Criminal Liability and Individual Rights", *Criminal Law Quarterly*, vol. 45, 2001, pp. 29-52, pp. 51-52.

¹¹⁰⁰ FIRST, H., "Branch office of the prosecutor...ob. cit., pp. 23-98.

¹¹⁰¹ Así lo ha expresado, la Alta Corte de Australia al pronunciarse en contra del reconocimiento del derecho a la autoincriminación de las personas jurídicas en el caso *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.* (1993) 178 CLR 477, 500.

internacionales, en la CE y en las leyes, en relación con este nuevo inculpado de naturaleza no humana.

La consecución de esta ardua tarea se ve dificultada, además, por diversos debates subyacentes que no pueden ser exhaustivamente abordados en este trabajo por escapar a los límites del mismo, como serían, la cuestión sobre la naturaleza de las personas jurídicas, así como su posición como titular de derechos fundamentales. Igualmente, la falta de certeza sobre determinadas cuestiones que corresponde resolver al Derecho Penal, tales como la configuración dogmática de una culpabilidad propia de las personas jurídicas¹¹⁰² o la forma en que ha de encajarse, en la teoría jurídica del delito, el modelo de imputación de responsabilidad previsto en el art. 31 bis CP y concordantes, vienen a oscurecer más la labor propuesta.

A pesar de todos estos interrogantes, la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas obliga a plantearse el grado de equivalencia entre la persona física y la jurídica respecto de los derechos fundamentales de naturaleza procesal, esencialmente los recogidos en el art. 24 CE¹¹⁰³, que se integrarían en el denominado Derecho Constitucional procesal¹¹⁰⁴. En definitiva, si las personas jurídicas pueden ser objeto de imputación en un proceso penal, será preciso determinar, en qué medida, podrían ser titulares de los derechos procesales consagrados en la Constitución y en los correspondientes textos normativos supranacionales¹¹⁰⁵.

El objeto del presente epígrafe será, por lo tanto, definir el estatuto de la persona jurídica investigada, encausada, acusada y eventualmente condenada en un proceso penal. Es decir, partiendo de la consideración de la persona jurídica como parte pasiva

¹¹⁰² Véanse, sobre esta cuestión, las aportaciones de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 153-180, donde, además de su propia concepción de la culpabilidad de la organización basada en la cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, se recogen otras teorías. En concreto, se refiere el autor a la culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica, a la culpabilidad por el espíritu normativo de la persona jurídica, a la culpabilidad funcional del órgano, a la culpabilidad por la no evitación de los fallos organizativos de la persona jurídica, a la culpabilidad por la no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica, a la culpabilidad por el carácter de la empresa, a la culpabilidad por la conducción de la actividad empresarial, a la culpabilidad por la reprochabilidad ético-social de la empresa y a la culpabilidad por defecto de organización; En sentido contrario, hay autores, como GRANADOS PÉREZ, C., “Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal”, en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 115, Ejemplar dedicado a *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y comunitario*, 2007, pp. 125-156, p. 143, que residencian el dolo y la culpabilidad en la persona física. En la misma línea, la FGE, Circular 1/2011, p. 33, sostiene que “*la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia, así como todos los demás elementos de la infracción concurrentes o no, sea cual fuere la concepción dogmática del delito que se prefiera, deben residenciarse en las personas físicas*”.

¹¹⁰³ MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el Derecho...ob. cit., p. 150.

¹¹⁰⁴ Esta denominación se debe a ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 155-156. El autor distingue el Derecho Constitucional procesal y el Derecho Procesal constitucional. El primero estaría constituido por las normas en materia procesal, positivizadas en la Constitución, es decir, los preceptos constitucionales que fijan determinados principios y reglas reguladoras del Poder Judicial, así como las garantías procesales básicas, mientras que el Derecho Procesal constitucional sería la rama del Derecho Procesal encargada de regular el proceso cuando éste versa sobre Derecho Constitucional.

¹¹⁰⁵ Circular FGE 1/2011, p. 76.

del proceso penal, será preciso realizar un esfuerzo exegético para determinar qué derechos procesales se le han de reconocer y en qué medida.

Como paso previo al análisis del estatuto jurídico-procesal de la persona jurídica, es preciso determinar si, con la imputación penal, la entidad adquiere la condición de verdadera parte pasiva del proceso. En este sentido, en primer lugar, hay que llamar la atención sobre la ausencia, en la regulación española, de un precepto específico que señala quienes pueden resultar investigados o encausados en el proceso penal, lo que no es óbice, como a continuación se expondrá, para entender a las personas jurídicas incluidas en tales categorías. De hecho, tal inclusión se derivaría de la concepción doctrinal y jurisprudencial del “imputado”, de la propia estructura del proceso penal, cuyo objeto viene integrado por el hecho punible y el sujeto imputado y de ciertas normas introducidas en la LECrim, a través de la LMAP, que se refieren a la persona jurídica como imputada, procesada y acusada.

Para ahondar más en estos argumentos, que conducen indudablemente a afirmar la condición de potencial encausada de la persona jurídica, cabe señalar lo siguiente:

- En primer lugar, si el imputado ha sido, tradicionalmente, considerado como “*cualquier persona a la que se impute un acto punible*”¹¹⁰⁶, y el art. 31 *bis* CP atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas por la comisión de ciertos delitos, implícitamente, está reconociendo que la persona jurídica adquirirá tal condición. Si se adapta la argumentación a la nueva terminología legal cabe señalar que la persona jurídica adquirirá, inicialmente, la condición de investigada, en tanto que “*persona sometida a investigación por su relación con un delito*” y, en su caso, finalizada la instrucción, la de encausada, si la autoridad judicial le “*imputa formalmente el haber participado en la comisión de un hecho delictivo concreto*”¹¹⁰⁷.

- En segundo lugar, el art. 1 LECrim señala que las penas sólo podrán imponerse a través del proceso regulado por la ley y por sentencia de Juez competente. Esto implica que, en la imposición de las sanciones penales, rige el principio de exclusividad procesal, así como el de exclusividad jurisdiccional¹¹⁰⁸. La consecuencia directa de tal aseveración es que la persona jurídica, como pasible de auténticas penas, se convierte automática e irremediamente en potencial sujeto pasivo del proceso penal, dado que sólo a través de este método de aplicación del Derecho podrían imponérsele sanciones penales como las previstas en el art. 33.7 CP. A mayor abundamiento, para que la persona jurídica llegue a ser condenada, primero ha de adquirir la condición de acusada y aun previamente la de investigada y encausada, ya que así lo exige el desarrollo escalonado del proceso penal¹¹⁰⁹. En este sentido, sólo quien ha sido parte en el enfrentamiento público y contradictorio en que consiste el proceso penal puede llegar a ser condenado.

¹¹⁰⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I...ob. cit., p. 1233.

¹¹⁰⁷ Apdo. V Preámbulo de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre.

¹¹⁰⁸ Sobre la cuestión de los monopolios que rigen en la aplicación del Derecho Penal, véase MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., pp. 27-36.

¹¹⁰⁹ Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., p. 37.

- En tercer lugar, cabe señalar que el sujeto imputado es la parte necesaria por excelencia en el enjuiciamiento penal, por lo que, sin inculpado, es posible incoar un proceso penal pero, finalizada la instrucción, habrá que sobreeser y archivar la causa. En este sentido, en vista de la posibilidad de que las personas jurídicas sean juzgadas, aun cuando no haya sido posible proceder frente a las personas físicas presuntamente autoras del hecho de referencia, resulta evidente que los entes colectivos vienen llamados y son aptos para ocupar la parte pasiva del proceso criminal.

- Por último, las escasas modificaciones de la LECrim, a raíz de la tipificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se refieren, expresamente, a la persona jurídica como imputada (arts. 119.1 c), 554.4º y 839 bis LECrim), procesada (art. 746 *in fine* LECrim) y acusada (art. 786 bis LECrim). Por lo tanto, tales disposiciones sirven de base positiva para afirmar que la persona jurídica, a través de la escala de juicios que conforma el proceso penal¹¹¹⁰, irá adquiriendo las mismas condiciones jurídicas que corresponden, de ordinario, a las personas físicas, en tanto que sujetos pasivo del enjuiciamiento penal.

2.- Presupuestos para determinar el estatuto jurídico procesal penal de la persona jurídica imputada

El “imputado”, ahora legalmente denominado investigado o encausado, tiene, como norma general, un estatuto jurídico que define y privilegia su posición en el proceso¹¹¹¹ y que le convierte en titular del derecho a la defensa que nace, precisamente, a partir del acto de imputación¹¹¹². Ahora bien, hay que evitar identificar la condición de investigado o encausado y sus implicaciones, con los derechos que, de ordinario, se reconocen a quien es objeto de un juicio de imputación. En este sentido, se afirma que *“una cosa es definir la figura del imputado y otra, muy distinta, precisar los derechos de los que goza el sujeto de una investigación (...) a lo largo de la misma, conforme a las distintas situaciones en las que se encuentre”*¹¹¹³. Esta aserción cobra pleno sentido en el tema objeto de este trabajo, en tanto que, aun cuando la persona jurídica adquiera la condición de investigada, encausada, acusada o condenada, a lo largo de las distintas fases del proceso penal, sus diferencias ontológicas respecto de los seres humanos, que han sido, tradicionalmente, los únicos posibles inculpados, conducen a rechazar una equiparación absoluta y automática de los derechos que asisten a unos y a otros en cada uno de los estadios procesales que conforman el proceso penal.

¹¹¹⁰ CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso...* ob. cit., p. 139.

¹¹¹¹ LÓPEZ YAGÜES, V., “La condición de imputado en el proceso...” ob. cit., p. 60.

¹¹¹² En este sentido, sostiene MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso...* p. 49, en relación con el derecho a la defensa técnica que el mismo nace *“desde el momento en que aparece una imputación contra un persona en el curso de un procedimiento penal de cualquier modo que esta imputación se manifieste, o bien cuando se ha procedido a la detención de una persona antes de haberse iniciado el procedimiento que cabría calificar de imputación extrajudicial”*.

¹¹¹³ RENEDO ARENAL, M.º. A., *Problemas del imputado...* ob. cit., p. 189.

2.1.- La persona jurídica como titular de derechos fundamentales

La cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas no es nueva en absoluto. De hecho, a pesar de que los derechos fundamentales tienen su origen en el reconocimiento de una esfera de libertad de los individuos frente al Estado, a mediados de los años ochenta, el TC ya reconoció a las personas jurídicas como titulares de ciertos derechos fundamentales¹¹¹⁴. En concreto, el Alto Tribunal ha señalado que “*se aplicarán a la persona jurídica aquellos derechos fundamentales que resulten necesarios y complementarios para la obtención de sus fines, para proteger su existencia, identidad y asegurar el libre desarrollo de su actividad, y que admitan ser ejercidos por una persona moral*”¹¹¹⁵. En la misma línea, los autores que se han ocupado de la cuestión de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, admiten tal extensión, siempre y cuando se expliquen las razones que la justifican y las ventajas que con ella se consiguen¹¹¹⁶.

En definitiva, cabe concluir que las personas jurídicas pueden ser titulares de ciertos derechos fundamentales, si bien es preciso un análisis individualizado de tales derechos que permita justificar, por un lado, la posibilidad, y por otro, la necesidad y/o la conveniencia de tal reconocimiento, lo que viene a revalidar la idea de que, el traslado automático y acrítico, a la persona jurídica, de los derechos que, de ordinario, se reconocen a la persona física imputada en cuanto tal, resulta adecuado.

El criterio general expresado por el TC para decidir sobre la extensión de los derechos fundamentales a las personas jurídicas necesita ser aplicado y concretado a la luz de la novedosa posición del ente como sujeto pasivo del proceso penal, dado que esta original condición jurídica, podría implicar nuevas posibilidades de ejercicio de ciertos derechos fundamentales, así como nuevas necesidades de protección para la entidad, provocando, previsiblemente, un fortalecimiento de su posición como titular de derechos.

En este punto, hay que tener en cuenta que, por la novedad de la reforma, la jurisprudencia aún no ha tenido la oportunidad de pronunciarse directamente sobre la titularidad por parte de las personas jurídicas de algunos de los derechos procesales previstos en el art. 24 CE cuyo reconocimiento se vincula, precisamente, a la condición

¹¹¹⁴ En este sentido en la STC 23/1989, de 2 febrero, en la que se afirma que los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas; Además, en la STC 137/1985, de 17 octubre, se pronunció sobre la titularidad del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio por las personas jurídicas, en la STC 141/1985, de 22 octubre, sobre el derecho a la libertad de expresión y de comunicación y en la STC 139/1995, 26 septiembre, sobre el derecho al honor, estableciendo, en esta última, que las personas jurídicas no sólo son poseedoras de un interés legítimo en representación de sus miembros sino que son titulares directas de los derechos fundamentales que resulten compatibles con su naturaleza.

¹¹¹⁵ Por todas, STC 139/1995, de 26 de septiembre, F. J. 4º. Para un estudio de esta jurisprudencia, véase ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 44 y ss.

¹¹¹⁶ GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 65, 2002, pp. 49-106, p. 53.

de sujeto pasivo del proceso penal. En este sentido, resultan dignos de mención los derechos del inculpado a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Cabe reparar en que la innovación de la reforma radica en la posibilidad de que la persona jurídica ocupe la posición de investigada y acusada en un juicio criminal, dado que su participación en el proceso penal en calidad de acusadora, actor civil o responsable civil ha sido tradicionalmente admitida, al igual que su condición de parte en procesos civiles, administrativos y laborales. Por lo tanto, el análisis se limitará a analizar la titularidad y las posibilidades de ejercicio de aquellos derechos y facultades, ligados a la condición parte pasiva del proceso penal, mientras que para el resto de derechos y garantías, no estrictamente derivados de tal posición, regirán las reglas que venían disciplinando la actuación de los entes colectivos en los distintos procedimientos judiciales¹¹¹⁷. Piénsese, por ejemplo, en el derecho a la tutela judicial efectiva, que seguirá siendo reconocido a las personas jurídicas en idénticos términos que antes de la reforma penal impulsora de este estudio.

Dicho esto, hay que considerar que, incluso, en relación con aquellos derechos sobre los que puedan existir antecedentes, reconociendo su titularidad por parte de las personas jurídicas, su novedosa posición como parte pasiva del proceso penal podría incidir en los precedentes posicionamientos judiciales o doctrinales. Por ejemplo, el secreto de las comunicaciones o el derecho a la inviolabilidad domiciliar, han sido reconocidos a las personas jurídicas¹¹¹⁸, si bien no ha habido pronunciamientos expresos en cuanto a las intervenciones de tales derechos en el seno de una instrucción penal en la que resulta investigada la propia organización¹¹¹⁹. La interrelación, o incluso la confusión, que se puede dar entre las comunicaciones de una persona jurídica y sus agentes y, por lo tanto, en cuanto a sus respectivos ámbitos de protección, así como la delimitación de un espacio domiciliar propio de las personas jurídicas, son temas que plantean cuestiones de interés y que serán objeto de tratamiento específico más adelante¹¹²⁰. Igualmente, cabe hacer referencia al derecho de asistencia jurídica gratuita, que ha sido tradicionalmente negado a las personas jurídicas y cuyo ámbito subjetivo podría verse ampliado por la inclusión de las mismas en las categoría de investigado, encausado y acusado¹¹²¹.

¹¹¹⁷ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., pp. 43-44.

¹¹¹⁸ Así pues, en cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones, ha dicho el TS (STS (Sala 2ª) núm. 579/1998, de 22 abril, RJ 1998/3811, F. J. 2º) que “*son titulares las personas físicas y las jurídicas, tanto nacionales como extranjeras, mayores y menores de edad, porque el derecho al secreto de las comunicaciones presupone la libertad, y su restricción se produce en un sentido de control y observación, no propiamente de impedimento a las comunicaciones, y se extiende tanto al conocimiento del contenido de las mismas, como a la identidad de los interlocutores*”; En cuanto a la extensión de la titularidad del derecho a la inviolabilidad domiciliar a las personas jurídicas, véanse las SSTC 69/1999, de 26 abril; 10/2002, de 17 enero; (Sala Segunda) 54/2015, de 16 marzo, entre muchas otras.

¹¹¹⁹ MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 15.

¹¹²⁰ En concreto, en el apdo. 5 del epígrafe IV del presente capítulo.

¹¹²¹ Sobre la titularidad del derecho de asistencia jurídica gratuita de las personas jurídicas, cuestión sobre la que se profundizará en el apdo. 4.1.2.3 de este mismo epígrafe, véase RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Justicia gratuita: un imperativo constitucional. Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios, con especial referencia a los procesos de amparo constitucional*, Comares, Granada, 2000, pp. 70-77.

2.2.- Criterios de atribución de los derechos procesales penales propios del sujeto pasivo del proceso penal a la persona jurídica

Para analizar los derechos que le corresponden a la persona jurídica, como consecuencia de ocupar esta nueva posición procesal, es necesario establecer ciertos puntos de partida, algunos indiscutibles y otros ciertamente controvertidos pero, en todo caso, necesarios para avanzar en el análisis sobre el estatuto jurídico procesal que corresponde a la persona jurídica imputada, manteniendo una posición coherente:

a) Como se refirió anteriormente, es preciso constatar que la nueva posición jurídica de los entes colectivos como sujetos pasivos del proceso penal no resulta indiferente en cuanto a su consideración como titulares de ciertos derechos fundamentales, tanto de carácter procesal, como de naturaleza material. En este sentido, la nueva condición de encausados de las personas jurídicas implicará, en ciertos casos, reconocerles derechos respecto de los cuales no existían pronunciamientos previos, por no haberse planteado la necesidad de tal reconocimiento, otras veces, esta nueva faceta de los entes colectivos, puede suponer nuevas posibilidades de ejercicio en relación con derechos que ya les habían sido reconocidos y, en ocasiones, incluso, podrá implicar el reconocimiento de derechos que anteriormente les había sido negados.

b) En segundo lugar, hay que partir de la exigencia constitucional de asegurar a las personas jurídicas, como a cualquier otro inculpado, un juicio justo, es decir, un proceso con todas las garantías. En este sentido, hay que tener en cuenta que, ajustarse a los límites impuestos por la Constitución no implica sólo respetar al principio de culpabilidad, inherente al principio de legalidad penal (art. 25 CE), exigencia repetida una y otra vez por la doctrina penal¹¹²², sino que también supone garantizar que la persona que sufre la reacción penal del Estado, con independencia de su naturaleza física o jurídica, disfruta de un proceso justo¹¹²³ en el que, en ningún caso, puede producirse indefensión (art. 24 CE).

c) En tercer lugar, y estrechamente vinculado al punto anterior, hay que tener en cuenta que, existen determinados principios procesales estructurales que deben ser respetados, independientemente de que el acusado sea una persona física o una persona jurídica. En particular, los principios de audiencia, contradicción e

¹¹²² En este sentido, se pronuncian, entre otros, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido en la LO 5/2010”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 31, septiembre de 2010, pp. 43-72, p. 55, quien afirma que la atribución de la culpabilidad de otro y no configurar un modelo de responsabilidad propia y directa, (sólo) teóricamente permitiría mantener la estructura dogmática de la clásica teoría del delito; sin embargo en la práctica se vulnerarían al menos, los principios de culpabilidad, de responsabilidad personal y personalidad de las penas; En una línea similar, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 153-154, pone de manifiesto la importancia de construir una culpabilidad propia de la persona jurídica dada la trascendental importancia del principio de culpabilidad en el Derecho Penal moderno, llegando a afirmar que el abandonado principio *societas delinquere non potest* se fundamentaba, precisamente, en la imposibilidad de compatibilizar el principio de culpabilidad con la persona jurídica.

¹¹²³ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

igualdad de armas, que han de informar, inexorablemente, la dinámica procesal¹¹²⁴. La igualdad entre las partes pretende asegurar un equilibrio justo en el enfrentamiento dialéctico que se produce en el seno del proceso entre la acusación y la defensa¹¹²⁵, mientras que el principio contradictorio garantiza que la conformación del material probatorio y su recepción por el juzgador resultan tamizadas por la intervención contradictoria de ambas partes. Ignorar tales principios implica desconocer la esencia del proceso como método de aplicación del Derecho, lo cual, en relación con el Derecho Penal, resulta inadmisibles, dado que sólo a través del proceso debido puede el Estado imponer una pena (art. 1 LECrim). Estos principios aparecen, asimismo, vinculados al derecho de defensa, de tal forma que, para ser respetados, el investigado/encausado/acusado debe contar con oportunidades o posibilidades de defensa análogas a las de la acusación, manteniéndose así el necesario equilibrio entre ellos.

d) Otra cuestión a tomar en consideración a la hora de otorgar a la persona jurídica imputada un estatuto procesal distinto al de la persona física, es la desigualdad que podría producirse entre la entidad y el resto de los individuos coimputados cuando todos sean juzgados conjuntamente. En este sentido, si no se equiparan totalmente la persona física y la persona jurídica, el resultado podría ser la existencia de dos clases de inculpados, de primera y de segunda categoría, con un estatuto jurídico menos garantista para las personas morales. Así pues, el reconocimiento a la persona física de derechos que se le niegan a la persona jurídica puede resultar problemático, sobre todo cuando ambas son enjuiciadas en el mismo procedimiento, por unos mismos hechos y existe entre ellas un conflicto de intereses, situación que podría producirse, frecuentemente, en la práctica, en vista del sistema de responsabilidad penal por el que ha optado el legislador. Aunque no está claro que el principio de igualdad resulte de aplicación entre los sujetos integrantes de una misma posición procesal¹¹²⁶, es decir, entre acusadores entre sí o coacusados entre sí, hay que tener presente el riesgo que se deriva para el derecho de defensa de que dos sujetos, acusados por hechos parcialmente idénticos, gocen de posibilidades de actuación desiguales en el proceso, sobre todo, cuando uno puede tener interés en actuar en perjuicio del otro.

e) Dicho esto, también cabe llamar la atención sobre la no aplicación, con carácter general, del art. 14 CE relativo a la igualdad, en relación con las personas físicas y las personas jurídicas. Así pues, hay que partir de la base de que un ser humano y una persona jurídica constituyen realidades bien distintas, que

¹¹²⁴ En ese sentido, GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 181-187, se refiere a los principios de contradicción e igualdad como principios inherentes a la estructura del proceso; Por su parte, DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S; HINOJOSA SEGOVIA, R., et al. *Derecho procesal penal*, Ramon Areces, 8º ed., 2007, p. 51, afirma que los principios de audiencia e igualdad son principios jurídico-naturales, en tanto que no pueden dejar de informar la legislación y la realidad procesales.

¹¹²⁵ Según PRIETO-CASTRO Y FERRANDIZ, L.; *Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Volumen I, Madrid, 1968, p. 287, el principio de igualdad de las partes significa que los derechos, las cargas y las responsabilidades que nacen de la llevanza de un proceso se conceden, recaen o se imponen, respectivamente, sobre ambas sin discriminación entre ellas.

¹¹²⁶ Así el art. 1 Propuesta CPP 2013 se refería a la igualdad entre acusación y defensa y no entre las distintas partes que integran una misma posición procesal.

difícilmente podrán ser sometidas a un juicio de discriminación por falta de base para su comparación¹¹²⁷. En este sentido, el reconocimiento de un determinado derecho a una persona jurídica podrá sustentarse en la necesidad de protección de la entidad en atención a su posición procesal, en la posibilidad de extender el fundamento del derecho o su finalidad protectora a los entes colectivos o, incluso, en la estructura del proceso penal acusatorio y en la búsqueda de un cierto equilibrio entre el poder estatal y el poder de la persona jurídica imputada o acusada, sin embargo, como regla general, el argumento de la mera discriminación, en relación con las personas físicas, debe ser rechazado. De lo contrario, el método argumentativo sería inverso, es decir, se partiría del reconocimiento a las personas jurídicas de los mismos derechos que a las personas físicas debiendo justificarse, en su caso, las puntuales restricciones a tal extensión generalizada, en tanto que implicasen un trato desigual. Sin embargo, de la jurisprudencia del TC¹¹²⁸, así como de la doctrina constitucionalista¹¹²⁹, se deduce que la extensión de los derechos fundamentales a las personas jurídicas requiere una fundamentación *ad hoc*, es decir, que tal reconocimiento de derechos debe justificarse y someterse a un juicio de conveniencia y compatibilidad con la naturaleza de las personas jurídicas, sin olvidar, por tanto, que los titulares primigenios de los derechos fundamentales son las personas físicas, para quienes resultan inherentes e inalienables.

f) Si se parte, por lo tanto, de que los derechos fundamentales tienen su origen y su fundamento en la protección de los individuos frente al Estado, es preciso reparar en el riesgo de desnaturalización o relativización que puede suponer su extensión a las personas jurídicas, si los menores niveles de garantías que podrían merecer estas últimas se contagian a las personas naturales. De la misma forma, la negación de ciertos derechos fundamentales a las personas jurídicas puede terminar por influir negativamente en el respeto de los derechos fundamentales de los individuos, en concreto de aquellos que integran la corporación, ya sea como representantes o administradores, ya sea como meros empleados¹¹³⁰. En este sentido, formar la equiparación entre personas físicas y personas jurídicas puede provocar una indeseable relajación de las garantías constitucionales de los

¹¹²⁷ En este sentido, aunque el TC sí considera a las personas jurídicas titulares del derecho a la igualdad (STC 23/1989, de 2 de febrero, F. J. 2º), también ha señalado, reiteradamente que, “*para poder concederle efectividad al derecho de igualdad y llegar a la decisión procedente del amparo, es necesario seguidamente esclarecer en el caso concreto, en primer lugar, si existe una identidad de situaciones de hecho y de derecho aplicado*” (STC 2/1983, de 24 de enero, F. J. 4º). Así mismo, afirma el Alto Tribunal que “*no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas. Siendo éstas una creación del Derecho, corresponde al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación fijando los límites concretos y específicos, y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas*” (STC 23/1989, de 2 de febrero, F. J. 3º).

¹¹²⁸ STC 139/1995, de 26 de septiembre.

¹¹²⁹ GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales...ob. cit., p. 53.

¹¹³⁰ Sirva como ejemplo de esta cuestión el caso *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99 (1988) en el que, al accionista único de una corporación se le niega el derecho a no declarar, al entender que está actuando en su calidad de representante de la entidad, en la cual, según la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, no es titular del derecho a no autoincriminarse. La resolución reconoce que si la corporación no hubiese sido creada y el individuo hubiese seguido actuando como propietario único de su negocio, sí se habría beneficiado del privilegio en cuestión. En definitiva, se le fuerza a declarar contra sí mismo porque se considera que no actúa como individuo, sino como representante de la entidad. Pero, sin embargo, sus declaraciones sirven para fundamentar su condena personal.

individuos, tanto en lo que se refiere a las garantías penales, como a las procesales. En relación con las primeras, resulta destacable el riesgo de que se admita, para las personas naturales, una suerte de responsabilidad objetiva o de que se terminen desnaturalizando las nociones de culpabilidad, dolo o imprudencia, elementos que, necesariamente, habrán de ser reformulados en relación con las personas jurídicas¹¹³¹. Otro tanto cabe sostener en cuanto a las garantías procesales, que podrían admitir limitaciones o modulaciones en relación con las personas jurídicas que, en ningún caso, resultarían legítimas en relación con las personas físicas¹¹³².

g) Igualmente resulta digno de mención el riesgo de excesivo fortalecimiento que podría suponer, para las corporaciones, en general, y en particular para las grandes empresas, la atribución de una protección frente al Estado semejante a la que se reconoce por derecho propio a los individuos. En este sentido, se transcriben, por su claridad, las palabras de GÓMEZ MONTORO para quien: *“es verdad que, en principio, toda construcción que suponga aumentar las posibilidades de disfrute de derechos fundamentales debe ser bienvenida, pero no deben tampoco desearse las voces (...) que alertan frente a construcciones iusfundamentales expansivas que terminan por desvirtuar la naturaleza propia de los derechos. En el caso del problema que nos ocupa -esto es, la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas¹¹³³-, no son infrecuentes los temores frente a lo que podría considerarse como el fortalecimiento de nuevas formas de corporativismo o frente al reforzamiento de organizaciones -en no pocas ocasiones muy poderosas- en menoscabo de quienes son los genuinos titulares de los derechos fundamentales, es decir, las personas naturales; esos temores sólo podrán ser superados si se entienden las razones que justifican la extensión de los derechos a las entidades asociativas y las ventajas que con ella se consiguen”*¹¹³⁴.

h) Por último, para profundizar en la obviedad, que a veces parece olvidarse u ocultarse interesadamente, de que las personas físicas y las personas jurídicas constituyen realidades distintas, me gustaría enumerar, en este momento, tres cuestiones que considero claves para distinguir a ambas clases de personas¹¹³⁵. Tales elementos influirán, decisivamente, en la determinación del estatuto jurídico de las entidades imputadas, así como en el reconocimiento o no a las mismas de algunos de los derechos generalmente reconocidos a la persona humana en tanto que parte pasiva del proceso penal:

¹¹³¹ Resultan notables, en este sentido, los trabajos de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., pp. 135-152; Del mismo autor “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 153-180.

¹¹³² En este sentido, RAMRAJ, V.V., “Disentangling Corporate Criminal Liability...ob. cit., pp. 45, nota 60, en relación con la experiencia canadiense, señala que la equiparación de las personas físicas y de las personas jurídicas, en lo relativo a los principios penales y las garantías constitucionales, conduce a relajar los derechos de los individuos.

¹¹³³ La aclaración es mía.

¹¹³⁴ GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales...ob. cit., p. 53.

¹¹³⁵ Sobre esta cuestión, se profundizará en el apdo. 3.1 del presente epígrafe al tratar las diversas posturas doctrinales entorno al grado de equiparación exigible entre el estatuto jurídico de las personas físicas y las personas jurídicas coimputadas.

❖ Parece fuera de discusión que la dignidad humana, por definición, no resulta extensible a las personas jurídicas y, por lo tanto, aquellos derechos, o posibilidades de ejercicio de los mismos, que se fundamenten en ella, no podrán reconocerse o afirmarse en relación con los entes colectivos¹¹³⁶. En este sentido, no se puede ignorar la trascendencia de la dignidad humana como soporte de algunos de los derechos que se reconocen al sujeto pasivo del proceso penal en su condición de tal, lo que obstaculiza su atribución a la persona jurídica¹¹³⁷.

❖ En segundo lugar, se debe tomar en cuenta la corporeidad de las personas físicas que, evidentemente, no se puede predicar de los entes colectivos carentes de cuerpo y, por lo tanto, de existencia física y libertad deambulatoria. Este rasgo de las personas jurídicas condicionará cuestiones tales como el entendimiento del principio de inmediación o, más en general, la presencia física en juicio de la entidad. Como consecuencia de tal naturaleza incorpórea, se determina la forma en que los entes colectivos actúan en el tráfico jurídico y económico que, a su vez, condicionará el ejercicio de ciertos derechos, que requerirá de la intermediación de un representante, persona física. Este hecho elemental condicionará la forma en que las personas jurídicas delinquen, pero también su manera de declarar o de realizar alegaciones, el modo en el que colaborarán, en su caso, con la justicia, aportando pruebas o “confesando” los hechos, la forma en que prestarán su conformidad con la pena solicitada por la acusación, etc. En este contexto, el principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído y la consideración de la viva voz del acusado como elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio¹¹³⁸, deben ser objeto de necesaria matización, debido al desdoblamiento que se produce, en el caso de las personas jurídicas inculpadas entre quien declara, esto es, el representante, persona física, y el acusado, persona jurídica, al que *se atribuye o se imputa* como propia tal declaración. En definitiva, el hecho de que las personas jurídicas actúen, y por tanto ejerciten sus derechos, siempre a través de sus agentes, obliga a abordar el estudio del estatuto jurídico procesal del ente desde un prisma particular¹¹³⁹, convirtiéndolo en un tema inescindible del estatus procesal del representante del ente en el proceso.

❖ Por otra parte, aunque en cierto modo derivado del punto anterior, la imposibilidad de imponer una pena privativa de libertad a las personas jurídicas,

¹¹³⁶ En este sentido, afirma BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astera, Buenos Aires, 1991, p. 72, que “*para hablar de dignidad del hombre hay que admitir que ella es inherente a su ser, a su esencia, a su naturaleza*”, añadiendo además que “*quien no “es” hombre (ausencia ontológica de ser) no puede resistir el predicado de la dignidad*”; Sobre la dignidad como valor básico, se puede ver PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 318 y ss.

¹¹³⁷ GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales...ob. cit., p. 81.

¹¹³⁸ En este sentido, el principio de que nadie pueda ser condenado sin ser oído, a través de una audiencia personal que puede separarse de la asistencia letrada, dándole todo el valor que por sí misma le corresponde y la viva voz del acusado, como elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio, fueron considerados la raíz profunda de derecho a la última palabra en la STC 181/1994, de 20 de junio, F. J. 3º.

¹¹³⁹ Así lo observa GÓMEZ COLOMER J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., pp. 207-208.

siendo esta sanción la más grave que, de ordinario, un Estado puede acordar contra sus ciudadanos, ha llevado a afirmar que el Derecho Penal de las personas jurídicas “*es derecho penal pero menos*”, resultando más similar al Derecho Administrativo sancionador¹¹⁴⁰. En esta línea, se argumenta que los bienes jurídicos que se afectan al penar a una persona jurídica, son de menor valor que los que podrían resultar afectados en los casos de condena a una persona física, señaladamente, su libertad deambulatoria. Así pues, cabe recordar en este punto que las personas jurídicas son entes “*sin cuerpo que golpear ni alma que condenar*”¹¹⁴¹. Sin embargo, no se puede dejar de señalar que, un sector doctrinal emplea el argumento de la penalidad, precisamente, para justificar una equiparación absoluta de las personas físicas y las personas jurídicas en términos de derechos y garantías, sosteniendo que la gravedad de las sanciones previstas para los entes colectivos, que pueden llegar a suponer la muerte jurídica de la entidad a través de su disolución, aconsejaría tal parificación¹¹⁴².

En definitiva, y como recapitulación de lo dicho hasta el momento, cabe afirmar que no será posible negarles a las personas jurídicas aquellos derechos que se reconocen en tanto que sujetos potencialmente infractores y sujetos pasivos del proceso penal, ya que la posición que pasan a ocupar como imputadas en el proceso las hace acreedoras de las protecciones vinculada a tal condición, que garantizan la consecución de un proceso justo y con todas las garantías. Sin embargo, aquellos otros derechos que se fundamentan en la dignidad humana o en características o valores exclusivos de las personas físicas, deberían ser privativos de estas últimas, a riesgo de desnaturalizarlos, al mutar su fundamento¹¹⁴³. Ahora bien, en la práctica, no será fácil discernir cuando un determinado derecho se reconoce en calidad de sujeto pasivo del proceso y cuando en atención a la calidad de persona humana del sujeto inculcado. Sobre todo, porque, como se indicó al inicio de este epígrafe, la configuración de un estatuto jurídico propio para la parte pasiva de la pretensión penal se ha venido fraguando, a lo largo de la historia, con la vista puesta en las relaciones Estado-individuo, siendo tal individuo, en una

¹¹⁴⁰ En este sentido, se pronuncia DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 725 y 728, para quien las diferencias entre una sanción penal y una sanción administrativa son mucho menores, en el caso de las personas jurídicas que en el caso de las personas física, entre otras cosas porque, incluso para el caso de la multa, la responsabilidad personal subsidiaria sólo se aplica a las personas físicas.

¹¹⁴¹ Esta expresión se atribuye a BARON THURLOW, E., quien, originariamente, afirmó lo siguiente: “*Corporations have neither bodies to be punished, nor souls to be condemned; they therefore do as they like*”. Esta expresión fue citada en POYNDER, J., *Literary Extracts from english and other Works collecting during half a century together with some original matter*, John Hatchard & Son, Londres, 1844, vol. 1, p. 268; Posteriormente, esta expresión ha sido empleada en numerosas publicaciones sobre la responsabilidad penal de las corporaciones, como por ejemplo, en COFFEE, J. C., “*No Soul to Damn: No Body to Kick*”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, *Michigan Law Review*, vol. 79, núm. 3, 1981, pp. 386-459, con lo que se ha ido popularizando.

¹¹⁴² En esta línea, afirma NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las...ob. cit.*, p. 26, que, en lo concerniente al proceso penal, personas físicas y jurídicas deben gozar de idénticos derechos, en tanto que, si las personas jurídicas pueden ser sometidas a penas graves y a medidas cautelares, resulta inexorable y urgente la regulación de un régimen procesal que incorpore normas de adecuación del proceso penal a la realidad actual de imputación de entes colectivos, en las que se articule la personación de éstos en calidad de imputados, desplegando todo el arsenal garantista desde el inicio del procedimiento.

¹¹⁴³ Cfr. NEIRA PENA, A. M^a., “La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 21, n^o 1, 2014, pp. 157-201.

concepción liberal clásica, la persona humana.

Otro aspecto que resulta relevante en la determinación de la posición de la persona jurídica como titular de derechos es la concepción teórica o filosófica que se asuma en torno a su naturaleza. Las teorías que se han esgrimido a lo largo de los años sobre la naturaleza de la persona jurídica podrían ser objeto de un estudio independiente, por lo que, por razones de espacio y tiempo, no serán abordadas en esta tesis en mayor medida de la estrictamente necesaria¹¹⁴⁴. Podrían referirse aquí, sumariamente, tres teorías distintas que se aproximan desde perspectivas diferentes a la persona jurídica. En primer lugar, estaría la teoría de la concesión que entiende que las corporaciones son entidades artificiales o ficticias creadas por el Derecho¹¹⁴⁵. En segundo lugar, la teoría contractualista que considera que la corporación es una entidad fruto del acuerdo entre sus accionistas y que, por lo tanto, constituye un agregado de los intereses de éstos. Y en tercer lugar, estaría la teoría naturalista o realista que comprende a la corporación como una entidad real, preexistente al Derecho positivo, el cual se limita a reconocerla como tal, y cuyos agentes son vistos como órganos de ese cuerpo jurídico complejo¹¹⁴⁶.

Sin menospreciar la importancia de tales teorías para la finalidad aquí pretendida, que no es otra que la de determinar el estatuto jurídico de una entidad colectiva que asume la posición de parte pasiva del proceso penal, en mi opinión, más interesante, si cabe, sería llamar la atención sobre tres dicotomías que se esconden detrás de las indicadas corrientes teóricas, así como detrás de muchas de las argumentaciones que se realizarán posteriormente, al analizar la posibilidad de extender cada uno de los derechos procesales controvertidos a las personas jurídicas imputadas¹¹⁴⁷. Una de ellas es la

¹¹⁴⁴ Una breve, pero clarificadora, exposición sobre las distintas teorías acerca del concepto o la esencia de las personas jurídicas puede verse en CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 44-61. El autor distingue la teoría de la ficción, la teoría orgánica y las teorías sobre la función de la persona jurídica, entre las que se contarían la concepción formalista, la concepción normativista y la concepción institucional.

¹¹⁴⁵ La Corte Suprema de EE. UU. sigue la teoría de la concesión, según la cual, las corporaciones, en tanto que personas artificiales creadas por la ley, sólo poseerían las atribuciones prescritas legalmente *Paul v. Virginia*, 80 U.S. (8 Wall.) 168, 177 (1868). En aplicación de esta teoría, la Corte sostiene que las corporaciones no tienen los mismos derechos constitucionales criminales que los individuos, ni pueden reclamarlos en la misma medida ni con el mismo grado de protección que los acusados individuales. Así pues, según la jurisprudencia de la Corte el ámbito de protección de las corporaciones depende del equilibrio entre el efecto que el reconocimiento del derecho tendría en la capacidad del Estado para actuar las leyes, frente a la posibilidad de que, ausente tal protección constitucional, el Estado abusara de su poder injustamente para condenar y sancionar a los acusados corporativos. Se trata de una visión pragmática o utilitarista, sobre la que se volverá posteriormente pero que, en todo caso, hunde sus raíces y se justifica tan sólo desde la teoría de la concesión y el consiguiente entendimiento de las personas jurídicas como creaciones del Estado. En una línea similar, se ha pronunciado, en ocasiones, nuestros TC afirmando que “no existe una necesaria equiparación entre personas físicas y jurídicas. Siendo éstas una creación del Derecho, corresponde al ordenamiento jurídico delimitar su campo de actuación fijando los límites concretos y específicos, y determinar, en su caso, si una concreta actividad puede ser desarrollada en un plano de igualdad por personas tanto físicas como jurídicas” (STC 23/1989, de 2 de febrero).

¹¹⁴⁶ TOLLEFSON, C., “Corporate Constitutional Rights and the Supreme Court of Canada”, *Queen's Law Journal*, vol. 19, 1993, pp. 309-349, pp. 313-319; CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 44-51.

¹¹⁴⁷ Las tres dicotomías que se referirán a continuación, así como las diversas teorías sobre la naturaleza de las personas jurídicas ya apuntadas, son expuestas por TOLLEFSON, C., “Corporate Constitutional Rights...ob. cit., pp. 319-320, precisamente, en atención a que las mismas se encuentran ocultas bajo la

distinción entre entender a las personas jurídicas como entidades reales, tal y como sostiene la teoría de la realidad, tradicionalmente atribuida a GIERKE o ficticias, según la teoría de la ficción de SAVIGNY. La discusión radica en determinar si las personas jurídicas son simplemente ficciones útiles o si, por el contrario, cuentan con una existencia metafísica más allá del Derecho positivo. La segunda de tales dicotomías se plantea entre el entendimiento de la persona jurídica como un agregado de los intereses individuales de sus socios o como entidad independiente, con una existencia y unos intereses propios y distintos de los de sus miembros. En tercer y último lugar, estaría la dicotomía entre una visión pública o privada de las personas jurídicas, es decir, entre una visión que las concibe como creaciones del Estado, y que, por lo tanto, entiende sus derechos como concesiones estatales, frente a otra visión eminentemente privada de su existencia, que las considera espacios de libertad frente al Estado¹¹⁴⁸ y, por lo tanto, escépticas, cuando no abiertamente hostiles, a la regulación estatal. Aunque estas cuestiones puede parecer de corte más bien sociológico o político, no hay que olvidar que, las decisiones fundamentales a tomar sobre el modo de configurar el proceso penal son, así mismo, de carácter político y se refieren al núcleo duro de las relaciones entre el individuo y el Estado¹¹⁴⁹.

Por otra parte, resulta importante constatar que las teorías elaboradas manifiestan o sirven a fines político-económicos concretos de cada momento histórico¹¹⁵⁰. En este sentido, cabe señalar que, en las distintas nociones de persona jurídica, así como en el debate sobre la extensión a las mismas de ciertos derechos fundamentales, subyace la cuestión de las relaciones entre el Estado y el mercado¹¹⁵¹. Es decir, en qué medida es legítima la intervención estatal en el control y la regulación de las corporaciones, como agentes económicos. Desde este punto de vista, existe una concepción de las organizaciones como garantía de las libertades individuales frente a la posible tiranía del Estado. Sin embargo, desde otra perspectiva, el control estatal sobre las corporaciones puede resultar muy útil para evitar los abusos de las mismas sobre los individuos, titulares primigenios de los derechos humanos, así como para limitar su enorme poder económico, controlando su actividad, en vista del gran potencial lesivo que representan para la colectividad¹¹⁵².

superficie de los debates relativos al reconocimiento o la negación de los derechos cuya titularidad postula la persona jurídica sujeta a un proceso penal.

¹¹⁴⁸ En esta visión se encuadraría, por ejemplo, la afirmación de JELLINEK, G., *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpresión de la 2ª ed., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Tübinga, 1905, p. 258, citado por GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales...ob. cit., p. 67, según la cual en todo cuanto la persona jurídica requiere para la consecución de sus fines una libertad de acción, que no tenga como presupuesto una individualidad psíquica, le debe ser reconocida, como consecuencia de su individualidad y al igual que a los individuos, una esfera libre de la coacción del Estado.

¹¹⁴⁹ MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad...ob. cit., p. 22*; Resulta ineludible, en este punto, la célebre afirmación de GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos...ob. cit., p. 67*, según la cual, “se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”.

¹¹⁵⁰ En este sentido, afirma CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones...ob. cit., p. 43* que, aun cuando las teorías se presentan con visos de generalidad, muchas veces se orientan a potenciar o reprimir un tipo de persona jurídica concreta.

¹¹⁵¹ TOLLEFSON, C., “Corporate Constitutional Rights...ob. cit., p. 348, quien llama la atención sobre el hecho de que el reconocimiento a las personas jurídicas de los derechos constitucionales surge normalmente de los intentos de las corporaciones de resistirse a las regulaciones sociales y económicas que pretenden reglar su actividad.

¹¹⁵² HILL, J., “Corporate Rights and Accountability...ob. cit., p. 139.

Una visión de las corporaciones como creaciones del Derecho, en la que el reconocimiento de derechos a las mismas se valore desde una dimensión pública, resulta menos hostil a la supervisión y control estatal de sus actividades. De tal forma que, además de excluir aquellos derechos que por razones de incompatibilidad no pueden ser atribuidos a la persona jurídica, también, a través de disposiciones legales expresas, podría condicionarse la extensión de otros derechos a las personas jurídicas por motivos de pura conveniencia política. Desde luego, el control de legitimidad de tales limitaciones legales tendrá que ser, en todo caso, más flexible que en relación con las personas naturales, si se parte de que a las personas jurídicas no les corresponden los derechos de forma natural o apriorística. Así, las personas jurídicas, podrán ver su libertad limitada por las leyes en mayor medida que las personas naturales y cabrán mayores injerencias en actos jurídicos tales como su constitución, disolución u organización que (haciendo un símil antropomórfico, con la única función de subrayar la ontológica diferencia existente entre ambas realidades) en hechos de relevancia jurídica como el nacimiento, la muerte, la personalidad o el modo de vida de un ser humano, acontecimientos sobre los que la intervención estatal debiera ser mínima o inexistente.

En todo caso, la determinación del estatuto jurídico procesal de la persona jurídica imputada es una cuestión compleja, que no puede recibir una solución genérica que abarque todos los derechos en juego, sino que se hace preciso analizar en qué medida cada uno de los derechos que corresponden al sujeto pasivo del proceso penal son susceptibles de extensión a las personas jurídicas, teniendo en cuenta la naturaleza de la entidad y el fundamento del derecho de que se trate, y valorando si concurren razones que justifiquen tal extensión y cuáles son las ventajas que se derivan de ella. En este sentido, el TC ha establecido que *“en nuestro ordenamiento constitucional, aun cuando no se explicita en los términos con que se proclama en los textos constitucionales de otros Estados, los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas nacionales en la medida en que, por su naturaleza, resulten aplicables a ellas”*¹¹⁵³. Por eso, admitiendo la existencia de un principio general de titularidad, es necesario determinar caso por caso qué derechos fundamentales pueden reconocerse a cada entidad organizativa, pues a diferencia de la persona individual, que es titular universal de los derechos fundamentales, la persona jurídica verá limitada su titularidad, tanto por su propia capacidad jurídica como, sobre todo, por la naturaleza del derecho en cuestión¹¹⁵⁴.

Al tratar el tema de la titularidad de los derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas, existen zonas claras, oscuras y grises. Nadie discute que la dignidad humana es exclusiva de las personas físicas, mientras que es generalmente admitido por nuestros Tribunales que derechos tales como la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, aunque con matices, son predicables también de las personas jurídicas, si bien puede ser necesario delimitar su ámbito de protección¹¹⁵⁵. Uno de los

¹¹⁵³ STC 23/1989, de 2 de febrero, F. J. 2º

¹¹⁵⁴ GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales...ob. cit., p. 104.

¹¹⁵⁵ En cuanto al derecho al secreto de las comunicaciones, véase, por todas, STS (Sala 2ª) núm. 579/1998, de 22 abril, RJ 1998/3811, F. J. 2º; En cuanto a la extensión de la titularidad del derecho a la

ejemplos que se suele poner como derechos que, indiscutiblemente, se atribuyen a los entes colectivos es el derecho fundamental a defender, ante los Tribunales, sus derechos e intereses en iguales condiciones y con los mismos medios de defensa que los individuos¹¹⁵⁶. Otros derechos como la intimidad¹¹⁵⁷ o el honor¹¹⁵⁸, cuya titularidad por parte de las personas jurídicas, podría resultar discutible, ya han sido objeto de pronunciamientos por parte del TC, que ha dejado zanjada la cuestión, mientras que, por ejemplo, la extensión, a las personas jurídicas, del derecho a la no autoincriminación es una cuestión controvertida, que aún no ha tenido una respuesta satisfactoria por parte de la jurisprudencia, ni encuentra una solución homogénea en el panorama comparado.

Sentadas las bases del subsiguiente análisis, y antes de proceder a examinar individualmente la posibilidad, conveniencia y/o necesidad de extender los derechos procesales tradicionalmente reconocidos al sujeto pasivo del proceso penal a las personas jurídicas encausadas, a continuación, se desarrollarán las dos posturas, aparentemente contradictorias, desde las que la doctrina científica ha abordado el tema de la equiparación entre persona física y persona jurídica en tanto que sujetos pasivos del proceso penal. Una postura mayoritaria aboga por la equiparación total o de máximos entre ambos sujetos, argumentando que su específica posición en el proceso justifica un estatuto jurídico único, mientras que, otra corriente doctrinal, se centra en su distinta naturaleza para justificar un trato desigual, o una equiparación tan sólo parcial, admitiendo excepciones o limitaciones en el reconocimiento de ciertos derechos procesales a las personas jurídicas inculpadas.

3.- Analogías y desemejanzas entre el estatuto jurídico procesal de las personas físicas y las personas jurídicas en su condición de sujetos pasivos del proceso penal

3.1.- Posturas doctrinales sobre la analogía entre el estatuto jurídico procesal del sujeto pasivo del proceso penal, persona física y persona jurídica.

En los EE. UU., en un momento inicial, las corporaciones intentaron negar su capacidad criminal usando su existencia corporativa como un escudo frente a la responsabilidad, afirmando que, aunque sus acciones podían violar la ley, la organización en sí misma no tenía intención para ello y, por lo tanto, no podía ser enjuiciada por falta del *mens rea*. Pero, cuando a finales del siglo XIX y principios del XX, triunfó la teoría de la realidad de la organización, según la cual la corporación tendría una existencia y una voluntad distinta y separada de la sus miembros, su defensa pasó a centrarse en que, siendo entidades reales, con una existencia similar a la de las personas naturales, deberían

inviolabilidad domiciliar a las personas jurídicas, véanse las SSTC 69/1999, de 26 abril; 10/2002, de 17 enero; (Sala Segunda) 54/2015, de 16 marzo, entre muchas otras.

¹¹⁵⁶ GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales...ob. cit., p. 101.

¹¹⁵⁷ El ATC 257/1985, de 17 de abril, F. J. 2º, negó la titularidad del derecho a la intimidad a las personas jurídicas.

¹¹⁵⁸ Sin embargo, el TC ha reconocido la titularidad por las personas jurídicas del derecho al honor en la STC 139/1995 de 26 septiembre, F. J. 4º.

serles reconocidos los mismos derechos constitucionales que a los individuos, y, en particular, los propios de la persona física imputada en un proceso penal¹¹⁵⁹. Sin embargo, la Corte Suprema americana rechazó tempranamente tal equiparación, entendiendo la corporación como una creación del Estado, que sólo disfrutaría de determinadas garantías, aunque nunca por derecho propio, sino por concesión estatal¹¹⁶⁰.

En España, como en general en la mayor parte de los países continentales, la posibilidad de imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas sólo se ha regulado recientemente. Ya sea como consecuencia de la novedad de la legislación, ya sea por los defectos de la regulación penal o por la tardanza en aprobarse una correlativa regulación procesal, lo cierto es que la responsabilidad penal de las personas jurídicas aún no ha producido demasiados frutos, siendo escasos, hasta el momento, los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto¹¹⁶¹. Por eso, a la espera de lo que, en el futuro, diga la jurisprudencia sobre el estatuto jurídico procesal que le corresponde a la persona jurídica imputada, la doctrina ha comenzado a aportar soluciones, pronunciándose la mayor parte de los autores a favor de una equiparación absoluta entre los derechos de la persona física y la persona jurídica, en tanto que ambos sujetos resulten objeto de una imputación penal.

Una gran parte de la doctrina propone extender todos los derechos y garantías de los que goza, generalmente, el sujeto pasivo del proceso penal a la persona jurídica, argumentando que todo inculpado ha de gozar de titularidad plena de tales derechos por mandato constitucional. Desde esta orientación, se asume que la extensión de los derechos y garantías procesales es la contrapartida ineludible de la introducción en nuestro Derecho de un auténtico régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas¹¹⁶², lo que implicaría reconocer que las personas jurídicas imputadas son titulares plenas de todos los derechos y garantías reconocidos, tanto en el art. 24 CE, como en los correspondientes textos normativos supranacionales¹¹⁶³, pues de otro modo el resultado sería inconstitucional¹¹⁶⁴. En la misma línea, VEGAS TORRES señala que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es una opción legal que, trasladada al ámbito del proceso, indudablemente, exige reconocerle todas las garantías previstas en el art. 24 CE¹¹⁶⁵. Igualmente, se ha sostenido que es posible y preciso que la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas, esté rodeada de las *mismas garantías* exigidas

¹¹⁵⁹ HENNING, P. J., "The conundrum of corporate criminal...ob. cit., pp. 810 y 813-814.

¹¹⁶⁰ El caso *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906) se basa en la teoría de la concesión para negar el derecho a no declarar a las personas jurídicas.

¹¹⁶¹ Algunas de las resoluciones que se han dictado hasta el momento fueron referidas en el apdo. 2.1 del epígrafe I del presente capítulo.

¹¹⁶² Entre otros, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...*ob. cit., p. 69; ECHARRI CASI, F. J., "Las personas jurídicas y su imputación..."ob. cit.; ALONSO GALLO, J., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit. p. 44.

¹¹⁶³ En particular, se hace referencia al art. 6 CEDH, al art. 14 PIDCP y a los arts. 47 a 50 CDFUE.

¹¹⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 67.

¹¹⁶⁵ MAZA MARTÍN, J. M., "Derechos de la persona jurídica imputada..."ob. cit.

para el enjuiciamiento de la responsabilidad individual¹¹⁶⁶, lo que ha de lograrse a través de la oportuna regulación procesal¹¹⁶⁷.

El criterio de la parificación total entre la persona física y la persona jurídica imputadas, parece ser, en términos generales, el que ha guiado al legislador que, en menos de una decena de artículos, ha reconocido, expresamente, a la entidad, el derecho a ser informada de los hechos que se le imputan (art. 119.1.c) LECrim), el derecho a la asistencia letrada, ya sea través de la designación de un abogado de confianza o designado de oficio (art. 119.1.a) LECrim), el derecho a estar presente durante las diligencias de investigación o durante la práctica de la prueba anticipada (art. 120 LECrim), el derecho a declarar, a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable (art. 409 bis LECrim), el derecho a ser oída de forma previa a la adopción de una medida cautelar (art. 544 quáter LECrim), el derecho a la inviolabilidad domiciliar (art. 554.4 LECrim), así como el derecho a ejercer la última palabra (art. 786 bis 1 LECrim). A mayor abundamiento, al introducirse la regulación en la LECrim, y no en una ley especial, se entiende que, en todo aquello no previsto expresamente para las personas jurídicas, resultarán de aplicación las disposiciones generales relativas al investigado, encausado o acusado.

El argumento es simple, e incluso podría ser calificado de simplista: si las personas jurídicas pueden ser objeto de imputación, deben gozar de derechos idénticos a los de cualquier encausado. La premisa fundamental de la que parte esa equiparación es que *“a igualdad de gravámenes y de cargas entre los inculcados, igualdad de derechos y garantías, sin distinción de su naturaleza, pues todos ellos pueden ser objeto del quebranto que la imputación en el seno del proceso penal conlleva”*¹¹⁶⁸. En la misma línea, se sostiene que el hecho de que la persona jurídica tenga la condición de imputada o de acusada significa que ha de tener todos los derechos que el ordenamiento anuda a tales posiciones procesales, lo que no significaría, únicamente, poder ejercer facultades en el marco del proceso penal, sino, de manera más amplia, ser titular y beneficiario de las garantías constitucionales y legales reconocida al sujeto pasivo del proceso penal¹¹⁶⁹. En la misma línea, apunta PÉREZ GIL que la persona jurídica imputada será titular en plenitud de las garantías de índole procesal contempladas en el art. 24 CE, tanto en lo relativo a la tutela judicial efectiva como al debido proceso¹¹⁷⁰.

La justificación de la referida equiparación gira, normalmente, en torno al derecho de defensa, como elemento legitimador de la imposición de las penas y del propio proceso penal. Se arguye, en este sentido, que *“a fin de no causar indefensión a las personas*

¹¹⁶⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación...* ob. cit., p. 69.

¹¹⁶⁷ ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas...* ob. cit., p. 219.

¹¹⁶⁸ ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...” ob. cit.; En el mismo sentido, apuesta por este traslado en bloque de las garantías CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7786, 30 de enero de 2012.

¹¹⁶⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 66.

¹¹⁷⁰ PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...” ob. cit., p. 389; Esto también había sido afirmado, por ROSADO IGLESIAS, G., *La titularidad de derechos...* ob. cit., pp. 159-160, antes y con independencia de la posibilidad de regularse la responsabilidad penal a las personas jurídicas, al tratar la legitimación de tales entidades para recurrir en amparo ante el TC.

*jurídicas imputadas, deben trasladarse a éstas en bloque, con las correspondientes matizaciones, el conjunto de garantías constitucionales y formales de las que las personas físicas resultan acreedoras en el seno del proceso penal, empezando por las reguladas en el art. 24 CE, bajo la denominación de tutela judicial efectiva, para garantizar así la presencia de aquéllas en el proceso penal, con una adecuada defensa y representación*¹¹⁷¹. Conuerdo con la opinión de que el derecho de defensa, inherente a la condición de sujeto pasivo del proceso penal, y el principio de contradicción, como presupuesto metodológico del ejercicio de aquel derecho, no deberían verse atenuados en ningún proceso penal, sin perjuicio de que, la naturaleza, humana o jurídica, de tal sujeto pueda obligar a adaptar las posibilidades de ejercicio de tales derechos y, por ende, a matizar su contenido concreto.

La idea que subyace a tal equiparación de máximos es que los derechos del art. 24 CE, así como los de los arts. 6 CEDH y 14 PIDCP, se atribuyen al sujeto pasivo del proceso penal en cuanto tal, por la relación de sujeción en la que se encuentran respecto del poder público, a los efectos de legitimar el proceso y la pena; y no a la persona física en cuanto individuo dotado de dignidad humana. En este sentido, se afirma que *“el hecho de que una persona jurídica sea sujeto pasivo del proceso penal la coloca en una relación muy singular con el poder público, que exige reconocerle justamente una serie de derechos y garantías sin los cuales no estarían legitimados la persecución y el posterior castigo”*¹¹⁷². Así mismo, en este punto, cabe traer a colación la doctrina del TEDH, que define la materia penal, desde una perspectiva material, sustrayendo tal determinación al legislador nacional, y anudando las garantías relativas al derecho a un proceso equitativo, previstas en el art. 6 CEDH, a la naturaleza sancionatoria del procedimiento¹¹⁷³, sin referirse, a tal efecto, a la naturaleza humana o corporativa del sujeto que, supuestamente, ha cometido la infracción. La idea fuerza es la misma, en todo proceso penal deben regir ciertas garantías, si bien, justo es reconocer que el TEDH no se ha pronunciado, específicamente, sobre la forma en qué debe garantizarse, a las personas jurídicas, su indiscutible derecho a un proceso justo o, según la terminología constitucional, a un proceso con todas las garantías.

Otra razón que aboga por una equiparación total entre el la persona física y la persona jurídica, en tanto que sujetos pasivos del proceso penal, se basa en que no puede haber

¹¹⁷¹ ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.

¹¹⁷² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 66-67.

¹¹⁷³ En este sentido, STEDH de 21 de febrero de 1984. Caso Öztürk c. República Federal Alemana, párrafos 49 y 50, se reafirma en la autonomía de la materia penal, pudiendo entender que, una infracción calificada como administrativa por un Estado Parte responde a dicha materia y, por lo tanto, se aplican los arts. 6 y 7 del Convenio, cuya efectividad no puede quedar sometida a la voluntad del Estado. Para ello se tiene en cuenta si el texto que define la materia se enmarca o no dentro el Derecho Penal según la técnica jurídica del Estado demandado; seguidamente, atendiendo al objeto y a los fines del art. 6, al sentido ordinario de sus términos y al Derecho de los Estados contratantes, hay que examinar la naturaleza de la infracción y la naturaleza y la gravedad de la sanción que se arriesga a sufrir el interesado; Sobre esta cuestión, se han pronunciado la doctrina italiana, entre otros, DI BITONTO, M. L., *Studi sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Scientifica, Napoli, 2012, pp. 57-58; VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...*ob. cit., p. 20, afirmando que la responsabilidad administrativa del ente dependiente del delito regulada en su ordenamiento, está incluida dentro de lo que el TEDH denomina materia penal, a pesar de que reciba la denominación formal de administrativa, y que, por lo tanto, le resultan de aplicación las garantías previstas en el art. 6 CEDH.

investigados o encausados de peor condición o con menos derechos que otros¹¹⁷⁴. En contra de este argumento, conviene recordar que, tal y como se refirió al inicio de este epígrafe, el argumento de la igualdad resulta difícilmente aplicable a realidades tan dispares como un ser humano y una persona jurídica. No obstante, no cabe dejar de advertir que la persona física y la persona jurídica pueden resultar coimputadas por los mismos hechos en el mismo procedimiento, y puede darse entre ellas un conflicto de intereses, con lo que otorgarles una protección desigual podría provocar ventajas de un sujeto frente al otro en relación con sus expectativas respecto de la sentencia, esto es, en relación con la situación jurídica dinámica que constituye el proceso¹¹⁷⁵. Ahora bien, dicho esto, es posible que tal situación potencial de desventaja deba ser asumida como una consecuencia lógica e ineludible de la sustancial desigualdad entre ambos sujetos, y aceptada como legítima, siempre que no conduzca a una situación de indefensión para la entidad.

Otro argumento sería el de la penalidad. En este sentido, se entiende que las personas jurídicas deben gozar de las mismas garantías que, en esta materia se reconocen a las personas físicas, máxime cuando el legislador en el art. 33.7 CP, al recoger el catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas, advierte que todas ellas tienen la consideración de graves¹¹⁷⁶. En este orden de ideas, se ha dicho también que la gravedad de las sanciones penales previstas para los delitos cometidos por las personas jurídicas, que pueden implicar, incluso, su muerte civil, debería ser argumento suficiente para afirmar la equivalencia de derechos con las personas naturales¹¹⁷⁷.

En definitiva, para este sector doctrinal, desde el momento en que el legislador atribuye a la persona jurídica la condición de sujeto pasivo del proceso penal, ha de reconocerle también el derecho de defensa y los derechos instrumentales que le acompañan, así como el resto de las garantías de las que goza la persona física en tal condición. El reconocimiento ha de realizarse en la misma extensión y medida que al sujeto individual y sin necesidad de analizar, individualmente, la necesidad de extender al sujeto corporativo cada uno de los derechos que integran el estatuto jurídico de la parte pasiva del proceso o, en su caso, partiendo de que las diferencias con la persona física deberían ser las mínimas e imprescindibles, sólo obligadas por la naturaleza de las cosas¹¹⁷⁸.

Sin embargo, es preciso constatar que, en ocasiones, el traslado en bloque de las garantías previstas para las personas físicas no es factible, y que es precisa una labor más compleja de adaptación. Se asume, por lo tanto, que los automatismos no funcionan bien en este ámbito y que pretender un trasvase automático del estatuto procesal de la persona física imputada a la persona jurídica implica desconocer la realidad¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁴ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 54; Del mismo autor *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 67.

¹¹⁷⁵ Este teoría sobre la naturaleza jurídica del proceso fue desarrollada por GOLDSCHMIDT, J., en el más famoso y discutido de sus libros *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Dcnkens (El proceso como situación jurídica: Crítica del pensamiento procesal)*, Berlín, Julius Springer, 1925.

¹¹⁷⁶ ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.

¹¹⁷⁷ MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el Derecho...ob. cit., p. 150.

¹¹⁷⁸ GÓMEZ COLOMER J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., p. 212.

¹¹⁷⁹ PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad...ob. cit., p. 586.

A mayor abundamiento, no cabe descartar, *a priori*, que ciertas garantías procesales sólo tengan sentido en razón de la condición de persona física del sujeto pasivo del proceso penal, por lo que será preciso analizar el fundamento y las posibilidades de ejercicio de cada una de ellos¹¹⁸⁰. En este sentido, un sector doctrinal minoritario, niega que la condición de investigada, encausada o acusada de la persona jurídica deba suponer una equiparación total de sus derechos con los de la persona física inculpada. En esta línea, se sostiene que entre la persona física y la persona jurídica hay diferencias sustanciales que justifican y aconsejan un tratamiento diferenciado de ambos sujetos. Tal disparidad reclama un juicio de compatibilidad de cada uno de los derechos y garantías procesales para decidir sobre su extensión a las personas jurídicas, sin que resulte recomendable su reconocimiento automático y acrítico. Así pues, para estos autores, muchas de las garantías y derechos que rigen en el proceso penal tienen como referente a la persona natural y no están pensadas para prescindir del componente humano para el que fueron concebidas¹¹⁸¹. Por este motivo, en ocasiones, su traslación mecánica a las personas jurídicas resulta problemática¹¹⁸².

En este punto, se hace preciso incidir, una vez más, en lo obvio: persona física y persona jurídica son realidades diversas. Como consecuencia de esa ontológica disparidad cabe reparar en que, aun cuando ocupen la misma posición en el marco del proceso, los derechos procesales, fundamentales o no, que se le deben reconocer a una entidad colectiva no tienen por qué ser los mismos, ni gozar del mismo nivel de protección que los de las personas físicas¹¹⁸³. Para justificar y delimitar esta postura, frente a otra más proclive a una concepción antropomórfica, ya se refirieron *ut supra* varios elementos que aquí sólo se apuntan a modo de recordatorio: la dignidad como valor exclusivamente humano, la falta de vida, corporeidad y libertad deambulatoria de las personas jurídicas, el distinto contenido de la libertad societaria y de la libertad personal, así como el hecho de que las personas jurídicas no actúan por sí mismas, sino que lo hacen a través de sus representantes. Esta última característica puede condicionar el reconocimiento de algunos derechos por su carácter personalísimo, además de influir, en términos generales, en la forma de ejercicio de todos los derechos de la entidad.

Como consecuencia de tales divergencias, se afirma que las garantías en lo nuclear han de ser las mismas, pero, en su desarrollo, no puede exagerarse la simetría porque existen diferencias radicales que no cabe desconocer¹¹⁸⁴. Por lo tanto, *“se debe desterrar la fácil tentación de proceder a un superficial mimetismo acrítico, que no profundice en el fundamento de cada previsión y que quiera aplicar a la persona jurídica imputada todo lo que rige para el acusado individual. Hay que destilar de las normas aplicables a la*

¹¹⁸⁰ En contra de tal posibilidad, señala la FGE, Circular 1/ 2011, p. 76, que ninguna de las garantías previstas en el art. 24 CE son exclusivas de las personas físicas. En este sentido, argumenta que la única excepción al reconocimiento de derechos procesales a las personas jurídicas imputadas se podría plantear respecto de aquellas garantías que solo tuvieran sentido en razón de la condición de persona física del imputado, pero que ninguna de las enunciadas en el art. 24 CE está concebida sobre esta premisa; El mismo criterio de exclusión emplea GASCÓN INCHAUSTI, *F Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 67.

¹¹⁸¹ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^o., “Representación y defensa de la persona jurídica...” ob. cit., p. 177

¹¹⁸² PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra...” ob. cit., p. 388.

¹¹⁸³ En esta línea, se pronuncia Disentangling Corporate Criminal Liability... ob. cit., p. 45, al afirmar que cabe mantener la responsabilidad penal de las personas jurídicas mientras se niega que éstas deban quedar sujetas a los mismos principios que rigen la responsabilidad penal de las personas naturales y sin que sus derechos constitucionales deban aplicarse con el mismo vigor.

¹¹⁸⁴ DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...” ob. cit., p. 728.

*persona física imputada lo que le es esencial o nuclear; lo que es el principio. De eso no se puede prescindir. Y separar lo que son consecuencias del principio que sólo tienen sentido en relación con las personas físicas*¹¹⁸⁵. Así pues, no cabe reconocer automáticamente todos los derechos constitucionales a las personas jurídicas sin reflexionar sobre la justificación de tal extensión.

En esta línea, DEL MORAL GARCÍA, como principal representante de esta postura, hace especial hincapié en las diferencias sustanciales que existen entre una persona física y una persona jurídica, centrando su argumentación en la cuestión de la penalidad¹¹⁸⁶. En este caso, el sistema sancionatorio de las personas jurídicas, le sirve al autor como fundamento de un trato diferencial de la persona física y de la persona jurídica, dado que, no estando en juego, en relación con la segunda, la libertad personal, de la que sólo son titulares las personas naturales, las garantías que corresponden a las personas morales en el proceso pueden verse atenuadas. En definitiva, la persona física se somete a un proceso que puede acabar con su privación de libertad, mientras que la persona jurídica no, lo cual, siempre según el citado autor, podría incidir en la intensidad con que se les reconocen ciertos derechos que, en el caso de personas jurídicas, podrían ser susceptibles de matización, pero que no admitirían la más mínima erosión en relación con las personas naturales¹¹⁸⁷. En una línea similar, se afirma que los argumentos para extender a las corporaciones los requerimientos derivados del “*due process of law*” son débiles, en tanto que las penas que cabe imponer a tales entes son típicamente monetarias por lo que, aunque puede ser precisa una cierta protección frente a los abusos del gobierno, ésta no tiene porqué ser sustancialmente distinta a la que se otorga en el marco de un procedimiento administrativo sancionador¹¹⁸⁸.

La cuestión que late en el fondo de la anterior disertación es si la libertad de un individuo y la libertad de una persona jurídica resultan bienes jurídicos comparables o no¹¹⁸⁹. Si bien es cierto, que para una persona jurídica, una condena puede tener consecuencia muy graves (tales como la afectación a su libertad de autoorganización, cuando se acuerde frente a ella una intervención judicial o, incluso, la expulsión del tráfico jurídico, si se ordena su disolución judicial) no es menos cierto que ninguno de

¹¹⁸⁵ *Idem.*, pp. 725-726.

¹¹⁸⁶ En opinión de DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 727-728, “*no es lo mismo solicitar una pena a una persona individual (pena que comportará una limitación de su libertad); que a una persona jurídica. No son lo mismo los derechos fundamentales de una persona física que los de una persona jurídica. Ni siquiera la multa es lo mismo: la multa a una persona individual lleva en sí indisolublemente anudada la posibilidad de convertirse en privación de libertad física. En una persona jurídica nunca*”.

¹¹⁸⁷ DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 730, nota 16.

¹¹⁸⁸ *Disentangling Corporate Criminal Liability...ob. cit.*, p. 51.

¹¹⁸⁹ Como señalan, MORENO CATENA, V., con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal...ob. cit.*, p. 274, “el término libertad es “multívoco”, polisémico, de modo que pueden comprenderse en él todo el cúmulo de atributos inherentes a la persona humana para su completa realización, entendidos según el estadio de la civilización y el modelo de sociedad en que actualmente vivimos”. Así pues, tomando como punto de partida esta reflexión, y considerando el estadio de la civilización y el modelo de la sociedad presente, es posible “actualizar” el término libertad hasta entenderlo, en sus justos términos y salvando las diferencias cualitativas existentes, aplicable también a entidades colectivas, entendidas como agrupaciones o grupos en los que se integran los individuos. Como base positiva de tal afirmación se debe señalar el art. 9.2 CE, según el cual, corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad de los grupos en que se integran los individuos sea real y efectiva.

los derechos en juego parece equiparable a la libertad deambulatoria de los individuos, de la que, evidentemente, carecen los entes transindividuales. Se observa, en este punto, como la argumentación sobre la penalidad, que antes se usaba para fundamentar una equiparación total entre personas físicas y jurídicas imputadas, atendiendo a la gravedad de las penas imponibles a unas y a otras, ahora es empleada para justificar ciertas diferencias de tratamiento entre ellas, por lo que se puede considerar como un argumento de doble filo.

Como ya se refirió previamente, tampoco en los EE. UU. se reconoce a las corporaciones un nivel de protección y derechos equiparable al de las personas físicas, negándose que, el mero hecho de resultar acusadas en un proceso, constituya fundamento suficiente para reconocerles las protecciones constitucionales previstas para los individuos sometidos a una persecución penal, rechazando, así, una concepción antropomórfica de las mismas¹¹⁹⁰. En este sentido, la Corte Suprema norteamericana argumenta que un reconocimiento total de las protecciones constitucionales a las corporaciones, caracterizadas por operar a través de diversos agentes y por ser capaces de transformarse, prácticamente, a su voluntad, les conferiría tanta protección que su persecución criminal podría verse excesivamente obstaculizada y, en muchos casos, frustrada. Tal argumentación se fundamenta en el estatus filosófico de las corporaciones, como criaturas creadas por la ley, y en la teoría de la concesión asumida por la Corte Suprema americana.

De tal concepción de las corporaciones, se deriva, consecuentemente, el hecho de que las mismas no gozan de garantías constitucionales por derecho propio, sino que es el Estado, como ente creador, quien decide qué derechos concederles y en qué medida. En este contexto, la pregunta que se plantean los autores estadounidenses es cuánta protección es apropiada para una corporación¹¹⁹¹. Para responder a tal cuestión, se parte de la premisa fundamental de que las corporaciones tienen un interés legítimo en protegerse frente a los posibles abusos del gobierno en el ejercicio de sus poderes de investigación, persecución y sanción, pero carecen de la dignidad humana que los derechos constitucionales también preservan. En este sentido, el razonamiento de la Corte Suprema americana consiste en comparar, por un lado, la posibilidad de abuso por parte del gobierno, ausente el reconocimiento de la garantía de que se trate, con los efectos, que se derivarían del reconocimiento de tal derecho, para la capacidad del gobierno de hacer cumplir la ley de forma efectiva¹¹⁹². Así pues, esta argumentación vendría a condicionar el reconocimiento de los derechos a la persona jurídica a la no obstaculización excesiva de la investigación criminal y a la suficiente disuasión para evitar que las autoridades de persecución penal incurran en abusos. Ahora bien, siendo esta la corriente dominante en Estados Unidos, es preciso advertir que, en el acervo jurídico europeo, la idea de las garantías como límites a los poderes del Estado se encuentra muy consolidada lo que, en principio, impediría limitar o restringir las garantías individuales y los derechos fundamentales por razones meramente utilitarista.

¹¹⁹⁰ HENNING, P. J., "The conundrum of corporate criminal...ob. cit., p. 797 y 821.

¹¹⁹¹ Ídem., p. 886.

¹¹⁹² HENNING, P. J., "The conundrum of corporate criminal...ob. cit., p. 801; Este razonamiento puede verse, en relación con el derecho a no autoincriminarse, en el caso *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 69-70 (1906).

3.2- Una conclusión de equilibrio a la cuestión del estatuto jurídico procesal de la persona jurídica imputada y su analogía con la persona física

En línea de principio, debo mostrar mi conformidad con la idea que expresa DEL MORAL GARCÍA sobre el rechazo de un *superficial mimetismo acrítico, que no profundice en el fundamento de cada previsión*¹¹⁹³, si bien, considero que la necesidad de garantizar a las personas jurídicas un adecuado nivel de garantías, debe pasar por realizar un esfuerzo interpretativo, en el sentido de indagar sobre los diversos fundamentos y posibilidades de ejercicio de cada derecho procesal, para determinar si resultan compatibles con la naturaleza de la persona jurídica y si resulta conveniente y justificada su extensión a este nuevo sujeto pasivo del proceso penal. En este sentido, el traslado en bloque de las garantías del individuo inculpado, proclamado, entre otros, por ECHARRI CASI¹¹⁹⁴, puede resultar demasiado simplista, dado que ciertas garantías pueden precisar de limitaciones o reinterpretaciones a la luz de este nueva parte pasiva del proceso penal carente de corporeidad física y de dignidad humana.

Por otra parte, cabe señalar que, en ciertos casos, un mimetismo absoluto entre persona física y jurídica, por ejemplo, en relación con la obligación de estar presente en el proceso, no aporta mayores garantías para la entidad y puede complicar innecesariamente el proceso¹¹⁹⁵. Ello no obsta para que, en relación con ciertos derechos procesales, el ámbito de protección de ambas clases de personas deba ser sustancialmente idéntico, precisamente, por tratarse de derechos o garantías inherentes a la condición de sujeto pasivo del proceso penal y, por lo tanto, no privativos de la persona física o, en su caso, principios estructurales del proceso¹¹⁹⁶. No obstante, incluso en tal caso, puede ser necesario realizar un esfuerzo exegético para posibilitar su ejercicio por parte de sujetos incorpóreos. Esta reflexión se refiere, aunque no de forma exclusiva, particularmente al derecho de defensa, derecho complejo, en tanto que integrado por un conjunto de derechos y garantías instrumentales al mismo, y cuyo respeto escrupuloso es *conditio sine qua non* del derecho a un proceso con todas las garantías, pero que, por ejemplo, en su faceta de autodefensa, deberá ser matizado ante la imposibilidad de que las personas jurídicas actúen por sí mismas.

En este punto, cabe recordar que las garantías procesales han sido configuradas para su aplicación a las personas naturales, dado que, hasta hace poco tiempo, eran los únicos sujetos pasivos del proceso penal, con lo que, en ocasiones, ciertas matizaciones y/o adaptaciones resultan imprescindibles para extenderlas a las personas jurídicas, así como para posibilitar su efectivo ejercicio por parte de las mismas. No se puede ignorar que, en relación con ciertos derechos y garantías, variará, sino su contenido, su forma de ejercicio, que deberá materializarse a través de una persona física, en tanto que representante de la persona jurídica inculpada¹¹⁹⁷. En este sentido, es preciso advertir

¹¹⁹³ DEL MORAL GARCÍA, A., "Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 725-726.

¹¹⁹⁴ ECHARRI CASI, F. J., "Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.

¹¹⁹⁵ DEL MORAL GARCÍA, A., "Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 760.

¹¹⁹⁶ Estos principios inherentes a la estructura del proceso serían, según GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal...*ob. cit., pp. 181-187, los de contradicción e igualdad.

¹¹⁹⁷ GASCÓN ICHAUSTI, F., "Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 55; GASCÓN ICHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 68, que señala a modo de ejemplo, los actos de

que la adaptación de un modelo procesal de estructura marcadamente antropomórfica a un sujeto desprovisto de dimensión física y, por tanto, incapaz de ejercitar por sí mismo la propia autodefensa, precisa, no sólo de la equiparación abstracta del ente a la persona física imputada, sino también de su participación en el proceso a través de un representante¹¹⁹⁸.

En definitiva, como un trasvase automático de las garantías procesales previstas para la persona física no es posible ni aconsejable, será necesario someter el reconocimiento de los derechos procesales, para este nuevo sujeto pasivo del proceso penal, a un juicio particular de compatibilidad. Es evidente que la situación de sujeción de la persona jurídica al proceso exige respetar los principios de igualdad de armas y de contradicción, que se erigen como presupuestos para el ejercicio efectivo del derecho de defensa y, por ende, de la consecución de un juicio justo¹¹⁹⁹. En definitiva, debe garantizarse a la entidad un equilibrio frente a la acusación que le permita defenderse de forma eficaz y que asegure que su eventual condena se dicta tras la celebración de un proceso justo y celebrado con todas las garantías. Sin embargo, tratándose de una cuestión de equilibrios entre los medios y posibilidades de ataque y defensa, y no pudiendo afirmarse, en línea de principio, que la posición de partida de la entidad sea idéntica a la del individuo, la igualdad entre la acusación y la defensa no requiere, necesariamente, que el estatuto jurídico de la persona jurídica y de la persona física sean idénticos.

A mayor abundamiento, se debe atender a las previsiones legales específicas referidas al enjuiciamiento de las personas jurídicas, que pueden establecer, por ley, diferencias de tratamiento entre las personas físicas y las personas jurídicas¹²⁰⁰. En orden a valorar la legitimidad de las especificidades que la regulación pueda establecer en relación con el estatuto jurídico de las personas jurídicas frente al de las personas físicas hay que tener cuenta los argumentos *ut supra* señalados que se podrían resumir en la siguiente máxima: *siendo las personas jurídicas y las personas físicas realidades disímiles su estatuto jurídico procesal no tiene por qué ser idéntico, si bien ambas deberán poder defenderse de forma efectiva en un proceso basado en los principios de contradicción e igualdad de armas, que, ajustándose a sus características específicas, responda a las exigencias del proceso equitativo o con todas las garantías.*

Cumple recordar, en este punto, que la esencial diferencia ontológica entre las personas físicas y las jurídicas permite aproximaciones legales diversas en cuanto a su tratamiento procesal, si bien, una aproximación puramente instrumental, que entienda a

alegación y prueba, la presencia de ciertas actuaciones en el proceso o el modo de recepción de la información relativa al proceso.

¹¹⁹⁸ Cfr. GIGLIOLI, M., "Il procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni...ob. cit., p. 610.

¹¹⁹⁹ Los principios de audiencia e igualdad han sido denominados por DE LA OLIVA SANTOS como principios jurídico-naturales que no pueden dejar de informar la legislación y la realidad procesales. Así pues, merecen el nombre de principios por su carácter genuinamente originario y fundamental y se califican de jurídico-naturales porque no obedecen a consideraciones de conveniencia, sino a razones elementales de justicia, perceptibles como tales por cualquier persona no deshumanizada (en DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S; HINOJOSA SEGOVIA, R., et al. *Derecho procesal penal*...ob. cit., p. 51).

¹²⁰⁰ GIARDA, A., "Societas delinquere potest...ob. cit., p. 186.

la persona jurídica como un mero objeto de prueba, y no como un auténtico sujeto de derechos, resulta desatinada. Desde este posicionamiento, las exigencias de un proceso justo y con todas las garantías, junto con la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE que consagra el modelo de economía de mercado¹²⁰¹, y el derecho de asociación, que se reconoce como derecho fundamental en el art. 22 CE, impedirían someter a una persona jurídica a un juicio criminal, pudiendo condenarla con privaciones de bienes o derechos, e incluso con su definitiva expulsión del tráfico jurídico, sin darle, como contrapartida, el derecho a defenderse, con armas y posibilidades de actuación análogas, aunque no necesariamente idénticas, a las de cualquier sujeto pasivo del proceso penal.

En definitiva, como se ha intentado poner de manifiesto, la falta de dignidad humana y de corporeidad, así como la actuación de las personas jurídicas a través de sus agentes o representantes tiene, sin duda, importantes implicaciones en el análisis sobre la posibilidad de extender ciertos derechos a las personas jurídicas, así como en el modo de ejercicio de los mismos por parte de los entes colectivos. Además, es posible que ciertos derechos, encuentren su fundamento en la dignidad, en la libertad personal o en otros valores reconocido, exclusivamente, en atención a la condición humana del sujeto pasivo del proceso penal y no, meramente, a su posición en el proceso. Sin embargo, no cabe duda de que la imputación y posterior sanción penal a la persona jurídica es susceptible de lesionar intereses de la misma, dignos de protección, tales como su honor, su capacidad competitiva o su patrimonio e, incluso, de impedir la realización de los fines que motivaron su creación, afectando, mediatamente, a la dignidad humana en su dimensión social o colectiva¹²⁰².

4.- Determinación de los derechos procesales que le corresponderían a la persona jurídica en su condición de parte pasiva del proceso penal

En línea con la conclusión del apdo. anterior, a continuación, es preciso realizar un análisis individualizado de cada uno de los derechos que se reconocen, generalmente, al sujeto pasivo del proceso penal, en orden a determinar en qué medida su extensión a las personas jurídicas es posible, está justificada y resulta conveniente y, en su caso, de qué forma podrían ser ejercitados por las mismas.

¹²⁰¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; ALFARO AGUILA-REAL, J., “Artículo 38”, en AA.VV., M^a. E., Casas Bahamonde; M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Dirs.); M. Pérez Manzano; I. Borrajo Iniesta (coords.), *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 980-1000, p. 980.

¹²⁰² SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8415, 6 de noviembre de 2014.

4.1.- El derecho de defensa

Como ya se advirtió en el apdo. precedente, el derecho de defensa ha de ser garantizado a todo investigado o encausado, ya sea persona física o jurídica, precisamente por tratarse de un derecho cuyo respeto escrupuloso es *conditio sine qua non* del derecho a un proceso con todas las garantías, del cual, a su vez, se derivan principios estructurales del proceso, tales como el de contradicción y el de igualdad de armas¹²⁰³, y que, por lo tanto, se reconoce en atención a la condición de sujeto pasivo del proceso penal y no a la de persona física. Por otra parte, el derecho de defensa es inherente a la condición de imputado, investigado o encausado según la nueva terminología legal. La relación entre aquel derecho fundamental y la referida posición procesal es tal que aquel se erige en un elemento definitorio de ésta. En ese sentido, se afirma que el “imputado”, por definición, es el titular del derecho de defensa y que, precisamente, en tal condición, se le atribuyen las garantías de defensa¹²⁰⁴.

Se trata de un derecho de contenido complejo, cuyos presupuestos serían la contradicción y el derecho a ser informado de la acusación, mientras que sus principales instrumentos serían el derecho a la asistencia técnica de un abogado, el derecho a la prueba como medio para combatir la acusación y derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable¹²⁰⁵. Si bien, algunos de tales derechos serán analizados autónomamente, esta reflexión pone de manifiesto la centralidad del derecho de defensa que, entendido en sentido amplio, integraría otras garantías procesales básicas del sujeto pasivo del proceso penal¹²⁰⁶. Se afirma, en este sentido, que “*los derechos de defensa se perfilan como fundamentales, indispensables para una recta Administración de Justicia*”¹²⁰⁷.

Así pues, el primer argumento para justificar la extensión de este derecho a las personas jurídicas es su íntima conexión con el derecho a un proceso equitativo o con todas las garantías. En este sentido, la contradicción, la igualdad de armas y la proscripción

¹²⁰³ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 181-187; Sobre la consagración en el proceso penal de estos principios, véase, del mismo autor *Derecho Procesal Penal...* ob. cit., pp. 110-111.

¹²⁰⁴ En este sentido, afirma LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I... ob. cit., p. 1234, que “*precisamente por ser imputado se establecen las garantías de la defensa. Y hay garantías de defensa porque el procedimiento se dirige contra él*”.

¹²⁰⁵ FERREIRO BAAMONDE, X. X., “El imputado”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, Chile, año 7, 2000, pp. 169-196, pp. 187-188.

¹²⁰⁶ Así pues, tal y como afirma MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso...* ob. cit., pp. 24-25, “*el derecho de defensa se instrumentaliza o se articula en una serie de derechos que la legislación ordinaria reconoce al imputado y que son también proclamados por la Constitución, precisamente como derechos fundamentales de la persona (artículo 24.2); gozan, por tanto, y como natural consecuencia de este encuadramiento y consideración en el texto constitucional, de tutela privilegiada o especial, tanto ante los órganos integrantes del Poder Judicial como a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (...)*”. Junto al derecho contradictorio, al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa o a no declarar contra sí mismo, el ordenamiento reconoce al imputado el derecho a hacerse asistir de un defensor de su elección o a que se le nombre de oficio. “*Por lo tanto, el derecho a la “asistencia de letrado”, como dice la Constitución no es más que una de las manifestaciones en que se aparece y se realiza el inviolable y fundamental derecho a la defensa*”.

¹²⁰⁷ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Introducción al Derecho Procesal. (Abogacía y Proceso)*, 5º ed., Forum, Oviedo, 1999, p. 149.

constitucional de que en ningún proceso se produzca indefensión abogan por un reconocimiento amplio de la titularidad del derecho de defensa. Cabe afirmar, por lo tanto, que el derecho de defensa, junto con algunos de los derechos y principios que se vinculan al mismo, constituye un elemento estructural del proceso. Así pues, para asegurar la efectiva realización de los principios de igualdad de las partes y de contradicción, que imponen a los órganos judiciales el deber positivo de evitar desequilibrios entre las partes, o limitaciones en el derecho de defensa que puedan generar indefensión prohibida por la Constitución, debe darse a la persona jurídica imputada la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga y de proteger procesalmente sus intereses, ya sea por sí misma, ya sea a través de su letrado¹²⁰⁸. En definitiva, debe reconocerse a la persona jurídica como titular plena del derecho de defensa.

Hasta tal punto son esenciales el derecho de defensa y los principios estructurales del proceso, que le sirven de presupuesto, que se ha llegado a argumentar que sin ellos no existe un verdadero proceso¹²⁰⁹. Así pues, tal y como afirma tajantemente ASECIO MELLADO, sin un imputado en pie de igualdad con el acusador no hay proceso. *Sólo se podrá hablar de una suerte de expediente, sin garantía alguna de hallar a su través la “verdad material” y sin sintonía con los derechos y libertades consagrados en el texto constitucional*¹²¹⁰.

En la misma línea, hay que advertir que, en orden a preservar el carácter acusatorio del proceso penal, es necesario que el presunto reo sea tratado como un sujeto y no como un mero objeto. En este sentido, en el procedimiento inquisitivo, el inculpado era un simple objeto procesal y, por lo tanto, un elemento más de investigación, carente de todo derecho¹²¹¹. Por el contrario, en el proceso actual, el sujeto pasivo del proceso penal debe ser tratado como sujeto de derechos y no como mero objeto de investigación¹²¹². Por eso, aunque puede resultar legítimo incentivar a la persona jurídica para que colabore con la justicia, tal colaboración debe ser siempre entendida como una estrategia defensiva del sujeto pasivo que, libre y voluntariamente decida cooperar en el descubrimiento del delito¹²¹³. Desde este punto de vista, resulta preocupante la concepción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como instrumento de

¹²⁰⁸ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^o., “Representación y defensa de la persona jurídica...ob. cit., p. 178-179.

¹²⁰⁹ En este punto, parece oportuno traer a colación las palabras de MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 73., cuando dice que el denominado “proceso inquisitivo” nunca fue un verdadero proceso. En este sentido, el citado autor argumenta que si el proceso se identifica de modo esencial con la comparecencia de dos partes situadas en pie de igualdad y con plena contradicción ante un tercero, independiente e imparcial, que tutele un derecho actuando el Derecho objetivo, algunos de los caracteres que suelen indicarse como propios del sistema inquisitivo llevan, ineludiblemente, a la conclusión de que ese sistema no puede permitir la existencia de un verdadero proceso.

¹²¹⁰ ASECIO MELLADO, J. M^o., “El imputado en el proceso penal...ob. cit., p. 62.

¹²¹¹ Ídem., p. 63.

¹²¹² LÓPEZ YAGÜES, V., “La condición de imputado en el proceso...ob. cit., p. 20.

¹²¹³ En este sentido, afirma VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado*...ob. cit., pp. 218-219, afirma que la CE, en su aspecto positivo, proclama el derecho a intervenir en el proceso con todas las garantías y, en su aspecto negativo, el derecho a no colaborar en ese proceso en el que es imputado, pudiendo estar motivado el no ejercicio del derecho a no colaborar por razones de estrategia defensiva para demostrar su inocencia, para atenuar o disminuir su responsabilidad o para conseguir un trato más favorable mostrando un comportamiento humano y ético.

política criminal, al servicio de las autoridades de investigación y persecución penal, con los peligros que ello entraña desde la perspectiva de la limitación del derecho de defensa, que puede llegar, incluso, a verse anulado. De hecho, concebir la responsabilidad penal de las personas jurídicas como un instrumento para forzar la cooperación de las entidades en la investigación de los delitos o en la determinación de los responsables individuales, como vienen ocurriendo en los Estados Unidos, entraña un elevado riesgo de perversión del sistema procesal penal en su conjunto que podría, incluso, llegar a producir una relajación de las garantías de los individuos.

A mayor abundamiento, vale la pena recordar la dimensión pública del derecho de defensa que justifica su carácter irrenunciable y pone de manifiesto su centralidad como elemento cardinal del proceso. Así pues, el proceso penal tiene un carácter eminentemente público, en tanto que en él está implicada la sociedad entera y las decisiones judiciales, no sólo afectan al sujeto pasivo del proceso, sino que se extienden a toda la colectividad. Solamente desde tal consideración de la justicia penal puede comprenderse la importancia de la defensa del presunto reo, que se lleva a cabo, aun contra su propia voluntad, ya que defendiéndole a él se defienden, al mismo tiempo, los intereses de la sociedad y la justicia¹²¹⁴. Por este motivo, el órgano jurisdiccional tiene el deber concreto de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa en cada una de las instancias que componen el proceso, velando por que se respete la necesaria contradicción e igualdad entre las partes, como principios legitimadores de la eventual condena¹²¹⁵.

Comprobada la justificación y la necesidad de extender a la persona jurídica imputada, la titularidad, en abstracto, del derecho de defensa, cabe diferenciar las dos facetas que integran este derecho, la autodefensa y la defensa técnica, para determinar si ambas son compatibles con la naturaleza de las personas jurídicas y, en su caso, cómo podrían ser ejercitadas por el ente colectivo. Así, la autodefensa o defensa privada es la llevada a cabo, personalmente, por el titular del derecho, mientras que la segunda y complementaria de la anterior, la defensa formal o pública, es la ejercitada por un técnico en Derecho, en su nombre y siempre en favor de los intereses del presunto reo, como parte pasiva del proceso penal¹²¹⁶.

¹²¹⁴ FOSCHINI, G., *L'imputato. Studi*, III, Giuffrè, Milán, 1956, pp. 27 y ss.; MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso penal*, Publicaciones del estudio general de Navarra XVI, Pamplona, 1958, pp. 63-64; MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso...* ob. cit., pp. 107-117.

¹²¹⁵ Al mismo tiempo, y según destaca la STC 25/1981, de 14 de julio, los derechos fundamentales, si bien son derechos subjetivos individuales, tienen a su vez una vertiente objetiva, en tanto representan un sistema de valores, que se constituye en esencia del Estado de Derecho. Así pues, la citada resolución señala que tales derechos fundamentales constituyen “*elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho*” (F. J. 5º); En una línea similar, la FGE, Circular 1/2011, p. 79, afirma que el complejo sistema de garantías que caracteriza al proceso penal se dibuja en beneficio fundamentalmente de la parte pasiva del proceso, en consideración a la especial posición que ocupa en el seno del mismo. No obstante, al mismo tiempo, los derechos fundamentales, tienen una vertiente objetiva en tanto representan un sistema de valores que se constituye en esencia del Estado de Derecho, de modo tal que mediante dicho sistema de garantías se tiende a asegurar el interés público en la persecución del delito y el interés constitucional en que la condena penal resulte de un juicio justo.

¹²¹⁶ LÓPEZ YAGÜES, V., “La condición de imputado en el proceso...” ob. cit., p. 62.

4.1.1.- La autodefensa

En primer lugar, es preciso señalar que el derecho a un proceso equitativo y con todas las garantías presupone el derecho del investigado, del encausado, del procesado y del acusado a participar personalmente en el proceso¹²¹⁷. Esta faceta del derecho de defensa goza de reconocimiento convencional, en distintos tratados y acuerdos internacionales de los que el Estado español es parte (arts. 6.3 c) CEDH y 14.3. d) PIDCP), y constitucional, en tanto que el art. 24 CE se refiere a la defensa y a la asistencia de letrado como dos derechos independientes. Consecuentemente, el legislador deberá respetar su contenido esencial mínimo, y los órganos judiciales, a la hora de interpretar tales normas, lo harán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en la materia (art. 10.2 CE). En vista de lo anterior, y a pesar de que el TC ha declarado que el derecho a defenderse personalmente se reconoce “*en la medida en que lo regulen las Leyes procesales de cada país*”¹²¹⁸, considero que no se trata de un derecho de estricta configuración legal, sino que existe un contenido mínimo indisponible para el legislador. Por eso, las críticas de VICTOR MORENO, se me antojan, en este punto, verdaderamente acertadas cuando dice que la LECrim “*no pone al alcance del inculpado los medios suficientes para articular su autodefensa. Se olvida el derecho a esta defensa por sí mismo, satisfaciendo y potenciando el derecho a la asistencia de abogado defensor*”¹²¹⁹

En orden a determinar si el derecho de autodefensa es compatible con la naturaleza incorpórea de las personas jurídicas se pueden esgrimir argumentos en ambos sentidos. En contra de extender tal derecho a las personas jurídicas se podría apuntar su carácter personal, en tanto que se trata de un derecho de ejercicio directo por su titular, mientras que la persona jurídica, por su naturaleza inmaterial, ejerce sus derechos a través de sus representantes. Sin embargo, a favor de su extensión a las personas jurídicas cabe emplear todos los argumentos desarrollados para sostener la titularidad del derecho de defensa por parte de las personas jurídicas, junto con el entendimiento de la autodefensa como una parte esencial de aquél.

Profundizando en los argumentos que abogarían por no extender la autodefensa a las personas jurídicas cabe, por lo tanto, señalar que, conceptualmente, este derecho consiste en la *intervención directa y personal* del inculpado en el proceso, realizando actividades encaminadas a *preservar su libertad*, principalmente desvirtuando la *acusación contra él dirigida* a través de un comportamiento tendente a esclarecer la verdad de los hechos imputados¹²²⁰, mientras que, en el caso de la persona jurídica, el desdoblamiento entre la entidad inculpada y quien por ella actúa en el proceso resulta, irremediablemente, de la misma naturaleza de los entes colectivos. Esta disociación entre el titular del derecho y quien lo ejercita podría conducir a desvirtuar la naturaleza personalísima del mismo. Así pues, desde este punto de vista, la necesaria actuación de la persona jurídica a través de un tercero podría conducir a entender la autodefensa, de carácter personal, como incompatible con la naturaleza impersonal de la entidad.

¹²¹⁷ VARRASO, G., “La partecipazione e l’assistenza delle persona...ob. cit., p. 255.

¹²¹⁸ STC 181/1994, de 20 de junio, F. J. 3º.

¹²¹⁹ MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso*...ob. cit., p. 33.

¹²²⁰ MORENO CATENA, V., con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*...ob. cit., p. 147. La cursiva en el texto es mía.

En esta línea, se apuntan como requisitos que condicionan el válido ejercicio de las posibilidades de autodefenderse, entre otras, la posibilidad de que el sujeto inculpado pueda personarse en el juicio, así como de manifestar su propia opinión¹²²¹. Ambas posibilidades deben de ser objeto de matización en relación con las personas jurídicas, que sólo pueden personarse y realizar declaraciones a través de sus representantes en el proceso. A mayor abundamiento, cabe tomar en consideración que, a diferencia de la persona física objeto de imputación, la entidad inculpada no habrá intervenido personalmente en los hechos, en un sentido material, ni contará con un conocimiento de los mismos distinto e independiente del de sus miembros. Todo lo cual podría conducir a afirmar que, en relación con las personas jurídicas, el ejercicio de las facultades autodefensivas resultaría inútil y por ende injustificado.

Por ejemplo, carecería de sentido sostener, como se hace en relación con el acusado¹²²², que la viva voz del representante de la entidad es un elemento personalísimo y esencial para la defensa en el juicio. Entre otras cosas, porque el representante de la persona jurídica en el proceso es esencialmente fungible, hasta tal punto que la ley no exige que se mantenga su identidad a lo largo de todo el proceso, y además tal sujeto, a diferencia del acusado, no tiene por qué haber participado personalmente en los hechos, ni tener un conocimiento directo de los mismos. De hecho, es probable que el mismo no haya estado involucrado ni tenga un conocimiento extraprocésal directo sobre el hecho punible, dado que, en otro caso, sería personalmente investigado o formalmente encausado, o, en su caso, sería llamado como testigo, lo que podría inhabilitarle para ser designado como representante de la entidad en el proceso¹²²³.

Sin embargo, en mi opinión, los poderosos argumentos que abogan por el reconocimiento del derecho de defensa a la persona jurídica, señaladamente su vinculación con los principios esenciales del proceso, de igualdad y contradicción, y su carácter indispensable para una recta Administración de Justicia¹²²⁴, no permiten amputarle esta parte esencial del derecho de defensa, restringiéndolo a la defensa técnica que constituye, únicamente, una manifestación de aquel. En este sentido, y dado que el fundamental derecho de defensa incluye como manifestación básica del mismo la autodefensa, considero que es necesario articular los medios para que la persona jurídica pueda aprovechar las posibilidades de autodefensa, salvando las dificultades que, inicialmente, pueda plantear su ejercicio¹²²⁵.

¹²²¹ Así mismo, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso penal Especial referencia al proceso penal abreviado (L.O. 7-1988, de 28 de diciembre)*, Colex, Madrid, 1992, p. 164, señala, como presupuestos para su ejercicio, la posibilidad de conocer, con el tiempo suficiente, las opiniones, argumentaciones y conclusiones de la parte contraria; y la posibilidad de poder demostrar ésta mediante la indicación de los elementos de hecho y, en su caso, de Derecho, que constituyen su propia razón.

¹²²² En este sentido, el TC considera que la viva voz del acusado es un elemento personalísimo y esencial para su defensa en juicio (Véanse, al respecto, las SSTC 181/1994, de 20 de junio; 93/2005, de 20 de abril; 258/2007 de 18 diciembre).

¹²²³ Sobre estas cuestiones se profundizará en el epígrafe I del capítulo 3 relativo a la intervención de la persona jurídica en el proceso penal a través de su “representante defensivo”.

¹²²⁴ GÓMEZ DE LIAÑO, F., *Introducción al Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 149.

¹²²⁵ Concretamente, tal y como se argumentará en el capítulo 3, será preciso permitir a la entidad personarse en el proceso a través de un representante que actúe, en el marco del mismo, con un estatuto

Por otra parte, privar a la persona jurídica de las facultades de autodefensa, situaría a la entidad en una situación de desventaja en relación con la persona física coimputada, enjuiciada por los mismos hechos y en el mismo proceso que la entidad y que, eventualmente, podría tener interés en perjudicar la posición procesal de la persona jurídica en su propio beneficio. Para visualizar esta situación puede resultar útil referir algunas de las manifestaciones del derecho de autodefensa que se prevén en nuestro derecho positivo. De modo ejemplificativo, se podrían mencionar el ejercicio del derecho a la última palabra (art. 739 LECrim), la posibilidad del procesado de manifestar cuanto tenga conveniente para su exculpación o para la explicación de los hechos y proponer diligencias (art. 396 LECrim) o de declarar cuantas veces quiera ante el Juez de Instrucción (art. 400 LECrim), entre otras¹²²⁶. En principio, no parece que exista una justificación objetiva y razonable para permitir que uno de los inculpados, por su condición de persona física, pueda realizar tales actuaciones y el otro no. En este sentido, reconocer el derecho de autodefensa a la persona jurídica serviría para asegurar que ambos sujetos coimputados cuentan con análogas posibilidades de actuación en el proceso.

En este punto, se hace preciso reflexionar sobre la forma en que la persona jurídica podrá aprovechar las posibilidades autodefensivas previstas en el ordenamiento. En esta, como en otras facetas de su vida, la entidad actuará a través de sus representantes, por lo que para poder autodefenderse será necesario que nombre a un representante, distinto del letrado, para que actúe por ella en el proceso. En mi opinión, no sería posible que el abogado desarrollase tales actuaciones, ya que redundaría en una inapropiada extensión de sus funciones y podría dar lugar a una inaceptable confusión de los papeles de la parte y del letrado. Así pues, hay que tener en cuenta que la actuación del defensor ha de circunscribirse a la articulación y desenvolvimiento de la defensa en su específico cometido técnico¹²²⁷.

Por lo tanto, la ley debe encargarse de garantizar que la entidad puede nombrar temporáneamente un representante para que asuma las actuaciones relativas a la autodefensa de la entidad. De esta forma, al lado del defensor, comparecerá un nuevo representante, denominado por algunos, representante defensivo, para distinguirlo del procurador, como representante procesal, que sería el encargado de permitir la intervención o participación de la sociedad en el procedimiento penal, dirigida al cumplimiento de los actos personalísimos y, más concretamente, al ejercicio de la autodefensa¹²²⁸. Dicho representante constituye la herramienta o instrumento para la actuación de la persona jurídica imputada, correspondiéndole hacer valer los derechos y

jurídico similar al del sujeto pasivo, aun cuando tal individuo no sea parte en el proceso por no dilucidarse en el mismo su responsabilidad personal.

¹²²⁶ DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos coimputados y testigos condenados*, Aranzadi, Navarra, 2012, p. 23.

¹²²⁷ En este sentido, MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso...* ob. cit., p. 45, señala que la autonomía del defensor ha de circunscribirse a la articulación de la defensa en sentido técnico, en tanto que la defensa letrada es complementaria y asistencial en relación con la actuación defensiva del verdadero titular del derecho, que no es otro que la parte pasiva del proceso que es, a quien corresponde elegir, en último término, la estrategia defensiva.

¹²²⁸ VARRASO, G., "La partecipazione e l'assistenza delle persona..." ob. cit., p. 234.

garantías que la entidad tiene reconocidos¹²²⁹.

Ahora bien, dado que el ejercicio de la autodefensa es esencialmente renunciabile¹²³⁰, en tanto que nadie puede ser obligado a autodefenderse, bastaría con que la actuación a través de un representante fuese prevista en la ley como una mera posibilidad. Por eso, se sostiene en este trabajo que, mientras el cometido del representante defensivo sea el aprovechamiento de las posibilidades de autodefensa, su presencia no debería ser obligatoria, sino que debería configurarse como una mera posibilidad para la entidad, tal y como se encuentra actualmente diseñada en la LECrim¹²³¹, sin perjuicio de que, la atribución al mismo del desempeño de otras funciones procesales, pudiese justificar su comparecencia obligatoria.

Como manifestación de la autodefensa, es preciso hacer una referencia expresa al derecho a la última palabra, acto personalísimo que puede ejercitar el procesado al final del juicio oral y cuya omisión supone la vulneración de una forma esencial del procedimiento que puede acarrear la nulidad del juicio oral y la necesidad de proceder a una nueva celebración del plenario con otros magistrados distintos para garantizar la imparcialidad objetiva del órgano judicial, cuando como consecuencia de tal infracción se cause una indefensión material¹²³². Así pues, el derecho a la última palabra constituye una clara expresión del derecho de autodefensa, en tanto que derecho del sujeto pasivo del proceso a defenderse personalmente (arts. 6.3 CEDH y art. 14.3. d) PIDCP). Por lo tanto, los argumentos utilizados *ut supra* para discutir sobre la extensión de la autodefensa a las personas jurídicas imputadas, son esencialmente los mismos que se pueden esgrimir en relación con el derecho a la última palabra. Por otra parte, el reconocimiento expreso de este derecho a las personas jurídicas (art. 786 bis 1 LECrim), resulta ilustrativo de la intención del legislador de extender a las personas jurídicas el derecho de autodefensa.

Por su parte, quienes sostienen que la persona jurídica, por su propia naturaleza impersonal, no puede auto-defenderse, entienden que la extensión a las personas jurídicas del derecho a la última palabra no está justificada¹²³³. En realidad, resulta

¹²²⁹ SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit.

¹²³⁰ Según, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...*ob. cit., p. 166, una de las características de la autodefensa viene constituida, precisamente, por la posibilidad de renunciar a su ejercicio.

¹²³¹ Así ocurre, igualmente, en Italia, donde la entidad decide si quiere estar representada en el proceso o no (art. 39 D. Lgs. 231) pero, si decide no estarlo, no podrá aprovechar las posibilidades autodefensivas que el ordenamiento otorga al imputado, limitándose su defensa, en tal caso, a la vertiente técnica (Cfr. FIDELBO, G., “Le attribuzioni del giudice penale...”ob. cit., p. 468). Sin embargo, la Propuesta CPP 2013 pretendía configurar la comparecencia de la persona jurídica como obligatoria estableciendo, incluso, la posibilidad de detener al individuo que según la ley debiera asumir tal representación en caso de incomparecencia injustificada (art. 51)

¹²³² Véanse, en este sentido, las siguientes resoluciones: SSTS (Sala 2ª) núm. 1505/1997, de 9 de diciembre, RJ 1997\8938; (Sala 2ª) núm. 566/2000, de 5 de abril, RJ 2000\1445; (Sala 2ª) núm. 866/2002, de 16 de mayo, RJ 2002\6382; (Sala 2ª) núm. 49/2003, de 9 de junio, RJ 2003\7159; Y del TC, SSTC 181/1994, de 20 de junio; 29/1995, de 6 de febrero; 93/2005, de 18 de abril, 13/2006, de 16 de enero; 258/2007, de 18 de diciembre.

¹²³³ Desde esta perspectiva, sostiene DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 760, que no tendría sentido “*ese simbólico broche final de auto-defensa, porque la persona jurídica no puede auto-defenderse*”.

inegable, que parte del fundamento de la autodefensa se pierde cuando la misma es ejercida a través de un representante, y no directamente por su titular. Sin embargo, la centralidad del derecho de defensa, inseparable de la condición de sujeto pasivo del proceso penal que, sin duda, le corresponde a la entidad, así como la necesidad de equiparar sus oportunidades para defenderse a las del resto de los sujetos coimputados, aconsejarían su reconocimiento.

Otro argumento que abogaría por extender a las personas jurídicas el derecho a la última palabra podría ser su relación con el principio de audiencia, principio estructural del proceso, según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído. Cabe advertir, en este punto, que la regulación de la declaración del representante de la persona jurídica en el juicio oral aparece condicionada a que la misma sea propuesta y admitida como prueba¹²³⁴. A pesar de que la defensa tiene la posibilidad de proponer tal prueba en el momento procesal oportuno y de que el Juez deberá, como regla general, admitirla para no coartar, indebidamente, el derecho fundamental de toda persona a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE), en el caso de que no se proponga temporáneamente o de que el Juez la inadmita, por considerarla impertinente o inútil, el derecho a la última palabra podría ser la única posibilidad de que la persona jurídica fuese oída antes de resultar, eventualmente, condenada, considerando, eso sí, que sólo podrá ejercer tal derecho si cumple con la carga de designar, previamente, a un representante para que actúe por ella en el proceso.

Por último, cabe advertir la gran utilidad que puede dársele al ejercicio de este derecho en vista de la amplitud que permite en cuanto a su contenido. En este sentido, el representante de la entidad podrá emplear tal trámite para poner de manifiesto circunstancias relevantes para la determinación de la eventual condena, como sus consecuencias para los trabajadores u otros terceros, o la implementación de un programa de cumplimiento normativo, o, así mismo, las actuaciones reparadoras que la entidad haya realizado o pretenda realizar.

En definitiva, la extensión de este derecho a las personas jurídicas encontraría su fundamento en garantizar, con la mayor amplitud posible, su derecho de defensa, concediendo a la entidad un trámite análogo al del resto de los acusados para que manifieste lo que tenga por conveniente a través de su representante al finalizar el juicio oral, aun cuando tal representante no haya participado en la práctica de la prueba. Ahora bien, hay que reconocer que, al igual que ocurre, en general, con la autodefensa, su fundamento puede verse enturbiado por el hecho de que las personas jurídicas no se expresan por sí mismas, sino a través de sus representantes. La cuestión no está exenta de discusión. Como se ha intentado poner de manifiesto, existen argumentos tanto a favor como en contra de su extensión a las personas jurídicas. Es posible que tanto unos como otros razonamientos estuviesen presentes durante la tramitación parlamentaria de la LMAP, como se refleja en el cambio de criterio acaecido entre el PLMAP¹²³⁵ y la versión de la ley finalmente aprobada. Así, mientras el PLAMP establecía que el

¹²³⁴ En este sentido, la ley señala que el representante especialmente designado por la entidad para representarla en el juicio oral “podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba” (art. 786.1 LECrim)

¹²³⁵ BOCG. Congreso de los Diputados. 18 de marzo de 2011 (núm. expte. 121/000117).

derecho a la última palabra era incompatible con la especial naturaleza del ente¹²³⁶, actualmente se le reconoce expresamente tal derecho (art. 786 bis 1 LECrim).

4.1.2.- La defensa técnica o el derecho a la asistencia letrada

En cuanto a la defensa técnica hay que tener en cuenta que se trata de otra vertiente del fundamental derecho a la defensa pero que, al contrario que la autodefensa, no es de ejercicio personalísimo ni, como regla general, renunciable. El derecho a ser asistido por un abogado se fundamenta, entre otras cosas, en que las partes se enfrenten en igualdad de condiciones en cuanto a conocimientos jurídicos, por lo que vendría a constituir una garantía del principio de igualdad de armas¹²³⁷ que, en tanto que principio estructural del proceso, puede servir, tal y como se ha señalado *ut supra*, para fundamentar la extensión de ciertos derechos procesales a las personas jurídicas.

Por otra parte, existe un interés público en que el sujeto pasivo del proceso penal se encuentre asistido de letrado, en tanto que la intervención del abogado en el proceso, no se limita a proteger los derechos del individuo, sino que se erige en mecanismo de autoprotección del sistema penal¹²³⁸. Esta dimensión pública, predicable del derecho de defensa en su conjunto, junto con el principio general de postulación obligatoria que rige en el proceso penal, explica que el legislador no se haya limitado a reconocer a la entidad la posibilidad de nombrar un abogado de confianza, sino que haya previsto, para el caso de que la entidad no atienda tal requerimiento, el nombramiento de postulantes de oficio.

¹²³⁶ Según aquel texto prelegislativo también resultaban incompatibles con la especial naturaleza de la persona jurídica, en general, las declaraciones o alegaciones orales que, de ordinario, pudiese realizar el sujeto pasivo del proceso penal en tal condición, durante la instrucción o el juicio oral (art. 120.3 a) y b) PLMAP).

¹²³⁷ En este sentido, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M^o., “Representación y defensa de la persona jurídica...ob. cit., p. 186, observa que nuestro sistema no proscribía el derecho de defenderse por sí mismo, constituyendo buena prueba de ello los procesos de postulación facultativa. Sin embargo, como aprecia la autora, aun en estos casos, el legislador ha introducido mecanismos correctores, tendentes a evitar el posible desequilibrio en las posiciones de las partes, cuando una de ellas anuncie que opta por la defensa técnica. Se pone de manifiesto, de esta forma, que uno de los fundamentos de la defensa letrada es, precisamente, mantener el necesario equilibrio entre las partes, situando al sujeto pasivo del proceso penal en una posición de igualdad de armas respecto del MF.

¹²³⁸ Se refiere a esta dimensión pública de la asistencia letrada MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso...*ob. cit., pp. 45 y 112-115, para quien, el interés público en asegurar el *due process of law* justificaría el carácter irrenunciable de la defensa técnica de oficio en el juicio oral, aun en contra de la voluntad del imputado; Véase, así mismo, la posición de GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. *El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 127-128, quien afirma que, mientras el imputado no está sometido al principio de probidad porque esto atentaría contra la propia naturaleza humana, el defensor sí lo está, al menos en parte, porque además de proteger los intereses del imputado debe salvaguardar el prestigio forense y el interés de la justicia a los que en nada beneficiaría concederle la posibilidad de declarar falsamente. Resulta, igualmente, digno de mención, a estos efectos, que el art. 30 RD 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el EGAE, considera al abogado “*como un órgano colaborador de la Justicia*”, afirmación que, más allá de lo discutible que pueda resultar, pone de manifiesto esa dimensión pública de la defensa letrada.

La regulación positiva señala que cuando haya de procederse a la imputación de una persona jurídica se le dirigirá una citación en la que será requerida para que nombre abogado y procurador y se le advertirá de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de ambos postulantes (art. 119 1. a) LECrim). De tal regulación se deduce que la entidad, como cualquier otro investigado, tiene derecho a nombrar a un letrado de confianza pero que, en caso de no hacerlo, al ser el derecho de asistencia letrada irrenunciable, se le asignará uno de oficio. Por otra parte, la obligatoriedad de que la entidad se encuentre asistida de abogado se desprende, así mismo, del contenido de la requisitoria que se dictará frente a la persona jurídica rebelde, en la que se hará constar la obligación de la entidad de comparecer, con abogado y procurador, ante el Juez que conoce de la causa (art. 839 bis LECrim).

Además, le ley reclama la presencia del letrado, ya haya sido designado por la entidad o de entre los del turno de oficio, en la práctica de las diligencias de investigación o prueba anticipada, de tal forma que, ante la incomparecencia del representante especialmente designado, tales actos se celebrarán con la sola presencia del letrado (art. 120.2 LECrim). Así mismo, cuando se tome declaración, durante la instrucción, al representante especialmente designado por la entidad, éste deberá estar asistido del abogado de la persona jurídica (art. 409 bis LECrim). Otro tanto cabe decir del juicio oral, en el que la presencia del abogado resulta preceptiva, mientras que la del representante defensivo es de naturaleza facultativa, pudiendo celebrarse la vista oral con la sola presencia de los postulantes (art. 786 bis 2 LECrim)¹²³⁹.

De la regulación positiva que se acaba de referir se desprende que la entidad estará, desde su primera citación, en calidad de investigada, defendida por un abogado y representada por un procurador. Y además, algunos actos procesales, tales como ciertas diligencias de investigación y prueba anticipada, la primera comparecencia de la entidad ante el Juez de Instrucción o, incluso, el propio juicio oral, podrán desarrollarse con la única presencia del letrado.

Por último, hay ciertas cuestiones de la regulación legal que es preciso destacar:

- a) En primer lugar, resulta llamativa la exigencia de que, también en el procedimiento abreviado, la entidad sea asistida desde el inicio de procurador, y no sólo de abogado, a diferencia de lo establecido para las personas físicas, que no necesitan ser representadas por procurador hasta la apertura del juicio oral¹²⁴⁰. No se entiende porqué se exige la presencia del procurador, antes para la persona jurídica que para la persona física, cuando, en realidad, los actos personalísimos siguen estando reservados al representante especialmente designado por la entidad. La única explicación podría encontrarse en que, al contrario de lo que ocurre con las personas físicas, en el proceso penal frente a las personas jurídicas, corresponde al procurador recibir las notificaciones dirigidas a la entidad, incluso las de carácter personal,

¹²³⁹ Las posibilidades de enjuiciar en ausencia a la persona jurídica y los requisitos que tal enjuiciamiento ha de cumplir, se estudiarán en el epígrafe II del capítulo 3. En general, sobre el enjuiciamiento en ausencia, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., "Aproximación al estudio del nuevo "recurso de anulación". Análisis del reformado arto. 797 de la LECrim", *Justicia*, 1990-III, pp. 623-699.

¹²⁴⁰ MUÑOZ YANGÜELA, B., "Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 19.

sustituyendo, a estos efectos, su designación a la determinación de un domicilio para recibirlas¹²⁴¹.

- b) En segundo lugar, se plantea la duda de cómo proceder con las personas jurídicas que no pueden ser citadas por falta de domicilio social conocido. En tal caso, el art. 839 bis 4 LECrim señala que, trascurrido el plazo señalado en la requisitoria para su comparecencia, la entidad será declarada rebelde “*continuando los trámites procesales hasta su conclusión*”. Surge, por lo tanto, el interrogante de si a la entidad rebelde, que no ha podido ser citada para la primera comparecencia, le serán asignados postulantes de oficio o si, por el contrario, el juicio será celebrado sin la presencia de éstos y, por ende, con la única intervención de la parte acusadora y el juzgador, sin que nadie ocupe la posición de la defensa. Sobre esta cuestión se volverá al tratar la rebeldía, en el epígrafe III del capítulo 3, en concreto en el apdo. 6.3, si bien, cabe adelantar en este momento que la continuación del proceso contra la persona jurídica declarada rebelde, requerirá, en todo caso, partir del carácter irrenunciable de la defensa técnica, dado que la solución contraria chocaría con el entendimiento mismo del proceso como *actum trium personarum*, además de hacer inviable la instauración de un debate contradictorio.

En todo caso, cabe aseverar que, en la doctrina, nadie discute que a la persona jurídica imputada le asiste el derecho a la defensa técnica. En este sentido, se ha dicho que la propia configuración del tipo de proceso, cuando no la necesidad de mantener la igualdad de armas con el resto de inculpados, y la defensa de los intereses de los sujetos potencialmente afectados por la imposición de sanciones a la entidad, conduce a posicionarse a favor del reconocimiento de este derecho¹²⁴². Incluso antes de la intervención legislativa en orden a adaptar las normas procesales al enjuiciamiento de las personas jurídicas, se afirmaba que la persona jurídica debería ostentar, desde el inicio del proceso, el derecho de asistencia letrada, con el mismo alcance que las personas físicas imputadas¹²⁴³.

Otra cuestión a tomar en consideración es que, en la relación abogado-cliente, el letrado no puede imponer a su cliente su propio parecer, aun cuando esté convencido de que es la estrategia defensiva técnicamente más correcta para obtener su absolución o la pena más reducida de entre las posibles. El único titular del derecho de defensa es el sujeto pasivo del proceso, mientras que el defensor es tan sólo un *alter ego* procesal, algo así como la boca y el oído jurídicos del inculpado¹²⁴⁴. En condiciones “normales” las actividades defensivas vendrán convenidas entre defensor y defendido, de modo que el abogado intentará dirigir técnicamente la defensa y, fiados de sus conocimientos y experiencia, seguirán, tanto él como su defendido, la línea de actuación marcada por el primero¹²⁴⁵. Ahora bien, cuando no hay conciliación entre el defensor y el defendido,

¹²⁴¹ ABASCAL JUNQUERA, A., “Problemas y soluciones a la imputación de las personas jurídicas en el proceso penal. Perspectiva legal y constitucional”, *Revista jurídica de Asturias*, núm. 36, 2013, pp. 115-134, p. 128.

¹²⁴² GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., “Cuestiones procesales en torno a...ob. cit., p. 85.

¹²⁴³ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

¹²⁴⁴ VARGHA, J., *Die Verteidigung in Strafsachen*, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlag und Universitäts-Buchhandlung, Viena, 1879, p. 286.

¹²⁴⁵ MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso...ob. cit., p. 42.*

partiendo de la base de que el derecho de defensa en general, y el de hacerse asistir de un defensor como manifestación de aquél, son derechos humanos, esencialmente inalienables, del sujeto pasivo del proceso, la autonomía del inculpado deberá prevalecer frente a la del defensor cuando exista conflicto entre ellos¹²⁴⁶.

En definitiva, cabe afirmar que, en el ejercicio del unitario derecho de defensa, del que es titular el sujeto pasivo del proceso, su defensor debe gozar de una autonomía relativa o limitada frente a su defendido, que no puede ser despojado o expropiado de su derecho de defensa, ni siquiera en favor de su abogado¹²⁴⁷. Por lo tanto, para que el abogado pueda desempeñar el papel asistencial que le corresponde, es necesario que siga las instrucciones de su cliente, esto es, en el caso que nos ocupa, de los representantes o de los órganos de la persona jurídica, para lo que resulta fundamental que entre el abogado y la persona jurídica exista una relación de confianza o, al menos, una comunicación fluida¹²⁴⁸.

Consecuentemente, la designación de un letrado de oficio, ante la pasividad de la persona jurídica, debe ir seguida de la fehaciente comunicación a la entidad de la identidad de su abogado¹²⁴⁹, aun cuando la ley no lo señale expresamente, advertencia que, por otra parte, sí que realiza en relación con el procurador (art. 119.1.d) *in fine* LECrim). En este orden de ideas se advierte que la ley debería abordar la posición del letrado de oficio ante la pasividad o la falta de colaboración de la persona jurídica¹²⁵⁰ y especificar de qué forma debe proceder el abogado para cumplir con su obligación profesional de mantener al cliente razonablemente informado del curso del asunto¹²⁵¹, cuando la entidad no designa a un representante para actuar por ella en el proceso o cuando no tiene domicilio social conocido.

Pero, incluso cuando la entidad se vale de un abogado de confianza, surge la cuestión de quién debería hablar en nombre de la organización inculpada, dándole instrucciones sobre la estrategia defensiva o sobre el posicionamiento que desea adoptar en relación con la imputación y la acusación. Pues bien, hay que partir de la premisa de que el abogado lo es de la corporación, y no de las personas que por ella actúan, aunque a veces pueda resultar difícil para el letrado diferenciar entre ese ente artificial y los

¹²⁴⁶ En este sentido, afirma MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso...* ob. cit., p. 44, que la solución práctica que se adivina consiste en que, cuando el defensor actúe de un modo que el imputado reputa inconveniente, pueda éste revocar el nombramiento y hacerse asistir de otro defensor.

¹²⁴⁷ Cfr. MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso...* ob. cit., pp. 41-45; GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014, p. 140.

¹²⁴⁸ En este sentido, se cuestiona MORENO CATENA, *La defensa en el proceso...* ob. cit., pp. 80-81, cómo va a actuar en el procedimiento un abogado en defensa de una persona a quien no conoce, o puede no conocer; cómo averiguar, cómo informarse acerca de los pormenores necesarios para encauzar su actividad en la investigación sumarial, al fin de la exculpación de su defendido. Pues bien, aunque tales interrogantes se plantean en relación prisión incomunicada podrían resultar trasladables al caso objeto de estudio.

¹²⁴⁹ Sobre esta cuestión, el art. 13.2.III Código Deontológico de la Abogacía dispone que “*es obligación del abogado identificarse ante la persona a la que asesora y defiende*”.

¹²⁵⁰ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. Mº., “Representación y defensa de la persona jurídica...” ob. cit., p. 185.

¹²⁵¹ Esta información viene impuesta en el art. 13.9.e) Código Deontológico de la Abogacía Española.

agentes que actúan en su nombre¹²⁵². Por eso, la primera tarea que debe llevar a cabo el abogado encargado de defender a la persona jurídica es determinar quién está autorizado para impartir instrucciones en nombre de su cliente, en relación con el asunto en cuestión y si quien solicita sus servicios podría encontrarse en una situación de conflicto de intereses con la persona jurídica cuya defensa se le encomienda.

4.1.2.1.- Las posibilidades de defensa conjunta de la persona física y la persona jurídica y el potencial conflicto de intereses

La situación de potencial conflicto de intereses entre dos clientes de un mismo abogado no es una situación nueva ni exclusiva del enjuiciamiento de las personas jurídicas. No obstante, la estrecha relación que une a la persona jurídica con los agentes autorizados para actuar en su nombre, la alta probabilidad de que la entidad sea enjuiciada conjuntamente con la persona física a la que se atribuye la autoría material del hecho de referencia objeto del proceso, así como la eventualidad de que ambos sujetos estén siendo asesorados, en relación con los temas del tráfico de la organización, por el abogado de la entidad, son factores que aconsejan realizar aquí algunas consideraciones específicas sobre esta cuestión.

Para tratar el tema, es preciso entender que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye una fuente de conflictos de interés entre las personas físicas cualificadas para comprometer su responsabilidad y la propia entidad. Tales conflictos provienen de la naturaleza de la responsabilidad de los entes colectivos, que se configura como autónoma, pero al mismo tiempo se hace depender de la actuación de los agentes de la corporación. De esta forma, el sistema de transferencia ideado por el legislador, implica que dos sujetos responden individualmente, y de acuerdo con una culpabilidad propia, por hechos parcialmente comunes, existiendo la posibilidad, nada remota, de que ambos decidan adoptar estrategias defensivas distintas o, incluso, contradictorias. En este sentido, puede suceder que lo más conveniente para la persona jurídica sea mantener una actitud colaborativa con las autoridades para ver atenuada su responsabilidad, logrando una reducción de la pena de multa y evitando la imposición de penas interdictivas, mientras que a la persona física, que ve peligrar su libertad personal y cuya actitud colaborativa no resulta tan incentivada por la legislación, puede interesarle no colaborar en el descubrimiento de los hechos y acogerse, por tanto, a su legítimo derecho a no colaborar en su autoincriminación. A mayor abundamiento, cabe apreciar la existencia de un interés objetivo para ambos sujetos coimputados, persona física y persona jurídica, en no ser condenados en solitario, en tanto que si ambos son declarados culpables, la cuantía de la multa se modulará (art. 31 bis 2 CP) y la responsabilidad civil será solidaria (art. 116.3 CP).

En vista de lo anterior, cabe afirmar que, en caso de representación conjunta, existe un riesgo significativo de que la defensa de uno de tales clientes se vea materialmente

¹²⁵² DUGGIN, S. H., "Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview", *Columbia Business Law Review*, núm. 2003, 2003, pp. 859-964, p. 921.

limitada por las responsabilidades del abogado con el otro cliente¹²⁵³. Así pues, en vista de ese potencial conflicto de intereses, cabe preguntarse, al hilo del estudio del derecho de defensa letrada de la persona jurídica, si una efectiva defensa del ente impediría que ambos sujetos coimputados compartan abogado. Precisamente, por el potencial conflicto de intereses que late entre una persona jurídica y sus agentes cuando ambos se ven involucrados en la comisión de un delito, en los Estados Unidos, no resulta infrecuente que las corporaciones paguen un abogado para ellas y provean a sus directores y empleados de un letrado distinto, incluso, para las fases preliminares de la investigación¹²⁵⁴. Y es que, no cabe duda de que, resultando la persona jurídica inculpada junto con un directivo u otro miembro de la entidad, el abogado de la corporación podría encontrarse en una situación de conflicto de intereses provocada por la existencia de defensas mutuamente excluyentes¹²⁵⁵.

Es evidente que cuando el conflicto de intereses se hace patente carece de sentido compartir abogado. De hecho, según las normas deontológicas que informan la actuación de los profesionales de la abogacía, el letrado tiene la obligación de renunciar a la defensa de ambos clientes en el momento en que surge un conflicto de intereses entre ellos¹²⁵⁶. Por eso, la clave estará en determinar si debe excluirse *a priori* la posibilidad de una defensa letrada conjunta entre persona física y persona jurídica o si, por el contrario, tal exclusión dependerá de la eventual contradicción que, en el caso concreto, pueda surgir entre las estrategias defensivas de las partes. Así mismo, habrá que determinar si el órgano judicial puede impedir la representación conjunta en contra del parecer de las partes o si la decisión debe dejarse al arbitrio de los sujetos implicados.

Parte de la doctrina sostiene que la persona jurídica deberá tener, en todo caso, su propio abogado defensor, independientemente de los de las demás partes si las hubiera, de tal forma que se evite, con esta medida profiláctica, el surgimiento de un eventual conflicto de intereses¹²⁵⁷. De este modo, se garantiza “*que la persona jurídica pueda actuar en su defensa de modo autónomo y separado respecto a la defensa que puedan llevar a cabo*”

¹²⁵³ Este es, precisamente, el criterio señalado por la regla 1.7.a) *Model Rules of professional conduct*, de la American Bar Association, como determinante de la existencia de un conflicto de intereses. Tales reglas están disponibles en http://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_table_of_contents.html, última consulta 08/07/2015; En opinión de HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...ob. cit., p. 884, si el gobierno imputa a una corporación junto con uno de sus directivos o empleados en el mismo procedimiento, podría haber un conflicto de intereses, como defensas mutuamente excluyentes. En tal caso, el abogado del agente individual no podría representar adecuadamente a la corporación.

¹²⁵⁴ HENNING, P. J., “Testing the Limits of Investigating and Prosecuting White Collar Crime: How Far Will the Courts Allow Prosecutors to Go?”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 54, núm. 2, 1993, pp. 405-476, p. 453.

¹²⁵⁵ HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...ob. cit., p. 884.

¹²⁵⁶ Así lo señala el art. 13.4 Código Deontológico de la Abogacía Española. Obligación de abstención que también podría sustentarse, mediatamente, en el delito tipificado en el art. 467 CP que castiga al “*abogado o procurador que, habiendo asesorado o tomado la defensa o representación de alguna persona, sin el consentimiento de ésta defendida o represente en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios*” o al “*que, por acción u omisión, perjudique de forma manifiesta los intereses que le fueren encomendados*”.

¹²⁵⁷ GÓMEZ COLOMER J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., pp. 212-213.

*los individuos o personas físicas que vienen ya imputadas en el mismo, sin perjuicio de que la coincidencia de intereses les lleve posteriormente a ejercitar en paralelo idéntica o similar estrategia defensiva*¹²⁵⁸. En este sentido, se sostiene que el potencial conflicto de intereses impide que la persona física y la persona jurídica compartan letrado¹²⁵⁹, aun cuando sus líneas defensivas sean similares¹²⁶⁰.

En contra de esta postura cabe advertir que, en ciertos casos, la estrategia defensiva de ambos sujetos coimputados será idéntica, produciéndose una superposición total entre sus argumentos defensivos, con lo que, en tal situación, negarles la posibilidad de ser representados por el mismo letrado supondría una injustificada restricción de su derecho a elegir abogado libremente. Por ejemplo, en el caso de que ambos sujetos nieguen el acaecimiento del hecho de referencia o su carácter delictivo, si aportan un mismo relato fáctico sobre lo ocurrido o, incluso, si ambos admiten su culpabilidad o pretenden conformarse con las penas solicitadas por la acusación. Otro tanto ocurrirá, previsiblemente, en aquellos supuestos de sociedades pequeñas o unipersonales, en las que no hay verdadera alteridad entre las personas físicas que dirigen y gestionan la entidad y la persona jurídica y en los que, incluso, podría ocurrir que el sujeto personalmente inculcado fuese designado como representante defensivo de la entidad.

Desde otro punto de vista, hay quien propone introducir la exigencia legal de que ambos sujetos, la persona jurídica y las personas físicas que actúan por su cuenta, sean asistidos obligatoriamente por el mismo abogado, para garantizar una estrategia única de defensa¹²⁶¹. Tal propuesta, en mi opinión, resultaría inadmisibles por atentar contra el derecho de defensa de los sujetos en situación de coimputación y por contradecir las normas deontológicas que obligan a los abogados en el desempeño de su ejercicio profesional¹²⁶². En relación con el derecho de defensa, tal exigencia legal, coartaría el derecho a la libre elección de abogado que corresponde a toda persona, en tanto que

¹²⁵⁸ GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 14; También se manifiestan en tal sentido RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...ob. cit., p. 213, nota 49, para quien, en caso de que el representante también esté imputado, parece claro que ambos sujetos no deben, ni pueden, compartir procurador y abogado. Así mismo, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M^o., “Representación y defensa de la persona jurídica...ob. cit., p. 180, apunta que resultaría de todo punto inapropiado, y hasta contrario al derecho de defensa, que el letrado, encargado del asesoramiento jurídico del administrador imputado, pudiera ser el mismo que representase al ente societario.

¹²⁵⁹ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 62; En el mismo sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales...ob. cit., p. 282, afirman que, desde el inicio de una investigación, la potencialidad de un conflicto de interés entre derechos procesales de personas físicas y jurídicas resulta manifiesta, lo que, probablemente, obligará a que existan defensas letradas diferenciadas.

¹²⁶⁰ A estos efectos, hay que tomar en consideración, tal y como señala GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 61, esp. nota 40, que, aunque las líneas defensivas puedan ser las mismas, es claro que, contemplada la situación desde fuera, existirá un conflicto de intereses entre la sociedad y el administrador imputado. Tal conflicto se objetiva y se hace patente, cuando menos, en la regulación relativa al importe de la multa, que se modulará cuando sea impuesta a ambos sujetos, persona física y persona jurídica, por los mismos hechos (31 ter 1 *in fine* CP) y en la responsabilidad civil solidaria (art. 116.3 CP).

¹²⁶¹ Así lo propone BARONA VILAR, S., “La persona jurídica como responsable penal...ob. cit., p. 91, señalando que, aunque, actualmente, no existe una norma que obligue a la defensa conjunta, sería recomendable.

¹²⁶² En concreto, contra lo dispuesto en los arts. 2.2, 13.4 y 13.6 Código Deontológico de la Abogacía Española, que vienen a establecer la obligación del abogado de preservar su independencia y de no asumir la defensa de clientes entre los que existan conflictos de intereses.

sujeto pasivo del proceso penal, así como el derecho a contar con una efectiva defensa técnica, cuyo presupuesto es la asistencia por un abogado independiente frente a intereses ajenos.

Por último, existe una postura intermedia entre la prohibición radical de que la persona jurídica y las personas físicas pueden ser asistidas por el mismo abogado y aquella otra que aboga por exigir legalmente la representación conjunta. Esta posición pasa por entender que no hay obstáculo para la defensa conjunta mientras no se manifieste la existencia real del conflicto. Desde esta perspectiva, cuando las estrategias defensivas de ambos sujetos no fuesen contradictorias sería posible que la entidad y sus agentes compartiesen postulantes. En este sentido, la FGE sostiene que, con carácter general, es posible que la representación y defensa letrada del legal representante y de la persona jurídica se materialicen en un solo procurador y un único abogado, sin perjuicio de lo cual, en caso de apreciarse la existencia de un conflicto de intereses, el MF deberá hacer notar dicha circunstancia al Juez, quien, de considerarlo oportuno, percibirá al letrado acerca de dicho conflicto, y en su caso, adoptará las medidas oportunas para designar un procurador y una dirección letrada diferentes para cada uno de los sujetos pasivos del proceso penal¹²⁶³.

Así mismo, el propio abogado tiene la obligación de no ocuparse o abstenerse de asumir asuntos si aprecia entre ellos la existencia de un conflicto de intereses. En este sentido, las exigencias deontológicas de los abogados impiden que un mismo letrado *“se ocupe de los asuntos de un conjunto de clientes afectados por una misma situación, cuando surja un conflicto de intereses entre ellos, exista riesgo de violación del secreto profesional, o pueda estar afectada su libertad e independencia”*¹²⁶⁴. Igualmente, se establece que *“el Abogado no puede aceptar la defensa de intereses contrapuestos con otros que esté defendiendo, o con los del propio abogado”*. Señalando, expresamente, que en el caso de que surja *“un conflicto de intereses entre dos clientes del mismo Abogado, deberá renunciar a la defensa de ambos, salvo autorización expresa de los dos para intervenir en defensa de uno de ellos”*¹²⁶⁵. Y no se trata tan sólo de una obligación deontológica, sino que su cumplimiento está conminado con una amenaza de carácter penal. En este sentido, comete un delito el abogado o procurador que habiendo asesorado o asumido la representación o la defensa de alguna persona, representare o defendiera en el mismo asunto a quien tenga intereses contrarios (art. 467 CP).

En vista de lo expuesto hasta el momento, considero que la solución de equilibrio que no excluye *a priori* la representación conjunta, ni la impone como obligatoria, pero otorga al abogado, a la Fiscalía y al órgano judicial un papel activo en la pronta detección y resolución del problema, es la menos radical y, sobre todo, la más respetuosa con el derecho de ambos sujetos a ser representados por su letrado de confianza, elección que, como es bien sabido, integra el contenido normal del derecho

¹²⁶³ FGE, Circular 1/2011, pp. 85-86.

¹²⁶⁴ Art. 13.6 Código Deontológico de la Abogacía Española.

¹²⁶⁵ Art. 13.4 Código Deontológico de la Abogacía Española.

de defensa¹²⁶⁶. Así, siguiendo la propuesta de la FGE, no se impediría la defensa conjunta *a priori*, a la vez que se pone sobre aviso a los fiscales, jueces y letrados para que estén alerta ante el surgimiento de un conflicto de interés, que conduciría a que ambas defensas fuesen encomendadas a distintos letrados¹²⁶⁷.

Por último, quedaría por resolver la cuestión de si, apreciada por el juzgador la existencia de un conflicto de intereses, éste podría imponer su voluntad a la de los sujetos coimputados o si, por el contrario, queda a discreción de éstos asumir los riesgos que podrían derivarse de una representación conjunta en el caso en que existan entre ellos intereses procesales contrapuestos¹²⁶⁸. Pues bien, en este sentido, y tomando como referencia las reglas deontológicas reguladoras de la conducta profesional de los abogados en Estados Unidos, considero que, si el abogado no ve peligrar su independencia, y con la información con la que cuenta, entiende razonablemente que, a pesar de la relación entre los sujetos coimputados, puede prestar un asesoramiento diligente para ambos, siempre que ambos clientes presten su consentimiento informado y por escrito, no habrá obstáculo a la representación conjunta¹²⁶⁹. Ahora bien, en el caso

¹²⁶⁶ En este sentido, el TS ha declarado reiteradamente que el derecho a la defensa y asistencia letrada comporta que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa (STS (Sala 2ª) núm. 1017/1997, de 11 de julio, RJ 1997\5753). En este sentido, afirma el TS el carácter subsidiario que la asistencia letrada de oficio tiene respecto a la de libre designación, señalando que la facultad de valerse de asistencia letrada, desarrollada en los arts. 118 y 520 LECrim, establece como regla general la libre designación de abogado por parte de los imputados, detenidos, procesados o presos, mientras que el art. 14.2 d) proclama el derecho de toda persona acusada de un delito a ser asistida por un defensor de su elección y el art. 6.3 c) CEDH reitera esta garantía a toda persona acusada concediéndole el derecho a ser asistido por un defensor de su elección (STS (Sala 2ª) núm. 1989/2000, de 3 de mayo, RJ 2002\254, F.J. 3º); En la misma línea, se pronuncia la jurisprudencia constitucional: SSTC 30/1981, de 24 de julio, F. J. 3º; 7/1986, de 21 de enero, F.J. 2º; 12/1993, de 18 de enero, F.J. 3º y STC 81/2006, de 13 de marzo, F. J. 2º. Especialmente interesante resulta la STC 196/1987, de 11 de diciembre, en la que se restringe el derecho a la libre designación del abogado en casos de detención o prisión incomunicada, a través de un ejercicio de ponderación de los intereses en juego. Así pues, argumenta el Alto Tribunal que “*en el ejercicio del derecho a la asistencia letrada tiene lugar destacado la confianza que al asistido le inspiren las condiciones profesionales y humanas de su Letrado y, por ello, procede entender que la libre designación de éste viene integrada en el ámbito protector del derecho*”. Ahora bien, a renglón seguido el TC puntualiza que “*la relación de confianza, aun conservando cierta importancia, no alcanza, sin embargo, la entidad suficiente para hacer residir en ella el núcleo esencial del derecho*”. En definitiva, se concluye en la citada resolución “*La esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa y que “la libre elección de Abogado forma parte del contenido normal del derecho del detenido a la asistencia letrada, pero no de su contenido esencial, aun cuando “constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen”* (F. J. 5º).

¹²⁶⁷ Cfr. FGE, Circular 1/2011, pp. 85-86.

¹²⁶⁸ En relación con esta cuestión, la Corte Suprema de EE. UU. sostiene que el derecho a ser representado por un abogado de propia elección está limitado por la posibilidad de que el mismo se encuentre en un conflicto de intereses. Así pues, en el caso *Wheat v. United States*, 486 U.S. 153, (1988), la Corte entendió que, cuando hay una seria posibilidad de conflicto de intereses, el Juez puede descalificar la defensa conjunta, incluso, contra la objeción del imputado. De esta forma se garantiza, además del derecho de cada acusado a tener su propio abogado, el interés público en que los procesos penales respondan a estándares éticos y aparezcan como justos ante terceros.

¹²⁶⁹ En una línea similar, las *Model Rules of Professional Conduct* de la *American Bar Association* señalan una serie de requisitos que deben cumplirse para que, a pesar de la concurrencia de un conflicto de intereses, un abogado pueda representar a un cliente. En este sentido, se dispone que: a) el abogado debe creer razonablemente que podrá representar de forma diligente y competente a ambos clientes; b) no

de los clientes corporativos, el consentimiento, debería ser prestado, o bien por un representante debidamente autorizado para ello, que no sea el sujeto al que el abogado pretende representar personalmente, o bien por los socios de la organización¹²⁷⁰.

Sin embargo, incluso, en tal caso, entiendo que el Juez, de oficio o a petición del MF, podría impedir la defensa conjunta, cuando entienda que podría constituir un fraude procesal o que están en juego intereses de terceros. Tal facultad judicial se fundamentaría, por una parte, en el art. 2 LECrim, referido a la defensa material del presunto reo, que se encomienda a todas las Autoridades y funcionarios que intervengan en el proceso penal, obligados a instruirle en sus derechos, mientras no se halle asistido de defensor, situación asimilable a aquella en la que el defensor, a pesar de haber sido formalmente designado, no presta asistencia efectiva al inculpado. Así mismo, el art. 11.2 LOPJ faculta a los Jueces y Tribunales a rechazar las peticiones o incidentes realizados con manifiesto abuso de derecho o que entrañen fraude procesal. Por su parte, el MF tiene como misión promover la acción de la justicia en defensa de los derechos de los ciudadanos, incluso oficio, por lo que podría instar al Juez a imponer a los sujetos coimputados defensas separadas, si entienda que la defensa conjunta anula o vulnera el derecho de defensa de alguno de ellos. A mayor abundamiento, es preciso considerar que, al actuar la persona jurídica a través de sus representantes, éstos podrían subordinar los intereses de aquella a los suyos propios, situación que constituye la esencia del referido conflicto de intereses y que desaconseja dejar al arbitrio privado su resolución.

4.1.2.2.- El secreto profesional del abogado de la persona jurídica o del abogado de empresa

4.1.2.2.1- Definición y naturaleza del secreto profesional del abogado

*El secreto profesional del abogado consiste en la garantía de confidencialidad que se proyecta sobre las informaciones reservadas comunicadas a un letrado por su cliente y las obtenidas por el mismo relativas a su cliente en el ejercicio de su actividad profesional*¹²⁷¹. Como consecuencia de tal deber de confidencialidad, los abogados no pueden ser forzados a compartir información relativa a los hechos o documentos a los que hayan tenido acceso en el desarrollo de su actividad profesional. En este sentido, se encuentran exentos de declarar sobre los hechos que le han sido confiados por su

ha de existir una prohibición legal al respecto; c) no puede tratarse de una reclamación de un cliente frente a otro; e) Y ambos clientes afectados deben de prestar su consentimiento informado y por escrito (regla 1.7.b).

¹²⁷⁰ Así lo dispone la regla 1.13.g) *Model Rules of Professional Conduct* de la *American Bar Association*.

¹²⁷¹ Definición de GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del abogado", AA.VV., N. González-Cuellar Serrano (dir.), A. M., Sanz Hermida; J. C. Ortiz Pradillo (coords.), *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2013, pp. 9-31, p. 9.

defendido en calidad de defensor (art. 416.2 LECrim), aunque, según la ley, si estarían obligados a declarar respecto del resto de procesados, salvo que sus declaraciones pudiesen afectar a su cliente (art. 416.2 II LECrim).

Como excepción al carácter confidencial de las comunicaciones entre el sujeto pasivo del proceso y su abogado, cabe hacer referencia al supuesto en que existan indicios objetivos de participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su participación criminal en otros hechos en connivencia con el investigado o encausado¹²⁷². En tales supuestos, obviamente, estará permitido, bajo ciertas circunstancias, interceptar sus comunicaciones ya que, en otro caso, se estaría consagrando la inmunidad de los delitos cometidos por los letrados con la excusa de ejercitar sus funciones como abogados defensores¹²⁷³.

La protección del secreto profesional está regulada en la ley por mandato constitucional. Así, el art. 24.2. II CE señala que *“la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”*. Por su parte, la LECrim determina como material protegido por el secreto profesional las instrucciones o explicaciones que los abogados recibieron de sus clientes y los hechos que les han sido confiados en su calidad de defensor (arts. 263 y 416 LECrim). A mayor abundamiento, a raíz de la última reforma de la LECrim, el art. 118. 4 de la centenaria ley señala que *“todas las comunicaciones entre el investigado o encausado y su abogado tendrán carácter confidencial”*¹²⁷⁴. Por su parte, la LOPJ amplía el ámbito objetivo de tal deber de secreto al referirse a los hechos o noticias confiados al abogado en cualquiera de sus modalidades de actuación profesional¹²⁷⁵, mientras que el Código deontológico va más allá al extenderlo a las confidencias e informaciones proporcionadas, no sólo por el cliente, sino también por el adversario o los compañeros¹²⁷⁶. En definitiva, al menos atendiendo a la LOPJ y al citado Código, el deber de confidencialidad de los abogados protege cualquier comunicación hecha al abogado en su calidad de profesional de la abogacía, sin que resulte determinante que se haya establecido, formalmente, una relación contractual abogado-cliente o que se haya iniciado o vaya iniciarse un proceso.

Por su parte, el Código Deontológico de la Abogacía Española señala que *“la confianza y confidencialidad en las relaciones entre cliente y abogado, ínsita en el derecho de aquél a su intimidad y a no declarar en su contra, así como en derechos fundamentales de terceros, impone al abogado el deber y le confiere el derecho de guardar secreto*

¹²⁷² Así se prevé expresamente en el art. 118.4 III LECrim.

¹²⁷³ Esta cuestión será objeto de análisis al tratar la interceptación de comunicaciones, en el epígrafe IV, apdo. 5.2.2.3 de este capítulo.

¹²⁷⁴ El citado precepto, introducido por la L.O. 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, establece un régimen especial para su interceptación que exige, entre otros requisitos, la existencia de indicios objetivos de participación en el hecho delictivo

¹²⁷⁵ En este sentido, el art. 542.3 LOPJ dispone que *“los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualesquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos”*

¹²⁷⁶ En este sentido, el art. 5.2 Código Deontológico de la Abogacía Española señala que *“las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional”*.

respecto de todos los hechos o noticias que conozca por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional" (art. 5.1). De esta normativa se derivan varias cuestiones de interés relativas a la naturaleza del secreto profesional del abogado, a su fundamento y a su ámbito de protección, relevantes para este estudio.

Así pues, en primer lugar, es preciso advertir que el deber de secreto, y por tanto la confidencialidad que protege las conversaciones mantenidas con el abogado, se configura como un derecho-deber para el abogado, y no como un derecho exclusivo del cliente, por lo que una renuncia del cliente a tal confidencialidad no exime al letrado de guardar secreto. Así pues, para el cliente la garantía del secreto profesional es un derecho, mientras para el abogado su mantenimiento es, a la vez, un derecho y una obligación¹²⁷⁷. En este sentido, cabe señalar que el cliente, no sujeto al secreto profesional, es libre para desvelar la información confidencial, renunciando a su derecho, si bien, su consentimiento, por sí solo, no excusa al abogado de la preservación del mismo¹²⁷⁸. Se desvincula, de esta forma, el derecho-deber de secreto del abogado y el poder de disposición del cliente sobre el objeto de protección¹²⁷⁹.

Por el contrario, en Estados Unidos donde la garantía se articula como un privilegio del cliente, y no como un deber del profesional, se plantea la problemática derivada de determinar quién es el auténtico cliente del abogado, que será el único facultado para renunciar al privilegio del secreto, debiendo, desde que se produzca tal renuncia, revelar el abogado todas las informaciones recibidas de su cliente o de terceros en relación con el caso. Esto tiene una especial importancia en el caso de las corporaciones en tanto que, en una relación abogado-cliente en la que el cliente es la corporación misma, la única facultada para renunciar al privilegio, en su condición de titular del mismo, será la propia entidad. Sin embargo, su decisión podría suponer revelar a las autoridades encargadas de la investigación penal información proporcionada al abogado por sus directivos o empleados que, incluso, podrían resultar personalmente inculcados como consecuencia tal decisión corporativa¹²⁸⁰.

4.1.2.2.2.- Fundamento y ámbito objetivo de protección del secreto profesional del abogado

El secreto profesional del abogado responde a la necesidad de proteger ciertos derechos fundamentales del acusado, tales como la intimidad o el derecho a no declarar, cuya titularidad por parte de las personas jurídicas es cuestionable. Sin embargo, se advierte que el derecho más directamente implicado en tal deber de confidencialidad es, precisamente, el derecho de defensa, en su manifestación de defensa técnica, cuya efectividad se ve, en gran medida, condicionada por la relación de confianza entre el

¹²⁷⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del...ob. cit., p. 9.

¹²⁷⁸ Así viene señalado en el art. 5.8 *in fine* del Código Deontológico de la Abogacía Española.

¹²⁷⁹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., "El secreto profesional del...ob. cit., p. 19.

¹²⁸⁰ Para profundizar sobre esta problemática, véase KOCH, A., "Internal corporate investigations: the waiver of attorney-client privilege and work-product protection through voluntary disclosures to the government", *American Criminal Law Review*, vol. 34, 1997, pp. 347-374.

abogado y su cliente¹²⁸¹. Así pues, la estrecha vinculación entre la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente y el derecho de defensa conduce a extender, ineludiblemente, tales garantías de confidencialidad a las relaciones de las personas jurídicas con su abogado, ya que, desde el momento en que pueden ser sujetos pasivos de un proceso penal, es preciso reconocerles, sin ambages, el derecho de defensa técnica. Desde este punto de vista, resulta innegable que las conversaciones entre un abogado y su cliente corporativo deben estar protegidas por el deber de confidencialidad, de tal forma que se garantice la efectividad de la defensa letrada de las personas jurídicas en la misma medida que en relación con las personas naturales.

En este punto, resulta de interés determinar cuál es el ámbito objetivo de protección del secreto profesional, es decir, si sólo estarían protegidas aquellas informaciones, orales o documentales, a las que el letrado ha tenido acceso en su calidad de defensor (art. 416.2 LECrim) o si, por el contrario, deben entenderse protegidas, con carácter general, cualesquiera informaciones que reciba por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (art. 5.1 Código Deontológico). Esta determinación resulta especialmente importante en el ámbito empresarial en el cual, muchas veces, los abogados desempeñan funciones, no sólo de defensa procesal, sino también de asesoría empresarial, de gestión, de prevención delictiva etc. Así pues, mientras las personas naturales, habitualmente, sólo acuden al consejo del abogado cuando existe una previsión o posibilidad de verse involucrados en un litigio, las personas jurídicas, muchas veces, cuentan con asesoramiento jurídico generalizado en el marco de sus actividades económicas y, en ocasiones, incluso, pueden decidir internalizar los servicios jurídicos, por lo que tienen en su plantilla a un abogado de empresa¹²⁸². Pues bien, en este último caso, la determinación del ámbito objetivo protegido por la garantía de confidencialidad podría verse influida por la postura mantenida al respecto por el TJUE que, en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores por vulneración de las reglas de la competencia, excluye a los abogados de empresa del

¹²⁸¹ Sobre el derecho de defensa, como fundamento del secreto profesional, se pronuncia el TEDH, entre otras, STEDH de 20 de junio de 2000. Caso Foxley c. Reino Unido, párrafo 43; STEDH de 13 de marzo de 2007. Caso Castravet c. Moldavia, párrafo 49. En este sentido, la Corte Europea señala que “...el derecho, para el acusado, de comunicar con su abogado sin ser oído por terceras personas figura entre las exigencias elementales del proceso equitativo en una sociedad democrática y deriva del art. 6.3 c) del Convenio” (STEDH de 5 de octubre de 2006. Caso Viola c. Italia, párrafo 61). Así pues, si un abogado no pudiese entrevistarse con su cliente sin tal vigilancia y recibir de él instrucciones confidenciales, su asistencia perdería mucha de su utilidad (STEDH de 28 de noviembre 1991. Caso S. c. Suiza, párrafo 48). También el TS, en la resolución que condenó al Juez Garzón por prevaricación, afirmó que “En el desarrollo de la comunicación entre letrado y cliente, basada en la confianza y en la seguridad de la confidencialidad, y con mayor razón en el ámbito penal, es lo natural que aparezcan valoraciones sobre lo sucedido según la versión del imputado, sobre la imputación, sobre las pruebas existentes y las que podrían contrarrestar su significado inculpatario, sobre estrategias de defensa, e incluso podría producirse una confesión o reconocimiento del imputado respecto de la realidad de su participación, u otros datos relacionados con la misma. Es fácil entender que, si los responsables de la investigación conocen o pueden conocer el contenido de estas conversaciones, la defensa pierde la mayor parte de su posible eficacia” (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 79/2012, de 9 de febrero, RJ/2012\199, F. J. 7º); Tal relación entre el derecho de defensa y la confidencialidad de las comunicaciones abogado-cliente se ha visto recientemente positivizada en el art. 118. 4 LECrim, que ubica la regulación sobre su interceptación en un Título dedicado al defensa y no en sede de interceptación de las comunicaciones.

¹²⁸² De hecho, para ciertas entidades mercantiles, la ley señala que *habrá, con carácter obligatorio, un Letrado asesor del Órgano individual o colegiado que ejerza la administración* (art. 1º Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas Sociedades mercantiles).

ámbito de protección del derecho al secreto¹²⁸³.

Cuando el asesoramiento aparece vinculado a un proceso penal, actual o futuro, el derecho defensa y el derecho a no autoincriminarse se erigen en fundamento del deber de secreto profesional. En este sentido, se afirma que “*no existe duda, por su conexión con los derechos a la no autoincriminación y a la defensa, que el secreto profesional debe cubrir la comunicación efectuada por el cliente a su abogado sobre un hecho punible ya realizado en el marco de la presentación de un servicio de defensa en un procedimiento iniciado o de previsible iniciación o con el fin del conocimiento por el cliente de su situación legal*”¹²⁸⁴. En este sentido, aquellas comunicaciones o informaciones relacionadas, de forma más o menos directa, con el ejercicio efectivo del derecho de defensa, deben quedar protegidas ya que, de este modo se genera un clima de confianza favorable a la máxima efectividad del referido derecho fundamental. Así mismo, y en tanto que el deber de confidencialidad con el abogado responde, igualmente, a la protección del derecho a no declarar del cliente¹²⁸⁵, las declaraciones de naturaleza inculpativa, para la persona jurídica o para sus agentes, deberían gozar de una especial protección, sin que la relación laboral entre el abogado y la entidad pueda tener como consecuencia la desprotección de tal derecho fundamental.

Ahora bien, fuera de tal ámbito, litigioso o previo al litigio, no está claro cuál ha de ser el alcance del secreto. Así pues, es discutible que el asesoramiento prestado sobre la realización o ejecución de actos o negocios jurídicos, en cuanto a sus requisitos, contenido y efectos, se encuentre protegido por tal secreto en vista de que, dada su desconexión con el ámbito del litigio, la protección de los derechos de defensa y de no autoincriminación no le serviría de fundamento¹²⁸⁶. Sin embargo, si se entiende que el fundamento de la confidencialidad que informa la relación abogado-cliente radica en fomentar la transparencia del cliente con su abogado en beneficio de la calidad del servicio de asesoramiento jurídico o en el valor de la confianza, consustancial a la relación entre abogado y cliente¹²⁸⁷, la confidencialidad no se limitaría a las informaciones relacionadas con un concreto proceso, actual o futuro, sino que se extenderían a todas las informaciones recibidas o facilitadas por el abogado con tal de que respondiesen a una solicitud de asesoramiento legal o de contenido eminentemente jurídico¹²⁸⁸. En este sentido, se afirma que la confidencialidad se erige en una pieza

¹²⁸³ STJCE, 18 de mayo 1982, Caso *AM & S Limited*, C 155/79 *Rec.* 417 y STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, Caso *Akzo Nobel Chemicals y Akeros Chemicals/Comisión y otros*, *Rec.* C-550 P/2007

¹²⁸⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El secreto profesional del...ob. cit., p. 26.

¹²⁸⁵ Cfr. art. 5.1 Código Deontológico de la Abogacía Española.

¹²⁸⁶ En este sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El secreto profesional del...ob. cit., p. 16, afirma que fuera del ámbito del litigio, el secreto profesional del abogado no puede encontrar su fundamento ni en el derecho a la no autoincriminación ni en el derecho de defensa.

¹²⁸⁷ Según GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El secreto profesional del...ob. cit., pp. 16-17, el fundamento de la protección del asesoramiento legal desvinculado de un litigio, sería, precisamente el valor de la confianza que informa las relaciones abogado-cliente.

¹²⁸⁸ En esta línea, sostiene ARRIBAS LÓPEZ, E., “Un abogado, ¿lo es siempre a efectos penales?: a propósito de la STS de 17 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9069)”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 861, 2013, p. 6, a efectos de la comisión de los delitos especiales propios tipificados en el art. 467.1 y 2 CP, que las comunicaciones secretas deberían estar relacionadas con la defensa procesal de las partes, ya se trate de un proceso actual, ya de uno futuro, o bien, cuando menos, debieran tratar de algún consejo o asesoramiento de naturaleza jurídica.

clave para garantizar la buena calidad del asesoramiento jurídico en tanto que sirve para incentivar una “*comunicación franca y total entre los abogados y sus clientes*”¹²⁸⁹.

En todo caso, para el abogado integrado en la plantilla de la entidad, debería establecerse una protección selectiva de carácter funcional, de tal forma que sólo quedasen protegidas por el secreto profesional aquellas comunicaciones relacionadas con el asesoramiento estrictamente legal del ente o vinculadas a su defensa jurídica en un proceso, actual o potencial. Por consiguiente, quedarían fuera de este ámbito de protección aquellas informaciones reveladas al letrado al hilo de consultas sobre decisiones estratégicas o comerciales de la entidad, desconectadas de la necesidad de asesoramiento jurídico para prevenir una determinada responsabilidad legal o para preparar la defensa en un juicio actual o futuro. Igualmente quedarían excluidas las consultas realizadas para delinquir impunemente que convertirían al letrado en encubridor o, incluso, en cómplice de la entidad.

La clave estará, por lo tanto, en la naturaleza de las actividades desarrolladas por el letrado y no en la categoría profesional del asesor o en su integración en la plantilla de la entidad. En este orden de ideas, se hace necesario diferenciar entre las actividades propias del abogado, que cubrirían la defensa, la representación técnica y el asesoramiento jurídico, y otras referidas a tareas de consultoría empresarial o de intermediación o gestión de intereses ajenos, respecto de las cuales, por su desvinculación con el derecho de defensa y con las tareas propias de la función de abogado, no cabría imponer el deber de reserva¹²⁹⁰. Igualmente, es preciso distinguir cuando el asesoramiento jurídico se realiza para preparar un juicio o en previsión de un litigio futuro, caso en el que su fundamento radica en la protección de derechos fundamentales reconocidos en la CE, tales como el derecho de defensa y el derecho a la no autoincriminación, y cuando se trata de asesoramiento jurídico desligado del ámbito del litigio y, consecuentemente, el valor a proteger es la confianza propia de la relación abogado-cliente que, aun siendo un valor jurídicamente protegible, no afecta a ningún derecho fundamental, con lo que sería susceptible de limitación por ley¹²⁹¹.

Considero, por lo tanto, que el criterio funcional, que indaga en la naturaleza de las actividades que realiza el abogado, resulta más adecuado para determinar si le asiste el derecho-deber de confidencialidad, que el hecho de que preste sus servicios por cuenta propia o por cuenta ajena¹²⁹². El problema radica en que el deslinde entre tales

¹²⁸⁹ Con estas palabras se expresa la Corte Suprema estadounidense en el conocido caso *Upjohn Corporation. v. United States* 499 U.S. 383 (1981) en el que se reconoce el privilegio abogado-cliente a las corporaciones.

¹²⁹⁰ Más ampliamente, se puede ver esta idea en COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado...ob. cit., pp. 306-315, esp. pp. 306 y 312.

¹²⁹¹ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., “El secreto profesional del...ob. cit., pp. 17-18.

¹²⁹² De hecho, este es el criterio que sigue la normativa antiblanqueo al regular los deberes positivos de información y colaboración de los abogados con los órganos de persecución del blanqueo de capitales. En este sentido, el art. 2.1.ñ) Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (B.O.E núm. 103, de 29 de abril de 2010), señala como sujetos obligados a “*Los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en la concepción, realización o asesoramiento de operaciones por cuenta de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales, la gestión de fondos, valores u otros activos, la apertura o gestión de cuentas corrientes, cuentas de ahorros o cuentas de valores, la organización de las aportaciones*

actividades, sobre todo en el caso de los abogados internos, integrados en la plantilla empresarial, puede resultar muy difícil en la práctica, por lo que será preciso acudir a un análisis preeminente casuístico para determinar cuando el abogado ha realizado una actividad de asesoramiento en su calidad de letrado, por ejemplo, valorando los riesgos delictivos inherentes a una determinada actividad, y cuando ha actuado más bien como comercial, socio, directivo, asesor empresarial o agente de negocios.

Resulta especialmente relevante la posición del abogado de empresa dedicado a la prevención delictiva, para quien la negación de la protección de la confidencialidad supondría entorpecer, sino imposibilitar absolutamente, su función¹²⁹³. En realidad, el abogado interno está en una posición óptima para encargarse de las actividades de gestión y prevención de riesgos, así como de la depuración de responsabilidades internas en el seno de la empresa, sin que tenga sentido que, a mayor demanda de asesoramiento jurídico interno se responda retirando el privilegio de la confidencialidad al abogado de empresa¹²⁹⁴.

4.1.2.2.3- La Jurisprudencia del TJUE sobre la confidencialidad de las comunicaciones con el abogado interno

En este punto, cabe traer a colación la jurisprudencia del TJUE que viene a excluir a los abogados internos del ámbito protegido por el deber de confidencialidad, argumentando que tales abogados, los que están en nómina en la empresa, carecen, en el desarrollo de sus funciones de asesoramiento, de la necesaria independencia que caracteriza a la función de la abogacía. En este sentido, ya en 1982, el TJCE¹²⁹⁵ vino a establecer una sustancial diferencia entre los abogados, empleados o asalariados de la entidad, y aquellos que no están vinculados por ningún contrato de trabajo, considerando que sólo las comunicaciones mantenidas con estos últimos podrían considerarse protegidas por el secreto profesional. Así, señala el Tribunal de Justicia que tal exigencia, relativa a la situación y calidad de abogado independiente que debe reunir el asesor legal del que emane la correspondencia que debe protegerse, procede de la concepción de la función del abogado como un colaborador de la Justicia que debe proporcionar, con toda independencia y en el interés superior de ésta, la asistencia legal que el cliente necesita.

necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fideicomisos («trusts»), sociedades o estructuras análogas, o cuando actúen por cuenta de clientes en cualquier operación financiera o inmobiliaria», lo cuales deberán, además de adoptar otras medidas y cautelas para prevenir y evitar delitos de blanqueo, comunicar “al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias cualquier hecho u operación, incluso la mera tentativa, respecto al que, tras el examen especial a que se refiere el artículo precedente, exista indicio o certeza de que está relacionado con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo” (art. 18 Ley 10/2010, de 28 de abril).

¹²⁹³ COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos”, J. M., Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 287-318, p. 305; En un línea similar, afirma GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El secreto profesional del...ob. cit., p. 24, que la intervención del abogado interno en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de cumplimiento reclama la confianza que brinda la garantía del secreto.

¹²⁹⁴ COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado...ob. cit., p. 305.

¹²⁹⁵ STJCE, 18 de mayo 1982, Caso *AM & S Limited*, C 155/79, Rec. 417.

De tal forma que la contrapartida de esta protección es la disciplina profesional, impuesta y controlada en interés general¹²⁹⁶.

En esta línea, se resolvió también el *Caso Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión y otros*¹²⁹⁷ en el que se enjuiciaba la posible vulneración de la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente en un procedimiento sancionador por prácticas contrarias a la libre competencia. En tal procedimiento se habían utilizado como pruebas dos correos electrónicos cruzados entre el director general de la empresa y el abogado interno de la misma que, a su vez, era directivo de la entidad. El Tribunal, profundizando en el requisito de la independencia, estableció que *éste implica la ausencia de cualquier relación laboral entre el abogado y su cliente, de modo que la protección con arreglo al principio de la confidencialidad no se extiende a la correspondencia mantenida en el seno de una empresa o de un grupo de empresas con abogados internos*, entre otras cosas porque *el abogado interno no puede hacer frente a eventuales conflictos de intereses entre sus obligaciones profesionales y los objetivos y deseos de sus clientes de forma tan eficaz como un abogado externo* (apdo. 44). En definitiva, el TJCE sostiene que *el abogado interno no puede, independientemente de las garantías de que disponga en el ejercicio de su profesión, ser asimilado a un abogado externo*¹²⁹⁸, *debido a la situación de asalariado en la que se encuentra (...) que no le permite apartarse de las estrategias comerciales perseguidas por su empresa y que ponen en entredicho su capacidad para actuar con independencia profesional* (apdo. 47).

Así pues, de la citada resolución cabe deducir que el Tribunal comunitario considera el secreto profesional del abogado inaplicable a las relaciones entre una empresa y su abogado interno, limitando su ámbito de protección al abogado independiente, entendido como aquel que desde un punto de vista orgánico, jerárquico y funcional, tenga la condición de tercero en relación con la empresa que se beneficia de su asistencia¹²⁹⁹. A la vista de esta doctrina se afirma que *“desde el Derecho comunitario viene consolidándose una conceptualización débil del privilegio de la confidencialidad de las relaciones entre abogado y cliente, negando tal derecho al abogado no autónomo y circunscribiéndolo en cualquier caso a la relación profesional vinculada forzosamente a un proceso”*¹³⁰⁰. La razón básica aducida por el Tribunal radica en la falta de independencia del abogado interno, que estaría vinculado a las estrategias de la empresa.

¹²⁹⁶ STJCE, 18 de mayo 1982, Caso *AM & S Limited*, C 155/79, Rec. 417, apdo. 24.

¹²⁹⁷ STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, Caso *Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión y otros*, Rec. C-550 P/2007.

¹²⁹⁸ En la misma línea, la Comisión entiende que el Tribunal de Primera Instancia obró conforme a Derecho al afirmar que *los abogados internos y los abogados externos se encuentran manifiestamente en situaciones distintas, no comparables, debido especialmente a la integración personal orgánica, jerárquica y funcional de los primeros en el seno de las sociedades que los emplean* (apdo. 47). Además, en la referida resolución, el TJUE constata que, *de los ordenamientos jurídicos de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, no puede deducirse ninguna tendencia preponderante a favor de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones en el seno de las empresas o de los grupos de empresas con sus abogados internos* (apdo. 74).

¹²⁹⁹ COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado...ob. cit., p. 294.

¹³⁰⁰ Ídem., pp. 287-288.

Ahora bien, estas conclusiones, que justificaron el uso, en un procedimiento administrativo sancionador, de los correos electrónicos cruzados entre la dirección de la entidad y el abogado interno, no pueden trasladarse, a juicio de GASCÓN INCHAUSTI, automáticamente, al ámbito de los procesos penales, en vista de la sustancial diferencia existente entre ambos sectores del Derecho sancionador¹³⁰¹. Por el contrario, BANACLOCHE PALAO entiende que el abogado interno, al igual que el resto de los empleados, también se hallaría obligado a declarar, y que sus comunicaciones y conocimientos están excluidos de la confidencialidad propia de las relaciones entre abogado/cliente por su dependencia con la entidad asesorada¹³⁰².

Por otra parte, en la doctrina se ha criticado el requisito de la independencia del abogado como criterio para determinar la aplicabilidad del deber de confidencialidad. En esta línea, se afirma que su relación laboral con la empresa no debería impedir que se respetase el derecho-deber de confidencialidad¹³⁰³. Como apoyo de tal crítica se puede traer a colación el art. 27.4 EGA que viene a establecer que, en el contrato de trabajo de los abogados por cuenta ajena, habrá de respetarse la libertad e independencia básica para el ejercicio de la profesión¹³⁰⁴. A la luz de tal normativa, se sostiene que el ordenamiento español no diferencia entre tipos de abogados, según ejerzan la profesión por cuenta propia o por cuenta ajena, estando ambos sometidos a los mismos derechos, deberes y prohibiciones derivados de la asunción del código deontológico que realizan al colegiarse, siendo esto lo determinante de la posición de autonomía del letrado¹³⁰⁵.

Detrás de la decisión del TJUE para excluir a los abogados internos del ámbito de protección del secreto profesional hay, a mi juicio, dos razones fundamentales de carácter fundamentalmente utilitarista. Así pues, en primer lugar, ocurre que, tal y como se señaló en el apdo. anterior, existe una enorme dificultad práctica para deslindar las actividades del abogado interno como consultor jurídico y como asesor o consultor empresarial. Y, en segundo lugar, una extensión excesiva del ámbito de protección del secreto profesional, podría plantear el problema de que el abogado interno, omnipresente en las distintas secciones o actividades de la entidad, especialmente en aquellas más proclives a la comisión de delitos, fuese utilizado para crear un escudo protector que impidiese el acceso de las autoridades de persecución penal, tanto a

¹³⁰¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 144.

¹³⁰² BANACLOCHE PALAO, J., “Las diligencias de investigación...” ob. cit., pp. 204-205.

¹³⁰³ COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado...” ob. cit., p. 304.

¹³⁰⁴ Art. 27.4 RD 658/2001, de 22 de junio: “*La abogacía también podrá ejercerse por cuenta ajena bajo régimen de derecho laboral, mediante contrato de trabajo formalizado por escrito y en el que habrá de respetarse la libertad e independencia básicas para el ejercicio de la profesión y expresarse si dicho ejercicio fuese en régimen de exclusividad*”; Así mismo, el art. 2.4 Código Deontológico de la Abogacía Española señala que “*la independencia del abogado le permite rechazar las instrucciones que, en contra de sus propios criterios profesionales, pretendan imponerle su cliente, sus compañeros de despacho, los otros profesionales con los que colabore o cualquier otra persona, entidad o corriente de opinión, cesando en el asesoramiento o defensa del asunto de que se trate cuando considere que no pueda actuar con total independencia*”.

¹³⁰⁵ COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado...” ob. cit., p. 305; En la misma línea, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El secreto profesional del...” ob. cit., p. 24, afirma que resulta artificioso distinguir entre las posiciones de los abogados por la índole laboral o civil de su relación con el cliente y que, según la normativa profesional de la abogacía, también al abogado interno se le exige independencia.

materiales de investigación, como a fuentes de prueba claves para el enjuiciamiento efectivo de los delitos empresariales.

Ahora bien, coherentemente con la conclusión alcanzada en el apdo. precedente, a mi juicio, siempre que el abogado interno asesore jurídicamente a la entidad, ya sea en relación con un potencial o actual juicio, ya sea, más generalmente, en relación con las consecuencias legales de sus actuaciones, las comunicaciones, materiales e informaciones que maneje a tal fin debieran quedar protegidas. En el primer caso, cuando el asesoramiento se produce vinculado a un litigio, la protección tendría carácter constitucional, por exigencia del derecho de defensa (art. 24.2 CE). Además, en orden a desvirtuar el argumento de los obstáculos que supondría para la investigación penal conceder tal protección al abogado interno, es preciso diferenciar claramente, tal y como indica GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, el sustrato fáctico sobre el que se proyecta el secreto, del objeto del secreto, constituido por las fuentes de conocimiento que no pueden revelarse, que serían las comunicaciones del abogado con el cliente y con terceras personas, la persona del abogado y su material de trabajo¹³⁰⁶, pudiendo y debiendo accederse por otras vías a los hechos sobre los que se proyecta la protección.

En cualquier caso, la doctrina del TJUE deja claro que, en relación a los abogados externos, no se plantearán problemas para considerarlos cubiertos por tal privilegio, de modo que podrán negarse a declarar, así como a exhibir documentos relacionados con el asesoramiento que hayan dispensado a la persona jurídica, por lo que una eventual externalización de servicios podría ser una fórmula muy útil para garantizar la confidencialidad¹³⁰⁷. En este sentido, de la citada resolución cabe extraer como lección que las investigaciones internas deben encargarse a abogados externos porque, en otro caso, el MF podría requerir, por medio del abogado interno, todos los resultados de la investigación y la documentación analizada y producida durante las pesquisas¹³⁰⁸. Así mismo, se advierte que, una vez que surjan sospechas de haberse cometido un delito o se inicie un eventual proceso penal, la estrategia más adecuada para la entidad pasaría, o bien, por contratar a un abogado externo y no vinculado con la dirección de la entidad, o bien por encargar al abogado interno su defensa procesal quedando, desde ese instante, protegido por el secreto.

En definitiva, tomando en consideración lo dicho en el apdo. anterior acerca del ámbito de protección de la confidencialidad y las críticas a la postura del TJUE cabe afirmar que la solución ideal, en el plano teórico, pasaría por proteger aquellas comunicaciones de un abogado con su cliente cuando el contenido de éstas responda a una necesidad de asesoramiento jurídico, ya se trate de un abogado interno o externo, mientras que si se trata de un asesoramiento puramente empresarial relativo, por ejemplo, a directrices de actuación económica o a estrategias comerciales, económicas, fiscales o financieras, independientemente de que se trate de un asesor externo o interno, éstas no estarían protegidas por el secreto. Sin embargo, ante la dificultad práctica de deslindar unas y

¹³⁰⁶ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El secreto profesional del...ob. cit., p. 25.

¹³⁰⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 145.

¹³⁰⁸ NIETO MARTÍN, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción” en AA.VV., L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (dirs.), *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 191-210, p. 206.

otras comunicaciones, y tomando en la debida consideración la doctrina del TJUE al respecto, lo más adecuado para asegurar la protección del inalienable derecho de defensa de la entidad investigada sería que, una vez que existan sospechas de haberse cometido un hecho delictivo, el abogado interno se abstenga de intervenir en el asesoramiento de la entidad y que se acuda a un letrado externo.

4.1.2.3- El derecho de asistencia jurídica gratuita

El derecho de asistencia jurídica gratuita es un derecho de configuración legal que, sin embargo, por su carácter instrumental en relación con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), el derecho de defensa (art. 24.2 CE) y el derecho a la igualdad (art. 14 CE), pasa a tener, por vía mediata, el carácter de auténtico derecho fundamental susceptible de amparo constitucional¹³⁰⁹. La relación entre el derecho de asistencia jurídica y los derechos a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su faceta de derecho de acceso a la jurisdicción y el derecho a un proceso con todas las garantías en el que, en ningún caso, puede producirse indefensión (art. 24.2 CE), aparece reconocida en el apdo. 1, “Justificación de la Reforma”, de la propia Exp. Mot. de la LAJG¹³¹⁰, así como en el art. 20 LOPJ.

Pues bien, a los efectos de este estudio, es necesario hacer hincapié en el carácter instrumental del derecho de asistencia jurídica gratuita, que sirve de concreción y garantía de la igualdad de armas y del derecho a la asistencia letrada¹³¹¹, lo que le convierte en “*un imperativo de inexcusable cumplimiento para quienes deben garantizar los derechos constitucionales del justiciable, sin que pueda venir su denegación por otra circunstancia que no sea la suficiencia de recursos económicos de quien lo solicita, o su concesión por la situación contraria*”¹³¹². En efecto, si al que no tiene medios no se le da la oportunidad de obtener una defensa efectiva de sus derechos, se le produciría una auténtica indefensión¹³¹³.

¹³⁰⁹ Así, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., *Constitución y poder judicial*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013, p. 368, repara en este carácter de derecho fundamental por su relación con el derecho a la igualdad y a la tutela judicial efectiva; Así mismo, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Justicia gratuita: un imperativo constitucional...*ob. cit., p. 44, insiste en su carácter de derecho constitucional, consagrado en el art. 119 CE, y derivado del reconocimiento en el art. 24 CE del derecho de acceso a los Tribunales a todos los ciudadanos, que requiere que el Estado desarrolle las actuaciones necesarias para que el ejercicio de estos derechos sea real y efectivo; Igualmente, la jurisprudencia constitucional le reconoce tal carácter de derecho fundamental, entre otras, en las SSTC 95/2003, de 22 de mayo y 127/2005, de 23 de mayo, dada su instrumentalidad en relación con el derecho de acceso a la justicia (art. 24.1 CE).

¹³¹⁰ Tal texto dispone lo siguiente: “*al objeto de asegurar a todas las personas el acceso a la tutela judicial efectiva, el artículo 119 del propio texto constitucional previene que la Justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”.

¹³¹¹ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., *Constitución y poder judicial...*ob. cit., pp. 367-368.

¹³¹² CALVO SÁNCHEZ, M^a del C., “Prólogo”, *Ley de Asistencia Jurídica Gratuita*, Madrid, 1996, p. 13.

¹³¹³ ALMAGRO NOSETE, J.; TOMÉ PAULÉ, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Civil*, 2^o ed., Trivium, Madrid, 1994, p. 586.

La legislación actual parte de un principio general de exclusión de las personas jurídicas del ámbito personal del derecho de asistencia jurídica gratuita¹³¹⁴, siendo las personas naturales las principales destinatarias de la protección que tal derecho otorga. En este sentido, la LAJG, al determinar el ámbito personal de aplicación del derecho, tras referirse a las personas físicas, nacionales o extranjeras, que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, indica, con carácter tasado y muy limitado, qué personas jurídicas serían beneficiarias de la prestación de asistencia jurídica gratuita. Así, distingue, de una parte, ciertas entidades que gozan de la gratuidad de la justicia sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar –como sería el caso de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social (ex art. 2. b) LAJG), la Cruz Roja Española, las Asociaciones de Consumidores y Usuarios¹³¹⁵ y las asociaciones de utilidad pública que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las personas con discapacidad¹³¹⁶ (ex D. A. 2º LAJG)-, y de otra parte, aquellas que deben acreditar la insuficiencia de recursos –que serían las asociaciones de utilidad pública¹³¹⁷, y las fundaciones inscritas en el Registro público correspondiente (ex art. 2. c) LAJG) -.

Este limitado reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita deja fuera a la mayor parte de las estructuras asociativas o corporativas reconocidas por la legislación civil y, singularmente, a las sociedades mercantiles o de capital que, previsiblemente, serán las principales destinatarias de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por eso, cabe preguntarse, en primer lugar, si, en relación con las personas jurídicas, existe un ámbito constitucional del derecho que, al margen de lo dispuesto por el legislador, debería quedar en todo caso garantizado. Y, sobre todo, si la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta relevante en orden a determinar la ampliación del ámbito personal de la prestación o no.

En relación con esta última cuestión hay que señalar que para determinar el alcance del derecho de asistencia jurídica gratuita, el tipo de proceso de que se trate no resulta indiferente. En este sentido, podrían resultar ilustrativas las alegaciones del abogado del Estado, recogidas en los antecedentes de la STC 117/1998, de 2 de junio, para negar el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita a una entidad mercantil. Se argumentaba, en este sentido, que no correspondía la prestación en tanto que se trataba de un procedimiento de suspensión de pagos, que no constituía una suerte de “*proceso obligatorio*” como podría serlo la quiebra o el concurso, sino que poseía un carácter voluntario, una pura “*carga*” en sentido técnico, y que tampoco ostentaba ningún relieve público específico. Por el contrario, en un proceso penal, la obligatoriedad o sujeción al mismo del sujeto pasivo resulta indiscutible, al igual que su relevancia pública, en vista de los intereses que en el mismo se dilucidan. En la misma línea, la STC 16/1994, de 20 de enero, señaló que “*el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia gratuita a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular*

¹³¹⁴ MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 19; En el mismo sentido, CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. Mº., “Representación y defensa de la persona jurídica...ob. cit., p. 183, constata que la LAJG parte de una consideración general que es la de excluir a la persona jurídica de su ámbito de aplicación.

¹³¹⁵ En los términos previstos en el art. 2.2 Ley 26/1984 de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹³¹⁶ Señaladas en el art. 1.2 Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹³¹⁷ Previstas en el art. 32 LORDA.

*la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado -penal, laboral, civil, etc.- o incluso del tipo concreto de proceso (...)*¹³¹⁸, poniendo, nuevamente, de manifiesto que el orden jurisdiccional de que se trate, la publicidad de los intereses que se dirimen en el proceso o el grado de sujeción de las partes al mismo, son factores a tener en cuenta a la hora de establecer el ámbito protegido por el derecho de justicia gratuita. Así pues, en mi opinión, el hecho de que las personas jurídicas hayan pasado a ocupar la posición de parte pasiva en el proceso penal, obliga a replantearse la cuestión de su titularidad en relación con el derecho de asistencia jurídica gratuita.

Por otra parte, a pesar de que la postura legislativa, en cuanto a la exclusión generalizada de las personas jurídicas resulta clara, no cabe ignorar que el art. 119 CE supone una ampliación del ámbito material de este derecho prestacional. Este precepto, reconoce la prestación, *en todo caso*, a quien acredite insuficiencia de recursos para litigar, sin que la ley pueda limitar ese núcleo constitucional irreductible. Ahora bien, el TC ya se pronunció en su momento sobre la constitucionalidad de la LAJG en relación con los arts. 14, 24 y 119 CE, en lo atinente a la exclusión general de las personas jurídicas. Sobre este particular, la STC 117/1998, de 2 de junio¹³¹⁹, declaró que la acreditación de la insuficiencia de recursos es sólo reconducible a la persona física *“única de la que puede predicarse un nivel mínimo de subsistencia personal y familiar”* (F. J. 5º). Para llegar a esta conclusión, el Alto Tribunal se remitió a una sentencia anterior, en la que ya había delimitado el ámbito constitucionalmente protegible del derecho, disponiendo que *“la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso (...) sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia por falta de recursos económicos”*¹³²⁰. Dicho en otras palabras, deben sufragarse los gastos procesales a quienes, de exigirse ese pago, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar¹³²¹.

Si se atiende a parámetros tales como las necesidades vitales y familiares o el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar, parece claro que el derecho no resultaría extensible a las personas jurídicas, que quedarían excluidas del ámbito de protección del art. 119 CE, permaneciendo el reconocimiento del derecho para tales entidades

¹³¹⁸ STC 16/1994, de 20 de enero, F. J. 3º.

¹³¹⁹ Sobre esta resolución, véase GARBERÍ LLOBREGAT, J., “El derecho a la asistencia jurídica gratuita de las personas jurídicas (Sobre la Sentencia 117/1998, de 2 junio, del Tribunal Constitucional)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 1998, pp. 609-622.

¹³²⁰ STC 16/1994, de 20 de enero, F. J. 3º. Ahora bien, la remisión a esta resolución anterior, en la STC 117/1998, de 2 de junio, que trataba de dilucidar la cuestión de la titularidad del derecho de asistencia jurídica gratuita por las personas jurídicas ha sido criticado, a mi juicio con razón, por GARBERÍ LLOBREGAT, J., “El derecho a la asistencia jurídica gratuita...ob. cit., pp. 609-622, dado que aquella primera sentencia de 1994 intentaba determinar la constitucionalidad de utilizar el salario mínimo interprofesional como canon de referencia para evaluar la existencia o no de la insuficiencia de recursos para litigar. Este es el motivo por el cual aquella resolución, evidentemente, sólo contendía declaraciones jurisprudenciales relativas a las personas físicas, a las que aquel elemento normativo salarial aparece exclusivamente anudado, y en ningún caso a las personas jurídicas, con respecto a las que carece por completo de operatividad. En esta misma crítica ahonda el F. J. 4º del voto particular del Magistrado García Manzano a la STC 117/1998, de 2 de junio

¹³²¹ STC 16/1994, de 20 de enero, F. J. 3º.

colectivas sometido a la absoluta discrecionalidad legislativa. Sin embargo, tal y como se acaba de referir, la entrada en vigor de un auténtico sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas conlleva, a mi modo de ver, una ineludible necesidad de repensar el ámbito de protección del derecho de asistencia jurídica gratuita. En este sentido, la nueva posición de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal, y la centralidad del derecho de defensa en el seno del mismo, podría obligar a adaptar los parámetros determinantes de lo que debe entenderse, a estos efectos, por *insuficiencia de recursos para litigar*, en vista de que la construcción antropomórfica de tal umbral, haciéndolo depender de las necesidades vitales y familiares del sujeto, estaría desconociendo el agravio que, para el derecho defensa, podría suponer negar a una persona jurídica imputada el derecho a un abogado de oficio cuando ésta no puede sufragar los costes de la asistencia letrada.

En cualquier caso, no faltan voces en contra de tal reconocimiento que sostienen que la caracterización de las sociedades de capital como entidades con ánimo de lucro en las que domina el interés particular, opuesto al interés general, que es por el que se decanta la LAJG, constituye una manifestación contraria a la gratuidad de la justicia para las personas jurídicas¹³²². Sin embargo, en mi opinión, su caracterización como entidades con ánimo de lucro no permite excluirlas *a priori* y de forma absoluta del ámbito de tal derecho de asistencia jurídica gratuita que, aunque tiene un contenido económico, se orienta a preservar valores y derechos que no son de naturaleza patrimonial. Así pues, si se asume, como aquí se hace, que la persona jurídica es titular de los derechos a la tutela judicial efectiva y un proceso con todas las garantías, el derecho de asistencia jurídica gratuita debiera también serles reconocido en tanto que instrumental de aquellos¹³²³, sin que, tal y como se señalaba al inicio de este apdo., reproduciendo las palabras de CALVO SÁNCHEZ, *pueda venir su denegación por otra circunstancia que no sea la suficiencia de recursos económicos de quien lo solicita, o su concesión por la situación contraria*¹³²⁴.

De hecho, la doctrina se ha pronunciado de forma mayoritaria a favor de ampliar el ámbito personal del derecho a la asistencia jurídica gratuita para aquellas entidades que acrediten insuficiencia de recursos para litigar en un proceso penal en el que resulten imputadas¹³²⁵. En esta línea, se sostiene que *“el actual artículo 31 bis del CP establece*

¹³²² CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^o, “Representación y defensa de la persona jurídica...ob. cit., p. 185; Así pues, tal y como indica GUTIÉRREZ ZARZA, A., *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1998, p. 94, nota 60, En Francia, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a las personas morales *sin ánimo de lucro* siempre que tengan su sede en territorio francés y carezcan de recursos económicos suficientes (la cursiva es mía).

¹³²³ Por su parte, RIBA TREPAT, C., “Análisis crítico de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita”, *Justicia*, 1997, núm. 3, pp. 911-949, p. 917, critica el trato desigual que reciben las personas jurídicas en este punto.

¹³²⁴ CALVO SÁNCHEZ, M^o del C., “Prólogo”, *Ley de Asistencia Jurídica...ob. cit.*, p. 13.

¹³²⁵ Se han pronunciado a favor de una modificación legislativa en este sentido, entre otros, los siguientes autores: GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., pp. 19-102, p. 59; PÉREZ GIL, J., “Cauces para la declaración de responsabilidad...ob. cit., p. 589; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.; DE ARANDA Y ANTÓN, G., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 52; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2011)...ob. cit.; Del mismo autor “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2012)...ob. cit., p. 363; GÓMEZ COLOMER J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., p. 214; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis

*un marco jurídico de la entidad suficiente como para que el legislador plantee en un futuro inmediato una regulación distinta del derecho a la asistencia jurídica gratuita en relación a los entes societarios que acrediten una situación económica que les impide hacer frente a los gastos derivados del proceso*¹³²⁶.

Entre los argumentos empleados para proponer la modificación de la LAJG en orden a extender la asistencia jurídica gratuita a las personas jurídicas, ocupan un lugar destacado la necesidad de garantizar el derecho de defensa y de respetar el principio de igualdad. Así pues, en relación con el principio de igualdad se afirma que la actual regulación implicaría una situación irregular causante de una *“importante discriminación entre las personas físicas y las personas jurídicas, debiendo modificarse la ley para que las personas jurídicas se beneficien de la justicia gratuita en idénticas condiciones que la persona física”*¹³²⁷. Por otra parte, se esgrime la necesidad de tal modificación legislativa como forma de garantizar el derecho de defensa letrada a la persona jurídica¹³²⁸, de tal forma que se eviten situaciones de indefensión¹³²⁹.

El argumento relativo a la quiebra del principio de igualdad no puede ser compartido, en tanto que, como ya estableció en su momento el TC, la distinta naturaleza y función de las personas físicas y las personas jurídicas permite afirmar que se trata de realidades diferentes que, por tanto, permiten y justifican un trato legal desigual, especialmente cuando nos hallamos ante un derecho prestacional como el contemplado en el art. 119 CE que, siendo de configuración legal, legitima al legislador para establecer la diferente regulación por la que ha optado, atendiendo a las distintas realidades que encierran la persona física y la persona jurídica¹³³⁰. A pesar de que ambos sujetos puedan ocupar, en el marco del proceso penal, la posición de investigados, encausados y acusados esto no resulta suficiente para entender que se trate de realidades semejantes y que, por lo tanto, exijan un tratamiento legal homogéneo¹³³¹. Ni siquiera la diferencia de trato legal entre

de la regulación legal...ob. cit., p. 226, nota 96; MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M^a. J., "La responsabilidad penal de las...ob. cit., p. 387; CARRETERO SÁNCHEZ, A., "Aspectos sustantivos y procesales...ob. cit.; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 72; GARCÍA PÉREZ, J. J., "Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 17, nota 21; CASTILLEJO MANZANARES, R., "Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 972-973.

¹³²⁶ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^a., "Representación y defensa de la persona jurídica...ob. cit., p. 184.

¹³²⁷ MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M^a. J., "La responsabilidad penal de las...ob. cit., p. 387.

¹³²⁸ En este sentido, DE ARANDA Y ANTÓN, G., "Aspectos procesales de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 52, entiende que la modificación legal es necesaria a fin de preservar los derechos a la defensa y a la asistencia letrada (art. 24.2 CE) de la persona jurídica; En la misma línea se puede ver también PÉREZ GIL, J., "El proceso penal contra...ob. cit., p. 395; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2011)...ob. cit.; Del mismo autor "La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2012)...ob. cit., p. 363.

¹³²⁹ En este sentido, se ha pronunciado GÓMEZ COLOMER J. L., "El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., p. 214, para quien, si no se modifica la legislación actual la posibilidad de causar indefensión es más que evidente; También se ha pronunciado al respecto GASCÓN INCHAUSTI, F., "Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., pp. 19-102, p. 59; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 72, para quien es necesaria una adecuación de la LAJG a esta nueva realidad, si no se quiere dar lugar a situaciones de genuina indefensión.

¹³³⁰ STC 117/1998, de 2 de junio, F. J. 8^o.

¹³³¹ En este sentido, se pronunció ECHARRI CASI, F. J., "Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit., para quien la exclusión legal, no absoluta, de las personas jurídicas en cuanto a la asistencia jurídica gratuita, no va en contra del principio de igualdad; Tampoco la FGE, Circular 1/2011, p. 89, admite que no supone diferencia de trato con las personas físicas, al tratarse de realidades diferentes que permiten y justifican el trato desigual.

las personas jurídicas societarias y las constituidas para fines de interés general encierra lesión alguna del art. 14 CE, pues posee una evidente justificación, objetiva y razonable, dentro del amplio margen de libertad de configuración del que goza el legislador a tenor del art. 119 CE¹³³².

Así pues, creo que el fundamento para la extensión del derecho de asistencia jurídica gratuita a los entes colectivos debe encontrarse, precisamente, en el derecho de defensa que asiste a todo sujeto pasivo del proceso, desde que se le atribuye el hecho punible investigado hasta la extinción de la pena (art. 118.2 LECrim). Es la imperiosa necesidad de garantizar tal derecho y de prevenir situaciones de indefensión constitucionalmente proscritas (art. 24.2 CE), lo que debería conducir, a mi juicio, a revisar el ámbito de aplicación personal del derecho de asistencia jurídica gratuita al hilo de la introducción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde que las mismas pueden ser declaradas penalmente responsables es necesario que, correlativamente, se aseguren sus posibilidades de defensa, lo que implica garantizar su acceso a una efectiva defensa técnica. En este punto, no se puede olvidar el interés público que está en juego en el proceso penal y la correlativa dimensión pública del derecho de defensa a la que ya se ha hecho referencia *ut supra*. Consecuentemente, en la medida en que se constate fehacientemente que la persona jurídica no tiene recursos suficientes para litigar, será preciso reconocerle el derecho a la asistencia jurídica gratuita¹³³³.

En particular, hay dos situaciones en las que el reconocimiento de este derecho a las personas jurídicas podría resultar especialmente necesario. Así pues, cuando la entidad se encontrase en concurso de acreedores¹³³⁴ y cuando todos sus bienes, o la mayor parte de los mismos, se encontrasen embargados¹³³⁵. Por otra parte, desde una visión

¹³³² STC 117/1998, de 2 de junio, F. J. 8º.

¹³³³ Por su parte, en Estados Unidos, el derecho a abogado de oficio sólo lo tienen, generalmente, quienes pueden ser sentenciados a una pena de prisión, si bien algún autor ha puesto de manifiesto la necesidad de reconocer el derecho de abogado de oficio para los acusados corporativos en determinados supuestos. El análisis utilitarista establecido en el caso *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906) determina que si un derecho se reconoce a las personas jurídicas y en qué medida, contraponiendo dos intereses, por una parte, que los poderes de investigación y persecución penal no sufran demasiado y, por otra, que se establezcan garantías para que el Estado no abuse de su poder. Desde esta lógica utilitarista, HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...ob. cit., pp. 881-885, argumenta que el reconocimiento del derecho a un abogado de oficio no tendría efectos significativos en los poderes de investigación del gobierno, como ocurriría por el contrario con otros como el reconocimiento del derecho a no declarar, sino que simplemente se orientaría a asegurar una resolución justa, mientras que la denegación de tal derecho podría dar lugar a ciertos abusos por parte de las autoridades de persecución penal que, acordando un amplio embargo de los bienes de la entidad, podrían privarla de asesoramiento jurídico, forzándola así a llegar a un acuerdo con la fiscalía.

¹³³⁴ En este sentido, GÓMEZ COLOMER, J. L., “El nuevo régimen del beneficio de asistencia jurídica gratuita”, *La Ley*, 1996, núm. 2, pp. 1579-1587, p. 1582, llama la atención sobre la especial utilidad que presenta el reconocimiento de este derecho en ciertos procesos, como por ejemplo, en los concursales; Sin embargo, en la STC 117/1998, de 2 de junio, el abogado del Estado razonaba del siguiente modo, en contra de reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a las entidades concursadas: los gastos que generen los procesos de quiebra y concurso deben satisfacerse a cargo de la masa correspondiente. Por tanto, “reconocer el derecho a la asistencia gratuita en favor de los acreedores, por el hecho de serlo en un procedimiento concursal, y al margen de las necesidades concretas de cada uno, nos llevaría a desbordar el alcance y finalidad del propio derecho y a la proclamación de la absoluta gratuidad de la justicia”.

¹³³⁵ Precisamente, en Estados Unidos uno de los supuestos en que HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...ob. cit., pp. 881-883, entiende necesario proveer a la persona jurídica de un abogado

puramente economicista hay que tener en cuenta que extender el derecho a los acusados corporativos, que sólo en limitados supuestos tendrían acceso a él, no implicaría un significativo aumento del gasto público¹³³⁶, sobre todo, si se toma en cuenta el umbral económico señalado para las fundaciones y asociaciones de utilidad pública (art. 3.5 LAJG), que exige que la entidad carezca patrimonio y obtenga un resultado contable, en cómputo anual, que no supere el triple del IPREM.

Ahora bien, posicionarse a favor del reconocimiento del derecho no implica desconocer los riesgos que conlleva. Por eso, tal propuesta de *lege ferenda* debería ir acompañada de una serie de controles dirigidos a corroborar la veracidad de la falta de recursos que, obviamente, debiera responder a una situación de necesidad real y no provocada fraudulentamente¹³³⁷. En este sentido, sería preciso dotar a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de mecanismos legales de control administrativo para verificar la efectiva falta de caudales en el patrimonio de la persona jurídica imputada, evitando así la utilización del derecho con fines espurios, y procurando estar alerta ante desplazamientos patrimoniales u otras operaciones económicas o financieras realizadas en fraude de ley¹³³⁸. En esta misma línea, advierte el abogado del Estado, en la tantas veces referida STC 117/1998, de 2 de junio, que, en lo que respecta al derecho a la asistencia jurídica gratuita, la insolvencia de la persona jurídica no puede considerarse con independencia de la capacidad económica de las personas físicas que la integren, porque de lo contrario cristalizarían, a buen seguro modalidades y fenómenos de fraude no queridos por el ordenamiento, en tanto que, los socios podrían, a su antojo, a través de una disminución de capital, o una distribución oportuna de beneficios, crear, objetiva y verazmente, un estado económico expresivo de la imposibilidad de atender a los gastos de un litigio.

Además, al igual que la ley establece para las personas físicas el parámetro de los ingresos familiares, en el caso de las personas jurídicas sería admisible, y aun aconsejable, tomar en consideración los vínculos económicos que puedan existir entre varias personas jurídicas, aunque estas sean formalmente independientes y ostenten personalidad jurídica propia, así como la comunidad patrimonial o los desplazamientos económicos que puedan darse entre la entidad y sus socios o propietarios. En este sentido, la ley podría prever la transferencia e imputación de gastos a quienes, sin asumir la condición de inculpados, mantienen intensos vínculos organizativos, económicos y estratégicos con la entidad inculpada¹³³⁹. A tal efecto, se advierte la necesidad de ser especialmente cautelosos en las sociedades marcadas por el componente personal, tales como las sociedades colectivas, las limitadas con un único

de oficio es cuando se ha acordado la incautación de sus activos, en tanto que, en otro caso, sin activos libres para contratar un abogado, la entidad podría verse forzada a aceptar una conformidad (*guilty plea*) con lo que, en tal contexto, negarles el derecho de asistencia gratuita podría incentivar abusos por parte de la Fiscalía.

¹³³⁶ HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...ob. cit., p. 884.

¹³³⁷ Desde esta perspectiva, apunta GARBERÍ LLOBREGAT, J., “El derecho a la asistencia jurídica gratuita...ob. cit., pp. 609-622, que el punto crucial debiera ser la acreditación del estado de insolvencia para litigar, adoptando al efecto las cautelas imprescindibles que permitan a los órganos competentes el poder determinar con garantías si dicha situación de penuria económica es o no real, y si obedece o no a alguna maniobra fraudulenta realizada con el propósito de hacerse acreedor al reconocimiento del derecho a la justicia gratuita.

¹³³⁸ CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M^o., “Representación y defensa de la persona jurídica...ob. cit., p. 185.

¹³³⁹ Cfr. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 973.

socio o las familiares, supuestos en los que correspondería a la norma establecer en qué medida los socios tendrían que asumir de forma personal los gastos de asistencia jurídica de la entidad. Así mismo, sería preciso determinar si, en los grupos de empresas, la determinación de la insuficiencia de recursos debiera hacerse en relación con las entidades individualmente consideradas o, tomando en cuenta, el estado financiero del grupo. Por ejemplo, en Alemania, las personas jurídicas y las asociaciones con capacidad para ser parte gozan de asistencia jurídica gratuita, pero ésta se condiciona a que su pago no pueda ser asumido por el patrimonio de la sociedad, ni por los interesados en el proceso, y a que la omisión de la defensa jurídica contradiga los intereses generales (art. 116.2 ZPO)¹³⁴⁰.

Es preciso, por lo tanto, establecer ciertas cautelas para evitar situaciones fraudulentas, si bien, al establecer los oportunos controles y correcciones legales, hay que tener cuidado con no confundir el patrimonio de la mercantil con el de sus socios. En la STC 117/1998, de 2 de junio, se planteaba, precisamente, la disyuntiva entre entender que la persona jurídica, como unidad patrimonial independiente de la de sus miembros, es la única que debe hacer frente a los gastos que ocasione el proceso y que, por lo tanto, su patrimonio es el único que debe ser analizado en orden a determinar si concurre una efectiva carencia de recursos, o bien, si se debería tener también en cuenta la situación patrimonial personal de los socios. La sentencia sugiere una cierta identificación entre el patrimonio de la entidad y el de sus socios, mientras que, el Magistrado D. Pablo García Manzano, en su voto particular, observa, a mi juicio correctamente, que tal identificación, sólo es predicable en las sociedades personalistas, como las colectivas, pero no se produce en las sociedades de capital, donde existe una clara separación jurídica entre uno y otro patrimonio, concluyendo, al respecto, que *“el concernido aquí, en cuanto susceptible de quedar por debajo del nivel o quantum económico exigido, es el patrimonio de la sociedad, sin que sea necesario que se acredite la «pobreza» de todos y cada uno de los socios que la integran. La confusión patrimonial no se acomoda a la personificación en el tráfico jurídico de estos entes societarios, siendo además de tener en cuenta que el derecho se reclama para litigar derechos propios”*.

En definitiva, considero que, en caso de atenderse a la propuesta de *lege ferenda* de adaptar la legislación a la exigencia constitucional del art. 119 CE también para las personas jurídicas que acrediten insuficiencia de recursos para litigar, la separación entre el patrimonio de la sociedad de capital y el de los socios es inevitable, sin perjuicio de que se establezcan ciertas cautelas que prevengan fraudes, operaciones económico-financieras o desplazamientos de patrimonio entre individuos y sociedad con el fin de acceder al referido derechos prestacional de forma injusta. Por lo tanto, mientras se trate de una sociedad mercantil y no haya indicios sobre la comisión de un fraude de ley, el único patrimonio a tener en cuenta debería ser el patrimonio social y no el de los socios, si bien sólo se concedería el derecho cuando la situación de necesidad fuese real y no intencionalmente provocada para acceder a la prestación.

¹³⁴⁰ GUTIÉRREZ ZARZA, A., *La asistencia jurídica gratuita...* ob. cit., p. 94, nota 60.

4.2.- El derecho a la presunción de inocencia

El derecho a la presunción de inocencia no es sólo un derecho subjetivo del sujeto pasivo del proceso, sino que constituye un principio estructural del proceso penal, que encierra una determinada concepción de verdad y condiciona la forma en que los poderes públicos pueden acercarse a la misma¹³⁴¹. De hecho, la esencia del proceso penal como sistema de garantías, se encuentra en constituir un método a través del que la acusación, por medio de la aportación de pruebas de cargo suficientes para destruir la presunción de inocencia del acusado, logre la convicción del juzgador en torno al acaecimiento de un hecho y la culpabilidad del acusado¹³⁴². Es más, cabe afirmar que la presunción de inocencia es expresiva de una elección política que tiende a preservar al individuo frente al arbitrio de la autoridad, que tiende a establecer la relación entre ciudadano y justicia sobre una concepción limitada del poder que privilegia la libertad del sujeto imputado¹³⁴³.

A pesar de la esencial importancia de este principio, en torno al cual se podría decir que gira la disciplina del enjuiciamiento penal¹³⁴⁴, no faltan autores que abogan por matizar su reconocimiento o su extensión en relación con las personas jurídicas¹³⁴⁵. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina apuesta por extender tal derecho a los entes colectivos¹³⁴⁶. En este sentido, la FGE entendió que la presunción de inocencia no es una garantía que sólo cobre sentido en relación con la condición de persona física del inculpado¹³⁴⁷, por lo que no se puede concluir, sino con la necesidad imperiosa de extenderla a las personas jurídicas inculpadas, al menos en dos de sus múltiples proyecciones, cuales son, su conceptualización como regla de tratamiento y como regla

¹³⁴¹ Sobre las distintas facetas que presenta la presunción de inocencia véase VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado*...ob. cit., pp. 265-280, para quien la presunción de inocencia, en nuestro derecho positivo, sería un criterio informador e inspirador del ordenamiento procesal penal, un criterio normativo de aplicación directa, un derecho fundamental del ciudadano y una verdad interina o provisional que la norma fundamental establece en favor de todas las personas; Por su parte, ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979, p. 5, sostiene que todas las principales garantías del imputado encuentran su síntesis en este derecho.

¹³⁴² En este sentido, exige la STC 25/1998, de 23 de febrero, que para que la actividad probatoria sea suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia es necesario que *“la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que, en él, tuvo el acusado”*. Para un estudio sobre la presunción de inocencia y la mínima actividad probatoria como presupuesto para destruirla, véase MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Zaragoza, 1997, pp. 176-317.

¹³⁴³ Cfr. DI BITONTO, M. L., *Studi sui fondamenti della procedura*...ob. cit., pp. 61-62.

¹³⁴⁴ En este sentido, afirma el TS que la presunción de inocencia es *“una norma que sirve de base a todo el procedimiento criminal y condiciona su estructura”* (STS (Sala 2ª) de 27 de septiembre de 1982, RJ 1982/4969, invocando la STC 30/1982, de 1 de junio).

¹³⁴⁵ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A., *“Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 728; Por su parte, DI BITONTO, M. L., Studi sui fondamenti della procedura...ob. cit., pp. 61-79, esp. 70-71, tras reconocer la trascendencia de este derecho como regla de enjuiciamiento en el proceso penal, admite excluir su aplicación a las personas jurídicas, en tanto que regla de tratamiento, dada la correlación de esta segunda faceta de la presunción de inocencia con la inviolabilidad de la libertad personal de las personas físicas.*

¹³⁴⁶ Véase JUANES PECES, A., *“Necesidades en la regulación procesal...ob. cit., p. 43, recordando que tal derecho rige, incluso, aunque con matices, en el procedimiento administrativo sancionador –art. 137 Ley 32/1992, de 26 de noviembre; GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 23, quien afirma que indudablemente le asiste este derecho a la persona colectiva*

¹³⁴⁷ FGE, Circular 1/2011, p. 76.

de enjuiciamiento¹³⁴⁸.

Para profundizar en ambas proyecciones de esta garantía constitucional cabe señalar que, como regla de tratamiento, el derecho a la presunción de inocencia supone que el acusado debe de ser considerado y tratado, a todos los efectos, como si fuese inocente mientras no haya sido condenado. Dentro de esta faceta de la presunción de inocencia se ubicaría el *favor libertatis* que tiende a evitar la restricción de la libertad personal del inculpado evitando que sea suprimida o restringida indebida o innecesariamente¹³⁴⁹.

Pues bien, en el caso de las personas jurídicas, el derecho a la presunción de inocencia, como regla de tratamiento, podría verse limitado por la naturaleza esencialmente preventiva de las medidas cautelares, que suponen una clara anticipación de las penas, cuestión sobre la que se profundizará en el apdo. 4.1, del epígrafe V de este mismo capítulo, relativo a las medidas cautelares. Simplemente, referir aquí que la dimensión claramente preventiva del aparato cautelar diseñado para las personas jurídicas, orientado principalmente a evitar la continuación o la reiteración delictiva, choca con esta proyección del derecho a la presunción de inocencia¹³⁵⁰. Ahora bien, como consecuencia de la extensión de este derecho a las personas jurídicas, cabe concluir que las medidas cautelares previstas en el CP, respecto de las cuales no se indica una duración determinada, no podrían, en ningún caso, igualar en duración a las correspondientes penas, ya que, en otro caso, y dada la identidad entre las penas y las medidas cautelares, se estaría anticipando claramente la condena de quien todavía debe ser considerado inocente. En cualquier caso, cabe advertir que, estas restricciones de la libertad del sospechoso presumido inocente, aun cuando suponen limitaciones al pleno reconocimiento de la presunción de inocencia, se deben a la radical limitación e imperfección de la justicia humana y se justifican cuando, además de ser necesarias para el desarrollo del proceso penal, se apoyan en un adecuado grado de verosimilitud, dependiendo de la etapa del procedimiento de que se trate¹³⁵¹.

Más trascendental resulta todavía la presunción de inocencia como regla probatoria o como regla de juicio penal¹³⁵². Esta proyección de la presunción de inocencia, como cristalización del principio general del *favor rei*, sirve para resolver los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba sobre un hecho fundamental, imponiendo al Tribunal *seguir la tesis más favorable al reo en todos los casos en que la acusación no haya suministrado la cumplida y suficiente prueba de los hechos en los que pretende fundar su imputación y petición de juicio y de condena*, de tal forma que se descarta que en nuestro enjuiciamiento criminal pueda hablarse con propiedad de carga de la prueba,

¹³⁴⁸ ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.; Sobre las diversas proyecciones de la presunción de inocencia, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A; GARCÍA FALCONÍ, R; GUEVARA BARCENES, A., “La presunción de inocencia y sus proyecciones en el proceso penal garantista”, en *El proceso penal, Tomo I, Derechos y garantías en el proceso penal*, Lima, 2014.

¹³⁴⁹ Sobre la relación entre el *favor libertatis* y la presunción de inocencia, véase VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado*...ob. cit., pp. 289-290.

¹³⁵⁰ Cfr. DI BITONTO, M. L., *Studi sui fondamenti della procedura*...ob. cit., pp. 70-71.

¹³⁵¹ Ídem., pp. 301-303.

¹³⁵² Sobre la distribución de las cargas probatorias y las reglas de juicio aplicables por el juzgador se profundizará en el apdo. 4 del epígrafe V del capítulo 3, dedicado a la prueba.

elaborada y aplicable tan sólo en el proceso civil¹³⁵³. Restaría aún hacer referencia a la máxima *in dubio pro reo* que vendría a disciplinar la actividad cognoscitiva del Juez, señalando que, en caso de duda sobre la culpabilidad del acusado, el juzgador debe absolver. Así pues, mientras que la presunción de inocencia, como verdad interinamente afirmada y mantenida, exige que una prueba adecuada la desplace para que el Tribunal pueda condenar, la máxima *in dubio pro reo* parte de la existencia de una duda, es decir, de un criterio subjetivo¹³⁵⁴.

De la presunción de inocencia como regla de juicio y del principio *in dubio pro reo* se deriva, por lo tanto, que si la acusación no consigue probar todos los elementos que configuran el ilícito por el que responde la entidad está deberá ser absuelta. Considero, en este sentido, que no resulta adecuado establecer unas exigencias probatorias más atenuadas para las personas jurídicas, que las que se vienen exigiendo para las personas físicas, por ello la convicción del juzgador debe alcanzarse mediante prueba suficiente, tanto respecto del hecho como de la culpabilidad de la entidad, obtenida y practicada con respeto a los derechos de la misma y a las garantías que disciplina el proceso penal¹³⁵⁵.

Consecuentemente, la condena a la persona física no es condición suficiente para condenar a la persona jurídica, siendo necesario que la acusación pruebe los requisitos típicos y los elementos que fundamentan la responsabilidad del ente, de acuerdo con el art. 31 bis CP. “*No serán válidas, entonces, las declaraciones de culpabilidad relativas a la persona física para enervar la presunción de inocencia de la persona jurídica*”, siendo controlable por el TS la existencia de una mínima actividad probatoria de la que se derive una prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia de esta última¹³⁵⁶. En definitiva, corresponde a la acusación probar que el hecho de referencia, típico y antijurídico, fue cometido por un sujeto cualificado para generar la responsabilidad penal del ente, que tal hecho constituye un delito de los imputables a las personas jurídicas y que su actuación fue realizada en nombre o por cuenta de la entidad y en su provecho. Adicionalmente, para el caso de que el sujeto que delinquiró no ocupe el cargo de administrador ni representante de la entidad, u otro que le otorgue poder para decidir en nombre de la misma o para ejercer facultades de organización y control en su seno, la acusación deberá probar que existió un grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados que hizo posible la comisión del delito en cuestión.

¹³⁵³ Ídem., pp. 283-285; En la misma línea, afirma NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal*...ob. cit., p. 278, que, en el proceso penal, no rige el esquema de la carga de la prueba, sino el principio básico de la presunción de inocencia, de lo cual se deriva la imposibilidad de exigir al reo que aporte pruebas en su descargo para lograr su absolución, correspondiendo a la acusación probar todos los elementos constitutivos del delito, así como la culpabilidad del acusado.

¹³⁵⁴ Así lo afirma VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado*...ob. cit., pp. 287, 291-294, para quien, la principal diferencia entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo* radica en que este último envuelve un problema subjetivo de valoración de la prueba, y como tal cuestión subjetiva o psicológica, difícil de fiscalizar o controlar por medio de recurso, mientras que el planteamiento objetivo de la presunción de inocencia si admite fiscalización por los órganos judiciales superiores.

¹³⁵⁵ ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...”ob. cit.

¹³⁵⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales...”ob. cit., p. 303.

La última reforma del CP¹³⁵⁷ introdujo la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad, a pesar de haberse cometido un delito en las circunstancias anteriormente expresadas, cuando concurren una serie de condiciones, entre las que destaca la adopción de un modelo de organización y gestión adecuado para la neutralización o para la reducción del riesgo de comisión del delito supuestamente perpetrado. En tal caso, será la propia entidad la que deba probar la concurrencia de los elementos determinantes de esa exención de responsabilidad, de tal suerte que, si sólo consigue acreditarlos parcialmente, según lo dispuesto en el CP, será declarada responsable, si bien, correspondiéndole una atenuación en la condena (arts. 31 bis 2. 4º *in fine* y 31 bis 4 II CP). En definitiva, la persona jurídica acusada, para quedar exenta de responsabilidad, tendría que probar que cuenta con un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del supuestamente cometido (art. 31 bis 4 CP) y, en caso de que hayan delinquido los sujetos apicales, que son los que ostentan poder de representación, de decisión o de organización y control, además, deberá acreditar que tales individuos burlaron los controles de la entidad y que no se produjo una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control (art. 31 bis 2 CP).

Según ciertos autores, el hecho de que sea la entidad la encargada de probar los elementos que justifican su exención de responsabilidad vendría a constituir una suerte de inversión de la carga de la prueba¹³⁵⁸ que podría resultar contraria a la presunción de inocencia y, por ende, al debido proceso legal¹³⁵⁹. Sin embargo, tratándose de una

¹³⁵⁷ L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica el CP.

¹³⁵⁸ Por este motivo, la literalidad del art. 6 D. Lgs. 231 italiano, del que el art. 31 ter I CP, al menos en su redacción inicial, era una reproducción exacta, fue objeto de duras críticas por parte de la doctrina italiana que llegó a afirmar su ilegitimidad constitucional, precisamente, porque obligaba a la entidad a probar que había puesto toda la diligencia debida para evitar la comisión del delito presuntamente perpetrado por alguno de sus miembros. Estas críticas se pueden ver en FERRUA, P., “*Le anomalie del regime probatorio nel processo penale contro gli enti: onere della prova e incompatibilità a testimoniare*”, *Giurisprudenza italiana*, núm. 7, especial *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*, 2009, pp. 1845-1848; CERESA GASTALDO, M., “*Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione*”, *Cassazione Penale*, vol. 49, núm. 5, 2009, pp. 2232-2240; GARUTI, G., “*Il processo “penale” agli enti*” en AA. VV., G. Spangher (dir.), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, *Modelli differenziati di accertamento*, Tomo I, Utet, Torino, 2011, pp. 1029-1135, p. 1118. El ALO de modificación del CP, firmado por el Ministro de Justicia con fecha de 4 de abril de 2013, con una redacción diversa a la que finalmente entró en vigor, señalaba que la persona jurídica quedaría exenta si probase que, efectivamente, concurrían todos los elementos que se acaban de referir. La expresión “si prueba que” fue finalmente suprimida durante la tramitación parlamentaria, por recomendación del Consejo de Estado. Dictamen aprobado el 27 de junio de 2013 (núm. expte. 358/2013). En este documento se indicaba tal redacción podría afectar negativamente a la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. Así pues, el Consejo de Estado indicaba que *la redacción propuesta por el Anteproyecto podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de compliance se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras.*

¹³⁵⁹ En este sentido, la Corte Suprema canadiense en el caso *Wholesale Travel Group Inc.*, 1991, 3 S.C.R. 154, 84, D.L.R. (4th) 161, 177-178, declaró inconstitucional una disposición de la *Competition Act* que imponía al acusado, una vez que la fiscalía había establecido que se había cometido un acto ilegal, la carga de probar que se había actuado con la diligencia debida, entendiéndose que tal inversión de la carga de la prueba infringía el derecho a un proceso justo, si bien, a continuación, afirmó que sus análisis y sus

eximente de responsabilidad, excluyente de la culpabilidad de la entidad, por haber puesto ésta toda la diligencia debida en la evitación del delito, parece adecuado que la *carga de alegar* su concurrencia recaiga, precisamente, sobre el sujeto pasivo, no sólo por la naturaleza excluyente de la circunstancia en cuestión, sino también por su contenido, que se refiere a cuestiones internas de la organización de la persona jurídica que sólo ésta podría acreditar fehacientemente. No obstante, el hecho de que sea la entidad la encargada de introducir tales extremos en el debate procesal e, incluso, de acreditar su existencia, no excluiría la efectividad de la máxima *in dubio pro reo*, dado que, en caso de que existan serias dudas sobre la concurrencia de alguno de tales extremos con eficacia eximente alegados por la entidad, el órgano judicial tendría que fallar en favor del reo, dando por acreditadas las señaladas circunstancias¹³⁶⁰.

En definitiva, la regulación del CP prevé una circunstancia eximente específica para las personas jurídicas, de contenido complejo, en tanto que se encuentra integrada por una pluralidad de elementos que aparecen minuciosamente detallados en la norma penal. Estos serían, para el caso de que el delito haya sido cometido por sujetos apicales, la existencia de un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control encargado de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención, que no haya omitido o ejercido insuficiente sus funciones de supervisión, que se haya adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión con el contenido previsto en el art. 31 bis 5 CP, adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o, al menos, para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión y que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente tal modelo (art. 31 bis 2 CP). Para el caso de que la comisión del delito se atribuya a los subalternos sería suficiente con acreditar que la entidad, al tiempo de cometerse el delito, contaba con un modelo de organización y gestión que cumpliera con los requisitos previstos en el art. 31 bis 5 CP (art. 31 bis 4 CP). Pues bien, si la entidad consigue probar o, al menos, crear la duda en el juzgador sobre la existencia de todos estos elementos objetivos que integran la causa eximente, el Juez deberá absolverla. De esta forma, en mi opinión, no se invierte la carga de la prueba y se mantiene el debido respeto a la presunción de inocencia de la entidad inculpada.

conclusiones hubieran sido muy diferentes si la citada disposición resultase sólo aplicable a las corporaciones, con lo que puso claramente de manifiesto que la declaración de inconstitucionalidad se debía a las potenciales consecuencias que tal disposición podría tener para las personas naturales. Ahora bien, hay que tener en cuenta, que la Corte Suprema canadiense niega, en términos generales, que las personas jurídicas puedan disfrutar de los derechos constitucionales que no sean de naturaleza patrimonial, tales como la vida, la libertad, la seguridad o incluso el derecho a un proceso justo. Sobre esta cuestión, véase *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (A.G.)*, 1989, 1 S.C.R., 927, 58 D.L.R. (4th) 577, 632-633; Así mismo, se puede ver un interesante análisis de la evolución en la jurisprudencia canadiense sobre el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas en TOLLEFSON, C., "Corporate Constitutional Rights...ob. cit., pp. 309-349.

¹³⁶⁰ En este sentido, sostiene VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...ob. cit.*, pp. 286-288, que la regla *in dubio pro reo* no se limita a los hechos constitutivos, sino que opera igualmente sobre la duda que pueda presentarse al Tribunal acerca de los hechos impeditivos o extintivos del hecho punible, de tal forma que, existiendo duda sobre cualquier hecho relevante a los efectos de la condena, el Tribunal tiene que absolver. Esto no significa que la acusación deba probar, ni el Juez argumentar en la sentencia, la ausencia de todas las posibles causas o hechos de exención de responsabilidad penal, pero sí que, si se suscitan o se plantean estas circunstancias en el juicio, y surgen dudas sobre ella, el Tribunal debe absolver.

Aun así, podría plantearse si, el hecho de que las personas jurídicas respondan de la comisión de delitos en su seno por alguno de sus miembros, debiendo acreditar, para quedar exentas de responsabilidad, que han desplegado toda la diligencia normalmente exigible, encerraría una cierta presunción de culpa que podría suponer una vulneración, a nivel legislativo, de la presunción de inocencia¹³⁶¹. Para evitar interpretar esta regulación como un régimen de responsabilidad penal objetiva, y evitar el consiguiente agravio a la presunción de inocencia de las personas jurídicas, es preciso entender que la entidad, con su propia actividad crea un riesgo jurídico-penalmente relevante que es el que, posteriormente, y como consecuencia de no haber establecido unas medidas de organización y gestión adecuadas para su control, se materializa en la perpetración, por alguno de sus miembros, de un hecho delictivo, cuyo resultado lesivo se atribuye a la entidad en cuanto creadora de aquel riesgo.

4.3.- El derecho a no autoincriminarse o a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

Frente a los modelos procesales de inspiración inquisitiva que consideran al investigado depositario de una verdad absoluta que debe proceder a revelar, los modelos acusatorios parecen prescindir de ese eventual conocimiento del sujeto pasivo del proceso, al cual reconocerán la garantía del *nemo tenetur se deteger*¹³⁶². En este devenir garantista, el deber de verdad y de colaboración cederán a favor del reconocimiento de un derecho a guardar silencio¹³⁶³, más respetuoso con la libertad y la dignidad del individuo. En este sentido, se hace preciso considerar que, sólo respetando el derecho del inculpaado a no

¹³⁶¹ En este sentido, VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...* ob. cit., pp. 295-296, afirma que la presunción de inocencia, como derecho fundamental, despliega sus efectos en el orden legislativo, lo que implica que el legislador no debe contradecir o negar, en leyes ordinarias, la vigencia de la presunción de inocencia consagrada constitucionalmente, lo que ocurriría cuando se establecen presunciones de culpabilidad o de hechos que contradicen la inocencia constitucionalmente presumida. El autor señala varios ejemplos de presunciones legales contrarias a la presunción de inocencia, vigentes en el año 1985, cuando se publicó su obra. Pues bien, entre ellas, hay una que recuerda a la establecida en la legislación vigente para las personas jurídicas. Sería la presunción de culpa y responsabilidad de los padres, tutores o guardadores de hecho de menores de dieciséis años, cuando estos cometan delitos de tenencia o depósito de armas o municiones o tenencia de explosivos, ya que entonces responderían aquéllos, en su condición de padres, tutores o guardadores de hecho, “salvo que acrediten plenamente que adoptaron por su parte las medidas de previsión normalmente exigibles” (art. 266 D. 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el CP, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre. Siempre según el citado autor, se establecería así un principio de culpa que se presume *iuris tantum*, y que se castiga con la pena de multa, a no ser que el acusado demuestre haber desplegado toda la diligencia exigible.

¹³⁶² En este sentido, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *El interrogatorio del acusado...* ob. cit., p. 111, señala que “el reconocimiento del derecho a no declarar en el enjuiciamiento criminal se ha producido como consecuencia del cambio del modelo inquisitivo al sistema acusatorio”. Sobre esta evolución histórica, en la que el reo pasó de estar obligado a colaborar en el descubrimiento de los hechos, siendo incluso sometido a tortura con el objeto de forzar su confesión, hasta el reconocimiento constitucional, en el año 1978, del derecho a no declarar y a no colaborar con la propia autoincriminación, véase la primera parte de la obra VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...* ob. cit., pp. 11-238.

¹³⁶³ REVILLA GONZÁLEZ, J.-A., *El interrogatorio del imputado*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010, pp. 32-33.

autoincriminarse, éste deja de ser tratado como un objeto y pasa a ser considerado una persona o un auténtico sujeto de derechos¹³⁶⁴.

A pesar de la centralidad de este derecho en los sistemas penales acusatorios, se trata de uno de los derechos procesales de carácter fundamental cuya extensión a las personas jurídicas resulta más discutida. De hecho, el panorama que se observa al estudiar el Derecho extranjero no resulta nada alentador, en tanto que, como se verá a continuación, las soluciones legales y jurisprudenciales sobre el reconocimiento de tal derecho a las personas jurídicas son de lo más variado. Las dudas en relación con la extensión de tal derecho a las personas jurídicas, radican principalmente en dos razones: por una parte, el carácter personalísimo del derecho en cuestión y, por otra, su relación con la dignidad humana y con la privacidad, fundamentos no extensibles a las personas jurídicas. En este sentido, en primer lugar, hay que reparar en que, el presupuesto lógico del reconocimiento del derecho a no declarar, esto es, la capacidad de emitir una declaración, se pone en duda en relación con las personas jurídicas, que sólo pueden declarar a través de personas físicas, mientras que resulta discutible que tal derecho pueda ser ejercido a través de intermediarios o representantes, dado su carácter personalísimo. En segundo lugar, hay que considerar que el derecho a no declarar responde a diversos fundamentos y que no todos ellos resultan extensibles a las personas jurídicas. Así pues, mientras algunos de sus cimientos se asientan en la estructura del proceso penal o en derechos inherentes a la misma, tales como el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia¹³⁶⁵, extendiéndose a cualquier parte pasiva del proceso, otros de sus fundamentos entroncan con una concepción iusnaturalista del derecho a no declarar y con valores privativos de las personas naturales, como la intimidad, la dignidad humana y la integridad física o psíquica¹³⁶⁶.

Por otra parte, el contenido del derecho tampoco está claro. En este sentido, si se reconoce a las personas jurídicas, habrá que determinar a través de qué individuos puede ser ejercido. Además, este derecho fundamental puede entenderse, o bien desde una perspectiva estricta, como la posibilidad que tiene el inculpado de no responder a las preguntas que se le formulan, por lo tanto, restringiendo su operatividad a las declaraciones orales o a las pruebas de naturaleza testifical, o bien desde una

¹³⁶⁴ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...*ob. cit., pp. 215-219; HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso...*ob. cit., p. 288-289; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I...ob. cit., pp. 494-496.

¹³⁶⁵ Se puede ver, en este sentido, la STC 29/1995, de 6 de febrero, F. J. 3º, que considera los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable como manifestaciones instrumentales del derecho a la defensa privada o el derecho a defenderse por sí mismo. En la misma línea, la STC 197/1995, de 21 de diciembre, F. J. 6º, se refiere a los derechos a no declarar y a no confesarse culpable como *garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación*. En relación con la presunción de inocencia, el TC también ha declarado que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable entroncan con una de sus manifestaciones, *“la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación”* (STC 161/1997, de 2 de octubre, F. J. 5º).

¹³⁶⁶ Las torturas o los tratos inhumanos o degradantes, u otras formas de forzar la confesión del inculpado, son considerados, tal y como se afirma en la STC 181/2004, de 2 de noviembre, atentados frontales y radicales a la dignidad humana, constitucionalmente entendida como fundamento del orden político y de la paz social (art. 10 CE). En este sentido, pueden verse, entre otras, las SSTC 120/1990, de 27 de junio, 57/1994, de 28 de febrero y 153/2013 de 9 septiembre.

concepción más amplia, que incluiría otras conductas que, sin implicar una declaración en sentido estricto, podrían entenderse como formas de colaboración con la propia incriminación, tales como la cooperación, más o menos activa, en la conducción de ciertas diligencias de investigación y la entrega de documentos u otros materiales de contenido incriminatorio.

4.3.1.- La titularidad del derecho a no declarar por parte de las personas jurídicas en el Derecho extranjero

La cuestión de la titularidad del derecho a la no autoincriminación por parte de las personas jurídicas no ha recibido una solución homogénea en el ámbito comparado. En este sentido, cabe referir, en primer lugar, las distintas posturas que se han adoptado al respecto en diversos países del ámbito del *Common Law*, a pesar de su tradición jurídica común. Así, mientras Inglaterra y Nueva Zelanda reconocen este derecho a las corporaciones, Estados Unidos y Canadá¹³⁶⁷ lo han negado tradicionalmente, mientras que Australia, por su parte, modificó su postura en el año 1993, para negar, por vía jurisprudencial, que las corporaciones puedan reclamar tal derecho, encontrándose actualmente, esta denegación incorporada a la *Evidence Act* australiana de 1995¹³⁶⁸.

En el ámbito de la U.E., el TJCE en el asunto Orkem/Comisión concluyó que ni el análisis comparativo de los Derechos nacionales, ni el art. 6 CEDH, ni el art. 14 PIDCP permiten llegar a la conclusión de que existe un principio general de Derecho Comunitario que consagre el derecho a no declarar contra sí mismo de las personas jurídicas en el ámbito de las infracciones de naturaleza económica¹³⁶⁹, si bien, sostiene que los poderes de investigación de la Comisión se encuentran limitados por la necesidad de mantener el derecho de defensa como principio fundamental del derecho comunitario, por lo que, como consecuencia de tal principio, una empresa no puede ser obligada a responder a preguntas que impliquen una autoincriminación directa¹³⁷⁰.

Por otra parte, algunos países de tradición civilista, como Italia, han resuelto legislativamente la cuestión. Así, el art. 44 D. Lgs. 231 señala que la persona imputada por el delito presupuesto y el representante de la entidad en el proceso *que ocupaba tal puesto en el momento de comisión del delito* no podrán ser llamados como testigos. El enfoque de la norma indica que su objetivo es excluir de la obligación de declarar a los

¹³⁶⁷ *Amway Corp.* 1989, 1 S.C.R. 21, 56 D.L.R. (4th) 309, 322-323.

¹³⁶⁸ *Evidence Act* 1995 Sect. 187, "Abolition of the privilege against self-incrimination for bodies corporate", en la que se dispone lo siguiente: "(1) This section applies if, under a law of the Commonwealth or the Australian Capital Territory or in a proceeding in a federal court or an ACT court, a body corporate is required to: (a) answer a question or give information; or (b) produce a document or any other thing; or (c) do any other act whatever. (2) The body corporate is not entitled to refuse or fail to comply with the requirement on the ground that answering the question, giving the information, producing the document or other thing or doing that other act, as the case may be, might tend to incriminate the body or make the body liable to a penalty".

¹³⁶⁹ Cfr. STJCE de 18 de octubre de 1989, Caso Orkem/Comisión, Asunto 374/97, párrafo 29.

¹³⁷⁰ Cfr. Ídem. párrafos 18-42.

sujetos *personalmente* expuestos al riesgo de auto incriminación¹³⁷¹. Por lo tanto, tal regla legal tomaría en consideración la posición procesal del sujeto como declarante y su cargo en la jerarquía de la organización en el momento de comisión del hecho delictivo, lo que situaría a tal sujeto en un escenario arriesgado para su autoincriminación personal dado que, a través de sus declaraciones en nombre de la entidad, podría desvelar datos o informaciones que revelasen su responsabilidad personal en los hechos. De esta forma, se salvaguarda el derecho al silencio de las personas físicas que pudieran tener responsabilidad por los hechos que se imputan a la organización, pero nada permite concluir que se reconozca una titularidad autónoma del *ius tacendi* a la persona jurídica. De hecho, interpretando la citada norma a *sensu contrario*, es menester concluir que el representante del ente en el proceso, que no ocupaba tal cargo en la organización en el momento de la comisión del delito, bien porque ha sido designado *ad hoc* para asumir la representación de la entidad en el proceso, o bien porque sólo de forma posterior a la comisión del delito fue designado como representante legal de la entidad, sí podría ser citado e interrogado como testigo, lo que se justificaría porque, en tal caso, no existiría riesgo de autoincriminación para él¹³⁷². La disposición refleja una lógica orientada a impedir la actuación como testigo de quien podría terminar siendo objeto de una imputación penal.

4.3.2.- La controvertida extensión del derecho a no declarar a las personas jurídicas

Cuando la parte pasiva del proceso penal es una persona jurídica, ese derecho, que hasta ahora era entendido como una exigencia del modelo acusatorio, se torna de fundamento incierto. A continuación, se hará referencia a un conjunto de argumentos, algunos de los cuales abogarían por negar el derecho a no declarar a las personas jurídicas y otros que respaldarían su extensión, si bien algunos de ellos, como se verá a lo largo de la exposición, podrían esgrimirse en apoyo de ambas posturas. Por último, finalizada la exposición de argumentos en pro y en contra de tal controvertida extensión, se expondrá la conclusión alcanzada al respecto.

4.3.2.1.- Argumentos en contra del reconocimiento del derecho a las personas jurídicas

4.3.2.1.1.- El fundamento iusnaturalista del derecho y la concepción de la entidad como una creación artificial

Según la concepción iusnaturalista del derecho a no declarar contra uno mismo, éste se fundamenta en que la autoinculpación es una conducta inexigible en vista de su carácter

¹³⁷¹ GALLUCCIO MEZIO, G., “I diritti fondamentali delle corporations...ob. cit., pp. 1150-1152;

¹³⁷² En sentido contrario, DI BITONTO, M. L., *Studi sui fondamenti della procedura...*ob. cit., pp. 79-84, interpreta que el representante legal que no revestía tal función cuando se cometió el delito tampoco podrá ser obligado a declarar sobre hechos de los que podría depender la responsabilidad del ente.

contra natura¹³⁷³. En este sentido, el sometimiento del acusado al principio de probidad sería *contra naturam*, en tanto que limitaría la defensa de derechos naturales como la libertad¹³⁷⁴. Así pues, si la existencia del derecho en estudio viene determinada por la exigencia, en última instancia, de que no se produzcan situaciones en contradicción con los principios impuestos por el Derecho natural, parece lógico que su ámbito de aplicación venga circunscrito por esa misma exigencia, de tal forma que cuando su ejercicio no responda a tal finalidad debe ser objeto de punición por la ley¹³⁷⁵. Ante la imposibilidad de hablar de un derecho natural de las personas jurídicas, que vendrían a constituir creaciones artificiales, este argumento las dejaría fuera del ámbito de aplicación del derecho y, por ende, su ejercicio por parte de las mismas podría ser punible.

Así pues, desde esta perspectiva, el derecho a no autoincriminarse, como otros derechos fundamentales, puede ser entendido como una manifestación de la libertad del individuo frente al Estado. En este sentido, “*la fundamentación de este derecho y sus derivados variará en función de la concepción que se defiende de la persona y de su situación dentro del sistema social*”¹³⁷⁶. Por lo tanto, será preciso definir la posición de la persona jurídica dentro de tal sistema, lo que a su vez dependerá de ciertas cuestiones, así mismo, controvertidas, tales como, la naturaleza de las personas jurídicas o las relaciones entre el Estado y el mercado que, obviamente, no pueden ser abordadas con profundidad en este trabajo. Ahora bien, cabe establecer un punto de partida, y es que la libertad de las personas jurídicas no puede entenderse en los mismos términos, ni puede reconocerse con la misma amplitud que la de los individuos, que son los titulares naturales y primigenios de tales derechos.

Un entendimiento de las personas jurídicas, como entes ficticios, creados por el Estado, cuyo reconocimiento como sujetos de Derecho depende del cumplimiento de ciertos requisitos prefijados por la ley y que no gozan de protecciones por derecho propio, sino por concesión estatal, podría justificar la negación a las mismas del derecho a no autoincriminarse. Desde este punto de vista, el Estado retiene un gran poder en relación con las personas jurídicas, incluido el de decidir sobre la continuación de sus operaciones¹³⁷⁷. Esta teoría de la concesión, que ha sido acogida por la Corte Suprema americana para negar a las corporaciones el derecho a declarar contra sí mismas, concibe la corporación como una creación del Estado, que tiene sus derechos limitados por ley y sólo preservados mientras cumpla con su ley de creación, por lo que no cabe entender que la misma puede rehusar declarar cuando es acusada de abusar de los

¹³⁷³ En este sentido, GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. *El comportamiento procesal...* ob. cit., pp. 41-42, afirma que “*la raíz de la vigencia del principio nemo tenetur edere contra se, y la quiebra del principio de probidad en el proceso penal, y con referencia a la persona del imputado, se encuentra en el propio derecho natural, al considerarse contra naturam la sujeción del imputado al deber u obligación de decir verdad*”.

¹³⁷⁴ Cfr. Ídem., p. 45. Según el citado autor, “*exigir al imputado (...) aportaciones o daciones de pruebas o hechos en su propio detrimento, renunciando así a la más amplia defensa de su libertad y de su vida, es algo contrario a la naturaleza y por tanto no puede ser lícito*”.

¹³⁷⁵ Cfr. Ídem., pp. 48-49.

¹³⁷⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I... ob. cit., p. 496.

¹³⁷⁷ HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...” ob. cit., p. 803.

privilegios y las concesiones que le han sido normativamente otorgados en provecho de la sociedad¹³⁷⁸.

En esta línea se argumenta que el Estado concede ciertos privilegios a las personas jurídicas asumiendo que benefician a la sociedad, proveyéndola de trabajo, bienes y servicios. En la medida en que las corporaciones existen para el beneficio social, la sociedad debe ser capaz de demandar de las corporaciones responsabilidad y cumplimiento con el Derecho, sin que las personas jurídicas puedan ocultar sus violaciones de esa confianza pública en beneficio propio¹³⁷⁹.

4.3.2.1.2.- Argumentos históricos que atienden al origen del derecho

4.3.2.1.2.1.- Argumento religioso

En su origen, el derecho a no declarar respondía a la idea de que las personas debían confesar ante Dios y no ante otros hombres. Tales fundamentaciones, evidentemente, no resultan extensibles a las personas jurídicas que no tienen conciencia o alma que redimir¹³⁸⁰ ni profesan creencias religiosas, en tanto que son entes creados por el Derecho, sin conciencia ni personalidad propia, al menos entendidas éstas como los análogos atributos propios del ser humano.

¹³⁷⁸ Así se establece en *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 69-70 (1906) donde la Corte Suprema estadounidense pone de manifiesto la diferencia existencial entre corporaciones e individuos en cuanto titulares de derechos y define a la corporación como una creación del Estado (“*creature of the State*”) para terminar negando a las personas jurídicas el derecho a no autoincriminarse en tanto que serían titulares de derechos sólo en la medida en que cumplieren la Ley. Así pues, la Corte se expresa en los siguientes términos: “*the individual may stand upon his constitutional rights as a citizen. (...) He owes no duty to the State or to his neighbors to divulge his business, or to open his doors to an investigation, so far as it may tend to criminate him. (...) Upon the other hand, the corporation is a creature of the State. It is presumed to be incorporated for the benefit of the public. It receives certain special privileges and franchises, and holds them subject to the laws of the State and the limitations of its charter. Its powers are limited by law. It can make no contract not authorized by its charter. Its rights to act as a corporation are only preserved to it so long as it obeys the laws of its creation. There is a reserved right in the legislature to investigate its contracts and find out whether it has exceeded its powers. It would be a strange anomaly to hold that a State, having chartered a corporation to make use of certain franchises, could not, in the exercise of its sovereignty, inquire how these franchises had been employed, and whether they had been abused, and demand the production of the corporate books and papers for that purpose. (...) While an individual may lawfully refuse to answer incriminating questions unless protected by an immunity statute, it does not follow that a corporation, vested with special privileges and franchises, may refuse to show its hand when charged with an abuse of such privileges*”.

¹³⁷⁹ *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 74-75 (1906); En la misma línea, se pronuncia LOSCHIN, L., “A comparative law approach to corporations and the privilege against self-incrimination”, *University of California, Davis Law Review*, núm. 30, 1996, pp. 247-275, p. 268.

¹³⁸⁰ En este sentido, véanse las reflexiones de LOSCHIN, L., “A comparative law approach to corporations...ob. cit., pp. 266-267 y las referencias contenidas en el artículo.

4.3.2.1.2.2.- Como forma de prevención de las torturas o los tratos inhumanos o degradantes

Otro de los fundamentos históricos del derecho a la no autoincriminación es la prevención de torturas o tratos inhumanos o degradantes. Como es bien sabido, el tormento fue utilizado, hasta principios del S. XIX, como forma de obtener una confesión o cierta información del acusado, a través de infligirle dolor físico o psíquico¹³⁸¹. Desde esta perspectiva, la introducción del derecho a no declarar buscaba desterrar la confesión del acusado como prueba reina del proceso y prevenir el uso de la tortura y las confesiones forzadas a través de inmorales e inhumanos instrumentos de coacción¹³⁸² que, además, propiciaban errores judiciales derivados de la quiebra de la voluntad del acusado que, muchas veces, estaba dispuesto a reconocer falsamente su culpabilidad con tal de acabar inmediatamente con el sufrimiento que estaba padeciendo.

Evidentemente, este fundamento, orientado a proteger la dignidad humana¹³⁸³, así como la integridad física y psíquica del acusado contra presiones de la acusación o de las autoridades encargadas de descubrir y perseguir los delitos, tampoco resulta extensible a las personas jurídicas, en la medida en que carecen de la capacidad de sentir miedo, temor, sufrimiento o de razonar, por lo que no es posible ejercer sobre ellas una coacción susceptible de quebrar su voluntad, de la que materialmente adolecen¹³⁸⁴. Aun así, algunos autores intentan rebatir tal argumentación señalando que, aun cuando una persona jurídica no puede padecer los mismos sufrimientos que una persona física, si puede ser amenazada con agravaciones en su condena o con la provocación de daños para su reputación en caso de que se niegue a colaborar con la acusación en la resolución del caso¹³⁸⁵.

4.3.2.1.3.- Por la relación del derecho a no declarar con la dignidad humana, la libertad y la privacidad

El tratamiento moderno de tal privilegio a no autoincriminarse, lo concibe como un

¹³⁸¹ Sobre la práctica del tormento y, en general, sobre la tortura judicial y su evolución en la historia de España, véase TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura judicial en España*, Ariel, Barcelona, 2000.

¹³⁸² Sobre estas y otras técnicas del viejo método de investigación criminal, que partían del *desideratum* del “reo convicto y confeso”, véase VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...*ob. cit., pp. 11-68.

¹³⁸³ En este sentido, la STC 181/2004, de 2 de noviembre, considera que las torturas o los tratos inhumanos o degradantes son atentados frontales y radicales a la dignidad humana, que rebajan al individuo a un nivel material o animal y los instrumentalizan olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo.

¹³⁸⁴ SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit.

¹³⁸⁵ Véase *Triplex Safety Glass Co. Ltd v. Lance Gaye Safety Glass (1934) Ltd* [1939] 2 KB 395, 409, donde la jurisprudencia inglesa señala que no encuentra base para privar a las personas jurídicas de aquellas garantías que, de acuerdo con el Derecho inglés, se reconocen incluso a las personas físicas menos merecedoras; Igualmente mantiene esta postura TRAINOR, S. A., “A comparative Analysis of a Corporation’s Right against Self-Incrimination”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, Issue 5, May 1995, pp. 2139-2186, p. 2181.

derecho humano que protege la libertad personal, la privacidad y la dignidad humana, fundamentos que, evidentemente, juegan en contra de la extensión del derecho a las personas jurídicas¹³⁸⁶. Así mismo, la Corte Suprema canadiense también concibe el derecho a no declarar como una forma de proteger la dignidad y la privacidad de los individuos, frente a agresiones que pudieran sufrir por prácticas procesales orientadas a forzarles a proporcionar pruebas salidas de sus labios¹³⁸⁷.

Tal y como se indicó anteriormente, la dignidad es un bien jurídico privativo del ser humano. Como consecuencia, la extensión a las personas jurídicas de aquellos derechos que responden exclusiva o principalmente a la protección de la dignidad no estaría justificada. Por su parte, la libertad y la privacidad de las personas jurídicas, aunque no se excluyen totalmente de su estatuto jurídico, no son en absoluto equiparables a las de las personas físicas. En el caso de las personas naturales ambos derechos protegen espacios ajenos a cualquier tipo de control externo, sobre los que el individuo conserva un inalienable poder de autodeterminación, mientras que, para las personas jurídicas, los espacios de libertad y privacidad pueden ser, en mayor medida, definidos y limitados por la ley, reconociéndose sólo en la medida en que sirven para proteger, mediatamente, otros fines, tales como el desarrollo económico o la innovación empresarial.

El Estado puede legítimamente, y debe, en mi opinión, conservar ciertas prerrogativas que le permitan controlar a las corporaciones en mayor medida que a los individuos. Así pues, mientras que la ley no puede definir la personalidad de un individuo o la forma en que éste ha de conducir su vida, si puede establecer la forma en que un negocio debe ser gestionado, estableciendo, por ejemplo, requisitos para operar en un determinado sector o medidas de organización interna de carácter preceptivo para determinados tipos de organización. En definitiva, no es posible otorgar a las personas jurídicas un ámbito de libertad, ni cualitativa ni cuantitativamente, semejante al que corresponde a los seres humanos.

Por su parte, la intimidad hunde sus raíces en la protección de una esfera personal y familiar que cobra pleno sentido sólo en relación con las personas naturales. En este sentido, el nivel de protección para persona física y persona jurídica tampoco tiene porque ser idéntico. Así pues, por poner un ejemplo gráfico, el contenido de un diario en el que un sujeto anota sus pensamientos íntimos, no resulta equiparable, en cuanto al grado de protección que merece, a los archivos o registros comerciales de una empresa, aunque en ambos casos pueda existir un interés legítimo en mantener tales documentos en una esfera ajena al control externo o de terceros.

En definitiva, si el derecho a no declarar sirve para proteger la dignidad, la libertad y la intimidad, no parece exigible que las personas jurídicas deban de ostentar la protección que aquel derecho otorga o, al menos no en la misma medida que las personas físicas.

¹³⁸⁶ En este sentido, la Alta Corte de Australia afirma lo siguiente: "[T]he modern and international treatment of the privilege as a human right which protects personal freedom, privacy and human dignity is a less than convincing argument for holding that corporations should enjoy the privilege" (*Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 CLR 477, 405).

¹³⁸⁷ *Amway Corp.* 1989, 1 S.C.R. 21, 56 D.L.R. (4th) 309, 323.

4.3.2.1.4.- Por la disociación que se produce entre quien padece el riesgo de autoincriminación y quien declara

La clásica concepción de esta garantía como un derecho personalísimo, exclusivo del sujeto pasivo del proceso¹³⁸⁸, choca con la forma en que la persona jurídica declara y, en general con la forma en que ejercita sus derechos. Tradicionalmente, el sujeto que está en riesgo de autoincriminación es el que tiene derecho a no declarar, de tal forma que no se reconoce este derecho, por ejemplo, cuando la declaración afecta a un coimputado¹³⁸⁹.

Sin embargo en el caso de la persona jurídica, el derecho será siempre ejercitado a través de un representante actuando en nombre de la entidad, por lo que se produciría, ineludiblemente, una disociación entre quien declara y quien puede resultar inculpa por tal declaración. Cabe mencionar, en este punto, las reflexiones de GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ¹³⁹⁰ sobre la distinta posición que, a estos efectos, ocupan el imputado y su defensor que, *mutatis mutandis*, podrían extenderse a la persona jurídica inculpada y a su representante defensivo. En este sentido, el citado autor sostiene que “*aplicar a la figura del defensor la justificación aplicada a la persona del imputado (...) resulta inviable por vía inmediata (...) y forzado por vía mediata, es decir, acudiendo a la ficción de crear, sobre la base de la identificación de los intereses, la identificación de los sujetos, considerando al defensor como prolongación del imputado*”.

Este desdoblamiento entre el declarante y el titular del privilegio es uno de los argumentos que ha llevado a la Corte Suprema estadounidense a negar el derecho a no declarar a las corporaciones. Ahora bien, hay que precisar que, en la quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, el derecho a no declarar parece limitarse a la prueba testifical, disponiendo que “*nadie puede ser obligado en una causa criminal a ser testigo contra sí mismo*”. Sobre este derecho, la Corte argumenta que se trata de un privilegio estrictamente personal, que un individuo no podría reclamar en nombre de un tercero, aun cuando tal individuo sea el agente de esa tercera persona y esté actuando en nombre una corporación¹³⁹¹. Por lo tanto, el testimonio de un representante de la entidad no podría estar protegido por el derecho a no declarar de la corporación. Esta

¹³⁸⁸ Cfr. FERREIRO BAAMONDE, X. X., “El imputado”...ob. cit., p. 189; Además, LOSCHIN, L., “A comparative law approach to corporations...ob. cit., pp. 266-267, afirma que, quienes sitúan el origen del derecho a no declarar en el Derecho romano canónico ponen de manifiesto como los documentos de aquella época usaban un lenguaje que sugería la naturaleza eminentemente personal del privilegio.

¹³⁸⁹ En este sentido, en TS afirma que el principio “*nemo tenetur*” no resulta vulnerado cuando se trata de declaraciones que imputan a otro procesado (Ver, por todas, la STS (Sala 2ª) núm. 1989/2000, de 3 mayo, RJ/2002\254, F. J. 7º)

¹³⁹⁰ GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. *El comportamiento procesal*...ob. cit., p. 125.

¹³⁹¹ Así, se puede leer en *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 69-70 (1906) “*the right of a person under the Fifth Amendment to refuse to incriminate himself is purely a personal privilege of the witness. It was never intended to permit him to plead the fact that some third person might be incriminated by his testimony, even though he were the agent of such person*”. (...) “*The amendment is limited to a person who shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, and, if he cannot set up the privilege of a third person, he certainly cannot set up the privilege of a corporation*”.

argumentación fue empelada por la Corte Suprema para justificar la obligación de un directivo de la empresa *Hale*, que había sido acusada en un procedimiento *antitrust*, a presentar ante el Gran Jurado la documentación que le había sido requerida a través de una *subpoena duces tecum*, rechazándose las alegaciones del directivo que pretendía negarse a entregar tal documentación esgrimiendo el derecho a no declarar de la entidad.

En una línea similar, la Corte Suprema canadiense, enfatizando la naturaleza artificial de las corporaciones, señaló que considerar que una persona jurídica puede ser un “testigo” a los efectos del derecho frente a la autoincriminación sería una injustificable metamorfosis lingüística¹³⁹². Por su parte, la Alta Corte australiana sostiene que el derecho a no auto incriminarse no puede servir para proteger a los individuos de las consecuencias que la condena o el castigo de la corporación pueda tener para ellos, en tanto que eso queda fuera de su ámbito de protección, que se limita a prevenir el riesgo de autoincriminación. Por lo tanto, el derecho no puede ser reclamado para evitar que terceras partes resulten incriminadas, aun cuando el declarante pueda, de otra forma, verse perjudicado por la eventual condena del sujeto incriminado. Así, se rechaza que los efectos perjudiciales que la condena de la corporación puede tener sobre sus miembros sirvan de base a los mismos para rehusar atender un requerimiento de aportación de pruebas¹³⁹³.

4.3.2.1.5.- Por la excesiva dificultad que podría suponer el reconocimiento del derecho a las personas jurídicas para la investigación de ciertos delitos

Desde una postura esencialmente pragmática se esgrime, frecuentemente, como argumento para negar la extensión del derecho de no autoincriminación a las personas jurídicas, las consecuencias negativas que su reconocimiento podría acarrear para la eficacia de las investigaciones penales. En este sentido, se argumenta que reconocer este derecho a las personas jurídicas, restringiría excesivamente las investigaciones en el ámbito empresarial, particularmente, si se extendiese a los requerimientos de documentación potencialmente incriminatoria, lo que permitiría a las entidades que han sido imputadas o temen razonablemente acabar siéndolo, retener legítimamente aquellos documentos que pudiesen tender a su incriminación.

Aunque este argumento resulta, en principio, igualmente predicable de las personas físicas, en el caso de las personas jurídicas se alega que, normalmente, es la propia entidad la que posee y controla la documentación que, en muchas ocasiones, constituye la principal fuente de prueba de sus actuaciones delictivas¹³⁹⁴. En estas circunstancias, un reconocimiento amplio del derecho a no autoincriminarse a las personas jurídicas, podría tener un efecto desproporcionadamente adverso en la investigación y en el

¹³⁹² *Amway Corp.* 1989, 1 S.C.R. 21, 56 D.L.R. (4th) 309, 322.

¹³⁹³ *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.* (1993) 178 CLR 477, 549.

¹³⁹⁴ NEIRA PENA, A. M^a, “Corporate Criminal Liability: Tool or obstacle to prosecution?” in AA.VV, D. Brodowski, M. Espinoza de los Monteros de la Parra, K. Tiedemann, J. Vogel (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer Suiza, 2014, pp. 197-210, p. 198.

enjuiciamiento de los crímenes cometidos por personas jurídicas¹³⁹⁵, dificultad que, en un ámbito como el de la criminalidad económica y de empresa, en el que el esclarecimiento de los hechos resulta *per se* especialmente complejo, podría dar lugar a intolerables dosis de impunidad. En la misma línea, la Alta Corte Australiana llama la atención sobre la importancia que los documentos y libros de las personas jurídicas tienen como prueba de sus actividades y transacciones y, por lo tanto, para probar la culpa organizacional¹³⁹⁶, de tal forma que permitir a las entidades retener legítimamente tal información podría redundar en una confrontación muy desigual en favor de la corporación.

Resulta entonces que la criminalización de las personas jurídicas actuaría como espada de doble filo para el *ius puniendi* estatal. Si al hilo del estudio del derecho de defensa¹³⁹⁷, se ponía de manifiesto el peligro de que la responsabilidad penal de las personas jurídicas fuese utilizada como instrumento para convertir a las entidades en instrumentos de política criminal o en meros objetos útiles para la investigación, en este punto se pretende llamar la atención sobre los riesgos que podría acarrear una extensión irreflexiva de las garantías de la persona física inculpada a las personas jurídicas y, concretamente, sobre el peligro de crear un escudo infranqueable alrededor de la entidad que impida la investigación penal.

En definitiva, las dificultades inherentes a las investigaciones en entornos cerrados podrían agravarse al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que impera el principio de que nadie puede ser obligado a dañarse a sí mismo, pudiendo las personas jurídicas imputadas rehusar toda cooperación. En esta línea, manifiesta DEL MORAL GARCÍA que la posibilidad de ser “imputada” implica, en una primera aproximación, que decae toda obligación de la persona jurídica de colaborar con el procedimiento o la investigación, ya que el derecho a no declarar proclamado en el art. 24.2 CE tiene una intensidad superior en el marco del proceso penal que en un expediente administrativo sancionador, lo que, según el autor, sería una consecuencia, quizás no debidamente ponderada, de la introducción en nuestro ordenamiento de este régimen de responsabilidad penal para los entes colectivos¹³⁹⁸.

Esta concepción utilitarista del derecho a no declarar es otro de los argumentos empleados por la Corte Suprema norteamericana para negar el derecho a no declarar a

¹³⁹⁵ En este sentido, se expresó la Corte Australiana en *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 CLR 477, 500 señalando que “*the availability of the privilege to corporations has a disproportionate and adverse impact in restricting the documentary evidence which may be produced to the Court in a prosecution of a corporation for a criminal offence. In the case of corporation, their books and documents constitute the best evidence of their business transactions and activities*”.

¹³⁹⁶ En este sentido, la Corte señala que tales libros y documentos constituyen las pruebas óptimas (“*best evidence*”) (*Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 CLR 477, 554).

¹³⁹⁷ En concreto en el apdo. 4.1 del presente epígrafe.

¹³⁹⁸ DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 739; Igualmente, sobre el fortalecimiento de los derechos de las personas jurídicas desde su nueva posición de sujetos pasivos del proceso penal, con el consiguiente incremento de dificultad que ello supone para la investigación de los crímenes empresariales, puede verse NEIRA PENA, A. M^a, “Corporate Criminal Liability: Tool or obstacle...ob. cit., pp. 204-207.

las corporaciones. Así, en el asunto, tantas veces referido, *Hale v. Henkel*, se argumenta que si el director o empleado de una corporación que es llamado para declarar como testigo ante el Gran Jurado pudiese rehusar legítimamente entregar los libros y documentos de tal corporación, con base en el derecho de ésta a no autoincriminarse, fracasarían un gran número de casos en los que sólo a través del examen de tales documentos se podría determinar la eventual comisión de un delito¹³⁹⁹.

4.3.2.1.6.- Por la funcionalidad del derecho a no autoincriminarse para mantener el equilibrio entre la acusación y la defensa

Entre los argumentos que se utilizan para justificar el reconocimiento a los entes colectivos de un estatuto jurídico semejante al de la persona física imputada ocupa un lugar destacado el principio de igualdad de armas, como principio estructural del proceso¹⁴⁰⁰. Pues bien, ese equilibrio que debe existir entre la acusación y la defensa es también uno de los argumentos que se emplean de forma recurrente en el debate sobre el reconocimiento a las personas jurídicas del derecho fundamental a no autoincriminarse. La cuestión radica en valorar si el establecimiento de un justo equilibrio entre el Estado, en su papel de acusación pública, y la persona jurídica, desde su posición de inculpada, justifica el reconocimiento a las corporaciones del derecho a no autoincriminarse.

Se argumenta, en este sentido, que un justo equilibrio entre las corporaciones y el Estado conduce a negarles el derecho a no declarar. En esta línea, se pronuncia la Alta Corte Australiana, señalando que el mantenimiento de un equilibrio justo entre el Estado y el individuo es el fundamento principal del derecho a no autoincriminarse, rechazando que la disponibilidad del derecho por las corporaciones sirva al objetivo de lograr un correcto equilibrio entre el Estado y la corporación. Así, la citada Corte de Justicia señala que una corporación se encuentra, generalmente, en una posición más fuerte que un individuo al enfrentarse con el Estado, en vista de los recursos que posee y de las ventajas de las que disfruta por el hecho de constituirse como persona jurídica¹⁴⁰¹.

Precisamente, la posición privilegiada en la que, supuestamente, se encontrarían las corporaciones en relación con los individuos, frente al poder público, justificaría

¹³⁹⁹ Así se puede leer en *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 74 (1906) “*If, whenever an officer or employee of a corporation were summoned before a grand jury as a witness, he could refuse to produce the books and documents of such corporation upon the ground that they would incriminate the corporation itself, it would result in the failure of a large number of cases where the illegal combination was determinable only upon the examination of such papers*”.

¹⁴⁰⁰ A estos principios se refiere DE LA OLIVA SANTOS (con ARAGONESES MARTÍNEZ, S; HINOJOSA SEGOVIA, R., et al.) *Derecho procesal penal...*ob. cit., p. 51, como principios jurídico-naturales.

¹⁴⁰¹ En este sentido, la citada Corte, en el caso, *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 CLR 477, 500 dispuso lo siguiente: “*in general, a corporation is usually in a stronger position vis-a-vis the state than is an individual; the resources which companies possess and the advantages which they tend to enjoy, many stemming from incorporation, are much greater than those possessed and enjoyed by natural persons*”.

negarles el derecho a no declarar, por varias razones. En primer lugar, porque la estructura corporativa y el velo que supone la personalidad jurídica para sus miembros puede dificultar el acopio de información y actuar como un escudo frente a la investigación. En segundo lugar, porque las corporaciones conducen la mayor parte de sus actividades por escrito, con lo que extender el privilegio sus documentos, archivos y registros les permitiría retener pruebas críticas, lo cual podría provocar su inmunidad frente a las persecuciones penales. En tercer lugar, porque las personas jurídicas, especialmente las grandes empresas, cuentan normalmente con una capacidad de defenderse mayor que la de éstos, en tanto que su posición en cuanto a recursos financieros y a asesoramiento jurídico y técnico suele ser mejor que la de los individuos¹⁴⁰².

Igualmente, la decisión de la Alta Corte australiana previamente citada¹⁴⁰³, pone de manifiesto que, cuando la realidad de la vida corporativa moderna es tomada en cuenta, el juego justo del sistema acusatorio no implica un reconocimiento total de los derechos propios de la persona física inculpada a las corporaciones sospechosas de haber delinquido. En vista de su tamaño, su opacidad, su complejidad y sus recursos, la afirmación de que un proceso justo implica que se resuelvan los casos sin recurrir a su colaboración pierde fuerza¹⁴⁰⁴. No obstante, habría que diferenciar entre los distintos tipos de organizaciones, en función de su tamaño y del tipo de actividades que desarrollan, para poder buscar, a través de un estatuto jurídico específico, una situación de equilibrio entre el poder estatal para ejercitar el *ius puniendi* y las posibilidades de la entidad de enfrentarse al mismo y de defenderse de la acusación que se le dirige¹⁴⁰⁵. Ahora bien, la generalidad y abstracción que ha de informar las leyes y, sobre todo, la necesidad de entender las garantías procesales en abstracto, en orden a garantizar su efectividad, impiden y desaconsejan que las distintas tipologías de personas jurídicas se vean reflejadas en su estatuto jurídico-procesal que ha de ser, en principio, único para todo sujeto pasivo del proceso penal, admitiendo ciertas matizaciones, únicamente, para distinguir a la persona física y a la persona jurídica, debido a su distinta naturaleza ontológica y al esencial valor de la dignidad humana, sólo predicable de las personas naturales.

La idea que subyace en esta argumentación, cuando la Corte Suprema estadounidense o la Alta Corte australiana la utilizan para negar a las corporaciones el derecho a no autoincriminarse, es la necesidad prioritaria de proteger a los individuos de la tiranía de las organizaciones y del enorme impacto social de sus actuaciones, que se muestra como más apremiante que la necesidad de establecer barreras para proteger a las corporaciones frente a los abusos del poder estatal¹⁴⁰⁶. No obstante, no falta quien sostenga lo contrario. En este sentido, se ha dicho que la introducción de la

¹⁴⁰² Cfr. LOSCHIN, L., "A comparative law approach to corporations...ob. cit., pp. 269-270; Sobre estas dificultades, se pronuncia también DISKANT, E. B., "Comparative corporate criminal liability...ob. cit., p. 131; NEIRA PENA, A. M^a, "Corporate Criminal Liability: Tool or obstacle...ob. cit., pp. 199-200, se refiere al enorme poder económico de las grandes empresas, así como al hecho de que, muchas veces, cuenten con asesoramiento jurídico previo a la iniciación de cualquier litigio, encontrándose los servicios jurídicos integrados en su propia estructura organizativa.

¹⁴⁰³ *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 CLR 477.

¹⁴⁰⁴ HILL, J., "Corporate Rights and Accountability...ob. cit., p. 142.

¹⁴⁰⁵ Ídem. p. 147.

¹⁴⁰⁶ Cfr. HILL, J., "Corporate Rights and Accountability...ob. cit., p. 140.

responsabilidad penal de las personas jurídicas y el incremento de las regulaciones y de las persecuciones penales ha alterado el equilibrio que existía entre el Estado y las corporaciones en favor del primero. Como consecuencia de ese desplazamiento de poder en pro del Estado, las corporaciones necesitarían protección ante posibles abusos, proponiéndose, en este sentido, el reconocimiento del derecho a no declarar, y en general de los derechos procesales, como forma de restaurar el equilibrio de poder perdido¹⁴⁰⁷.

4.3.2.1.7.- Para favorecer la tutela judicial efectiva de la víctima

Por último, cabe advertir que, reconocer el derecho a no autoincriminarse a las corporaciones, podría redundar en un perjuicio para los derechos de las personas naturales cuyos derechos se hayan visto lesionados por la actuación de la entidad, ya sean sus clientes, sus proveedores, sus socios o terceros ajenos a la entidad. En este sentido, el reconocimiento del derecho podría impedir, no sólo la persecución penal, sino también la debida reparación civil, privando a los perjudicados y a las víctimas de pruebas relevantes para lograr hacer efectivos sus derechos¹⁴⁰⁸.

Muchas veces, en el proceso penal, la declaración del delito y la imposición de la pena hace olvidar la importancia, tanto para el responsable, como para el perjudicado, de la declaración civil de la sentencia, disyuntiva que alcanza su máxima virtualidad cuando ambas acciones se ejercitan conjuntamente¹⁴⁰⁹. En este sentido, podría resultar recomendable que, en los procesos penales seguidos frente a las personas jurídicas, los ofendidos y/o perjudicados por tales delitos se reservasen la acción civil para ejercitarla después de terminado el juicio criminal (art. 112 LECrim). Así mismo, la formación de piezas separadas, vale como medio de reconocer cierta individualidad a la acción civil, garantizando su efectividad. De esta forma, sin interrumpir ni retrasar el proceso penal, se pueden practicar las pruebas necesarias para llegar a una retribución más justa, con las debidas garantías para el ofendido y el ofensor¹⁴¹⁰.

Cabe subrayar que las actividades ilegales o negligentes de las personas jurídicas pueden producir resultados dañosos muy severos que afectan directamente a una pluralidad de personas¹⁴¹¹. Basta con pensar en algunos casos sonados en los que la actuación de una entidad jurídica ha ocasionado multiplicidad de víctimas a través, de la comercialización de productos financieros, como ocurrió con la estafa de Fórum filatélico o, más recientemente, con las participaciones preferentes, así como en el caso de la comercialización del aceite de Colza, o incluso los irreparables daños que puede producir un fallo de seguridad en una central nuclear, como el acaecido en Chernóbil.

¹⁴⁰⁷ TRAINOR, S. A., "A comparative Analysis of a Corporation's Right...ob. cit., pp. 2177 y 2184.

¹⁴⁰⁸ *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 CLR 477, 555.

¹⁴⁰⁹ GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., "La responsabilidad civil en el proceso penal; algunos ejemplos prácticos de su evaluación a través de sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete", *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XVII, núm. 3, pp. 219-245, p. 221.

¹⁴¹⁰ Cfr. Ídem., p. 223.

¹⁴¹¹ LOSCHIN, L., "A comparative law approach to corporations...ob. cit., p. 273.

Así mismo, algunos de tales delitos no sólo perjudican a una pluralidad de víctimas sino que pueden tener importantes consecuencias en el macro-entorno, ya sea económico, ya sea medio-ambiental¹⁴¹².

En definitiva, el crimen corporativo tiene devastadores consecuencias para un gran número de personas y para bienes de interés público, por lo que los obstáculos a su investigación y persecución a través del reconocimiento de excesivas garantías y privilegios en el marco del proceso, podrían redundar en elevados márgenes de impunidad y, así mismo, en importantes obstáculos para la efectiva reparación de los daños causados.

4.3.2.2- Argumentos a favor del reconocimiento del derecho a las personas jurídicas

4.3.2.2.1.- Como elemento básico del sistema acusatorio frente al inquisitivo

Una de las razones para extender el derecho a no autoincriminarse a las personas jurídicas sería la preservación del sistema acusatorio, caracterizado, entre otras cosas, por el hecho de que las autoridades públicas construyan su caso sin depender de la colaboración del sujeto pasivo del proceso¹⁴¹³.

Sin embargo, el distinto ámbito de protección del derecho para las personas físicas y para las personas jurídicas, así como su distinta naturaleza ontológica, siendo el individuo, persona humana, el centro de imputación de derechos del denominado sistema acusatorio, permitiría negar tal garantía a los entes colectivos sin quebrar sustancialmente tal sistema. En este sentido, la Alta Corte australiana aunque tuvo en cuenta este motivo, no lo consideró suficiente para resolver positivamente la cuestión, argumentando que, negar el privilegio frente a la autoincriminación a las personas jurídicas no menoscabaría de forma esencial el sistema acusatorio de justicia, dado que exigir la entrega de documentos preexistentes no daña el modelo en la misma medida que obligar a alguien a crear pruebas incriminatorias o a contestar verbalmente a preguntas que tengan tal carácter¹⁴¹⁴.

4.3.2.2.2.- Por su relación con el derecho de defensa

El derecho a la no autoincriminación es considerado un instrumento del derecho a la defensa¹⁴¹⁵ que, como ya se ha argumentado, debe ser reconocido sin ambages a la

¹⁴¹² Ídem. p. 274.

¹⁴¹³ Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., *El interrogatorio del acusado...* ob. cit., p. 111.

¹⁴¹⁴ Cfr. *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 CLR 477, 503,555.

¹⁴¹⁵ FERREIRO BAAMONDE, X. X., "El imputado"...ob. cit., pp. 187-188.

persona jurídica. En este sentido, ha dicho el TC que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “*son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable*”¹⁴¹⁶. En la misma línea, se afirma que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable constituyen derechos fundamentales, cuyo directo fundamento es hacer posible la defensa efectiva de la parte pasiva del proceso, que no sería viable sin ellos¹⁴¹⁷. En este sentido, el derecho al silencio se incardinaria en la más amplia esfera del derecho de defensa, quedando la estrategia del silencio garantizada a todo sujeto imputado¹⁴¹⁸. Consecuentemente, si se parte de la base de que una defensa real y efectiva requiere el reconocimiento y respeto de los derechos a no autoincriminarse y no confesarse culpable será necesario afirmar que tales derechos también corresponden a la persona jurídica en su condición de sujeto pasivo del proceso penal¹⁴¹⁹.

En definitiva, el régimen privilegiado de declaración que asiste al sujeto pasivo del proceso penal no deja de ser una manifestación de su derecho de autodefensa¹⁴²⁰, con lo que la argumentación retorna a la cuestión central de si la persona jurídica debe gozar del derecho a autodefenderse a pesar de su falta de corporeidad o no. Coherentemente con la postura mantenida en este trabajo en relación con la autodefensa, como contenido esencial del derecho de defensa y, por lo tanto, inescindible del estatuto jurídico de todo sujeto pasivo del proceso penal, se hace preciso articular los medios para que la persona jurídica pueda ejercer el derecho a no autoincriminarse, salvando las dificultades que, inicialmente, pueda plantear la naturaleza incorpórea del ente en orden a su ejercicio.

Esta relación entre el derecho de defensa y el derecho a no autoincriminarse también es puesta de manifiesto por el TJCE en el asunto Orkem/Comisión de 18 de octubre de 1989¹⁴²¹, en el cual el Tribunal afirma la necesidad de respetar el derecho de defensa,

¹⁴¹⁶ SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, F. J. 6º; 161/1997, de 2 de octubre, F. J. 5º; 67/2001, de 17 de marzo, F. J. 6º, entre otras.

¹⁴¹⁷ Cfr. AA. VV., A. Melón Muñoz (dir.) *Memento Práctico. Procesal, 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 872; En ese sentido, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 260 se refiere al carácter instrumental del derecho al silencio y a no confesarse culpable respecto del fundamental derecho de defensa; Por su parte, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 162, señalan que el principal medio exculpatario del que disfruta el imputado es su propia declaración, siendo garantías de tal declaración sus derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

¹⁴¹⁸ REVILLA GONZÁLEZ, J-A; *El interrogatorio del imputado*...ob. cit., p. 36.

¹⁴¹⁹ A la misma conclusión llega la doctrina de manera unánime, aunque no todos le atribuyen el mismo alcance al citado derecho. Véanse, al respecto, las opiniones de DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 741-743; GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 80; ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.

¹⁴²⁰ FERREIRO BAAMONDE, X. X., “El imputado”...ob. cit., p. 190.

¹⁴²¹ Este caso ya fue objeto de estudio en el apdo. 4.3.1. de este epígrafe, al analizar las soluciones que ofrece el Derecho extranjero sobre la titularidad del derecho a no declarar por las personas jurídicas; Un

principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario, excluyendo la posibilidad de que la Comisión imponga a una empresa la obligación de responder a preguntas que impliquen admitir la existencia de una infracción, cuya prueba incumbe a la Comisión.

4.3.2.2.3.- Por su relación con la presunción de inocencia

El derecho a no autoincriminarse se encuentra, así mismo, íntimamente relacionado con el derecho a la presunción de inocencia, que en su vertiente de regla probatoria determina la distribución de la carga de la prueba en el proceso¹⁴²². En este sentido, el inculpado no puede ser forzado a colaborar con su propia autoincriminación, en tanto que corresponde a la acusación aportar prueba de cargo suficiente sobre el acaecimiento del hecho punible y sobre la responsabilidad personal del acusado, sin recurrir a la colaboración de este último. En este sentido, la relación entre el derecho a no autoincriminarse y el derecho a la presunción de inocencia resulta esencial¹⁴²³. El propio TC ha declarado que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “*entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia: la que sitúa en la acusación la carga de la prueba; esta carga no se puede trocar fácticamente haciendo recaer en el imputado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación*”¹⁴²⁴. También el TEDH ha declarado que el derecho al silencio y el derecho a no auto incriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia¹⁴²⁵.

Como ya se expuso anteriormente, la presunción de inocencia se extiende a las personas jurídicas, en tanto que no se trata de un mero derecho subjetivo del inculpado, sino de un principio estructural del proceso penal¹⁴²⁶ que encierra una específica concepción sobre la verdad y sobre el modo en que los órganos judiciales han de aproximarse a ella. Además, se trata de una norma que informa la actuación de las partes, en tanto que regla

análisis sobre el mismo puede verse en CAAMAÑO ANIDO, M; *Proyecto docente y de investigación*, junio del año 2003, trabajo inédito, pp. 508-509.

¹⁴²² El derecho a no declarar no sólo se relaciona con la presunción de inocencia en cuanto regla probatoria sino también en cuanto regla de enjuiciamiento. En este sentido, señala GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. *El comportamiento procesal...* ob. cit., p. 51, que, otorgar una naturaleza indiciaria al silencio del imputado, entra en colisión, de modo inmediato y directo, con el fundamental principio de presunción de inocencia del imputado que, únicamente, cabe destruir por la aportación de pruebas de contrario.

¹⁴²³ Así lo afirma, GARLAND, N. M., “The unavailability to corporations of the privilege against self-incrimination: a comparative examination”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, núm. 16, 1996, pp. 55-77, pp. 68-73, señalando que “*the prosecution must not only bear the onus of production of evidence and persuasion beyond a reasonable doubt, but it must do so without any assistance from the accused. The relationship of the privilege against self-incrimination and the presumption of innocence in this formula is fundamental (...)*”.

¹⁴²⁴ STC 161/1997, de 2 de octubre, F. J. 5º.

¹⁴²⁵ STEDH de 17 de diciembre de 1996. Caso Saunders c. Reino Unido, párrafo 68; En la misma línea, se pueden ver STEDH de 25 de febrero de 1993. Caso Funke c. Francia, párrafo 44; STEDH, de 8 de febrero de 1996, caso John Murray contra el Reino Unido, parágrafo 45.

¹⁴²⁶ VÁZQUEZ SOTELÓ, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...* ob. cit., pp. 265-266.

probatoria y la del Juez, en su faceta de regla de juicio. En definitiva, es inherente al proceso penal y no puede hacerse depender de la naturaleza del sujeto pasivo.

El reconocimiento del derecho a la no autoincriminación por su relación con la presunción de inocencia¹⁴²⁷ impide que se extraigan consecuencias probatorias del hecho de que una persona jurídica no nombre a un representante que ejercite su autodefensa, o de que el representante especialmente designado se niegue a declarar o lo haga con respuestas poco concluyentes o evasivas. Es decir, de tales actuaciones no se puede derivar la prueba positiva de los elementos típicos que fundamentan la responsabilidad de la persona jurídica, ni cabe extraer conclusiones negativas, acerca de la culpabilidad de la entidad, de su falta de colaboración. Por lo tanto, el hecho de que exista un catálogo cerrado de atenuantes, que se centran en actuaciones posdelictivas de la entidad tendentes a facilitar la investigación y a asumir los hechos como propios, no puede implicar que la falta de colaboración se interprete como elemento para condenar o para agravar la condena, sin perjuicio de que, la entidad que no colabora con la justicia, obviamente, no podrá ver atenuada su condena por tal motivo. En este sentido, la única consecuencia de no colaborar será la no apreciación del efecto atenuante previsto por la ley.

4.3.2.2.4.- Negar el derecho a las corporaciones podría afectar negativamente a los derechos de los individuos que por ella actúan

El hecho de que las personas jurídicas sólo puedan actuar a través de individuos significa que negar el derecho a no autoincriminarse a los entes colectivos podría vulnerar el citado derecho en relación con aquellos sujetos que actúan en su nombre. Así pues, si un individuo es requerido para aportar documentos que le autoincriminan, podría venir obligado a atender tal requerimiento en la medida en que estuviere actuando en su capacidad representativa y no en su capacidad personal. Esta es, al menos, la postura que mantiene la Corte Suprema estadounidense¹⁴²⁸. El argumento que subyace en este razonamiento es que, si las personas jurídicas sólo pueden actuar a través de sus agentes, reconocer a éstos el derecho a no autoincriminarse, supondría reconocérselo, igualmente, a la organización¹⁴²⁹. No obstante, esta argumentación ha sido objeto de severas críticas porque erosiona el derecho a la autoincriminación de los

¹⁴²⁷ En este sentido, SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit., también entiende que habrá que acudir al derecho a la presunción de inocencia de las personas jurídicas para determinar los concretos intereses protegidos de las entidades imputadas a través del derecho a la no autoincriminación.

¹⁴²⁸ En el caso *Bellis v. U. S.* 417 U.S. 85, 88 (1974), la Corte Suprema llegó a afirmar que un individuo no puede basarse en el privilegio para evitar entregar los archivos de un ente colectivo cuando los posee en su capacidad representativa, ni siquiera en el caso de que tales archivos pudiesen incriminarle personalmente.

¹⁴²⁹ En este sentido, en *Bellis v. U.S.* 417 U.S. 85 (1974), la Corte esgrime el siguiente razonamiento: “*In view of the inescapable fact that an artificial entity can only act to produce its records through its individual officers or agents, recognition of the individual's claim of privilege with respect to the financial records of the organization would substantially undermine the unchallenged rule that the organization itself is not entitled to claim any Fifth Amendment privilege, and largely frustrate legitimate governmental regulation of such organizations*”.

individuos, basándose en una identidad ficticia o separada del individuo en función de si el mismo posee los documentos requeridos en su capacidad representativa o en su capacidad personal. A través de esta ficción legal o semántica se oscurece el hecho de que, en realidad, se está obligando a un individuo a producir pruebas que le incriminan personalmente, lo cual resulta inadmisibile¹⁴³⁰.

Por su parte, el TC, en los años 2005 y 2006, por lo tanto, antes de aprobarse la reforma sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, dictó dos resoluciones ciertamente controvertidas pero que, en mi opinión, con el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas vigente en la actualidad, conducirían a una solución similar a la de la Corte Suprema estadounidense, si bien, tal y como se verá a continuación, su argumentación es, en parte, distinta. Así, el TC entendió en las SSTC 18/2005, de 1 de febrero y 68/2006, de 13 de marzo, que no había vulneración del derecho fundamental a no autoincriminarse en tanto que los requerimientos coactivos de información se dirigían a la persona jurídica, aunque finalmente terminasen siendo procesados los administradores o representantes de las entidades requeridas. De esta forma, no se satisfacía el requisito subjetivo de que la coacción fuese ejercida sobre la persona que facilitaba la información incriminatoria y que, eventualmente, resultaría condenada¹⁴³¹. El Alto Tribunal acude, de esta forma, a una ficción, cual es la de considerar que el requerimiento coactivo de información incumbía sólo a la entidad, y que sólo ella era la obligada a darle cumplimiento, con lo que no se vulneraría el derecho a la autoincriminación de su representante, aun cuando la realidad es que fue este último quien se vio obligado, bajo amenaza de sanción, a aportar la documentación que, posteriormente, fue usada para fundamentar su condena. Esta argumentación ha sido criticada por la doctrina por ser excesivamente formalista¹⁴³².

Sin duda, cabe argumentar que en algunas circunstancias los derechos individuales podrían verse directamente afectados por la denegación a las corporaciones del derecho a no autoincriminarse, sobre todo cuando se trata de sociedades personalistas¹⁴³³. Ahora bien, en este punto, cabe recordar que el derecho a no declarar o a no confesarse culpable no puede servir para proteger a los individuos de las consecuencias que la condena o el castigo de la corporación pueda tener para ellos, en tanto que eso queda fuera del ámbito de protección de tal derecho, limitado a prevenir, exclusivamente, el riesgo de autoincriminación. El problema surge en aquellos ordenamientos, como el estadounidense, que niegan el derecho a no declarar a las personas jurídicas, y no neutralizan el riesgo, para sus agentes, de acabar siendo investigados, acusados y/o condenados por declaraciones que vengan obligados a realizar en nombre de la entidad,

¹⁴³⁰ CLOUGH, J.; MULHERN, C., *The prosecution of corporations*, Oxford University Press, Australia, 2002, p. 40.

¹⁴³¹ STC 68/2006, de 13 de marzo, F. J. 6º.

¹⁴³² GARCÍA BERRO, F., "Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial", *Revista Quincena Fiscal*, núm. 19, 2010, pp. 15-48, p. 16, habla de una actitud escapista del TC que evita pronunciarse sobre el fondo del asunto; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit., dice que la respuesta del constitucional es un ejemplo extremo de formalismo silogístico que carece de todo empaque doctrinal para resistir en el tiempo y dar por cerrada en términos constitucionales la cuestión.

¹⁴³³ HILL, J., "Corporate Rights and Accountability...ob. cit., p. 146; STONE, A., "Case note. Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd. Corporations and the privilege against self-incrimination", *University of New South Wales Law Journal*, vol. 17 (2), 1994, pp. 628-647, p. 630.

lo cual se lograría, por ejemplo, inadmitiendo las pruebas así obtenidas para fundamentar la condena del sujeto individual.

4.3.2.3- Conclusión sobre la titularidad del derecho a no declarar por parte de las personas jurídicas

En definitiva, en la determinación de la titularidad del derecho a no autoincriminarse por parte de las personas jurídicas, es preciso tomar en consideración que las mismas carecen de toda realidad corpórea dotada de conciencia y voluntad, que no son titulares de los derechos a la integridad física y psíquica, ni a la intimidad o a la dignidad humana a cuya protección se dirige el derecho a la no autoincriminación por lo que, necesariamente, los intereses concretos a proteger por tal garantía, en el caso de las personas jurídicas, deberán ser otros¹⁴³⁴.

En este sentido, la justificación para reconocer a las personas jurídicas el derecho a la no autoincriminación se encuentra en su íntima relación con los derechos fundamentales de defensa y presunción de inocencia¹⁴³⁵. Así pues, la presunción de inocencia, determinante de la distribución de las cargas probatorias, y el derecho de defensa, como exigencia del principio de igualdad de armas, que exige otorgar al acusado posibilidades eficaces de enfrentarse a la acusación, justificarían extender a las personas jurídicas el derecho a no inculparse, mientras que negar tales derechos, incluso con amparo en la evidente disparidad ontológica que existe entre personas físicas y personas jurídicas, pondría en riesgo la misma esencia del proceso penal, con el peligro de desnaturalizarlo y convertirlo en una suerte de expediente judicial, que no respondería a las exigencias del proceso con todas las garantías y que, además, podría redundar, indirectamente, en una erosión de los derechos de los individuos.

Ahora bien, el ámbito de protección de tal derecho deberá ser el estrictamente necesario para garantizar que la entidad puede autodefenderse a través de su representante, pero sin perder de vista los problemas que plantearía una extensión excesiva del ámbito objetivo del derecho en cuestión y teniendo en cuenta que los intereses que se defienden en el caso de las personas físicas son superiores a los que se defienden en el caso de las personas jurídicas, básicamente por su vinculación con el valor de la dignidad humana de la que carecen las personas morales, con lo que una protección de menor intensidad para estas últimas podría encontrar una justificación objetiva y razonable en tales diferencias¹⁴³⁶.

En este punto, parece conveniente recordar que las posibilidades de intervención legislativa, en orden a controlar y regular las actividades de las personas jurídicas, son más amplias que las que legítimamente se ostentan en relación con los individuos, por

¹⁴³⁴ SERRANO ZARAGOZA, O., "Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit.

¹⁴³⁵ Cfr. DI BITONTO, M. L., *Studi sui fondamenti della procedura...*ob. cit., pp. 79-80.

¹⁴³⁶ SERRANO ZARAGOZA, O., "Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit.

lo que, afirmar la titularidad de este derecho por parte de la persona jurídica, supone, al mismo tiempo, la necesidad de delimitar y afinar su alcance. En este sentido, y al igual que ocurre con la autodefensa y el resto de las garantías procesales trasladables a las personas jurídicas, se hace necesaria una labor exegética y de adaptación, sin que sea posible ni adecuada la traslación automática y acrítica a las corporaciones de derechos y garantías pensados para seres humanos. Por lo tanto, la clave estará en determinar el ámbito de protección del que goza tal derecho en relación con las personas jurídicas, señalando qué sujetos podrían ejercer tal derecho en nombre de la entidad y qué actuaciones quedarían protegidas por el mismo, lo que vendrá determinado, en gran parte, por la relación instrumental que une el derecho a no declarar con el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia, así como por las posibilidades de ejercicio que tal derecho presenta en relación con los entes colectivos.

4.3.3.- El derecho a no declarar de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. ¿Naturaleza legal o constitucional de tal derecho?

La cuestión del derecho a no declarar de las personas jurídicas en España ha sido resuelta, legislativamente, de forma expresa. Sin embargo, antes de entrar en la regulación contenida en la LECrim, es preciso hacer referencia a la CE, como norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, para así determinar si el reconocimiento de este derecho a las personas jurídicas es una cuestión de mera configuración legal o, por el contrario, existe un ámbito de protección constitucional que vincula al legislador. En este sentido, la literalidad del art. 24.2 CE, al disponer que “*todos*” tienen derecho a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, parece abogar por una extensión generalizada del derecho, sin distinción entre personas físicas y morales, si bien es cierto que resulta improbable que, el constituyente, al redactar este precepto, tuviese en mente a las personas jurídicas como destinatarias de la normativa penal.

La reforma del CP del año 2010, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es demasiado reciente como para contar con resoluciones del TC sobre el estatuto jurídico procesal de las entidades colectivas imputadas, por lo que habrá que esperar a un pronunciamiento expreso para poder conocer su posición, tanto en relación con el reconocimiento autónomo de la titularidad del derecho a las personas jurídicas como con el ámbito constitucionalmente protegido por el mismo.

Ahora bien, mientras tal pronunciamiento expreso no se produzca, de ciertas resoluciones del TC, es posible extraer una determinada postura del Alto Tribunal sobre la titularidad de este derecho por parte de los entes colectivos. Para ello, en primer lugar, se hace preciso recordar, como punto de partida, su posicionamiento general en relación con el reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas. En este sentido, la doctrina del TC sostiene que “*se aplicarán a la persona jurídica aquellos derechos fundamentales que resulten necesarios y complementarios para la obtención de sus fines, para proteger su existencia, identidad y asegurar el libre*

*desarrollo de su actividad, y que admitan ser ejercidos por una persona moral*¹⁴³⁷. En este sentido, en la medida en que la persona jurídica puede resultar imputada y condenada a no realizar una determinada actividad o, eventualmente, a la pena de intervención judicial, cabe afirmar que existe una vinculación entre el reconocimiento de la titularidad del derecho fundamental a no autoincriminarse, como instrumento del derecho de defensa, y la necesidad de la persona jurídica de proteger el libre desarrollo de su actividad, así como su libertad de actuación en el tráfico jurídico y su libertad de auto-organización. Incluso, cabe reparar en que la misma existencia de la persona jurídica se ve amenazada con su sujeción a un proceso penal, toda vez que éste puede acabar con una sentencia de condena que implique su disolución.

Por otra parte, en las SSTC 18/2005, de 1 de febrero y 68/2006, de 13 de marzo previamente citadas¹⁴³⁸, el TC entendió que no hay vulneración del derecho fundamental a no autoincriminarse cuando los requerimientos coactivos de información se dirigen a la persona jurídica, pero luego se procesa a sus administradores o representantes dado que, en tal caso, el requerido bajo amenaza de sanción, la persona jurídica, y el que sufre el riesgo de autoincriminarse y resultar condenado, el representante, son sujetos distintos. A los efectos que aquí interesan, cabe señalar que, con este razonamiento, el Alto Tribunal deja entrever que, si hubiese riesgo de que la sociedad resultase acusada en un procedimiento penal ulterior, como ocurre en la actualidad, tampoco cabría requerirle coactivamente información incriminatoria, con lo que, implícitamente, se les estaría reconociendo el derecho a la no autoincriminación¹⁴³⁹. En definitiva, se desprende de la argumentación del TC que, de haber existido en aquel momento responsabilidad penal de las personas jurídicas, la resolución hubiera apreciado una vulneración del art. 24.2 CE¹⁴⁴⁰, toda vez que la coerción en la obtención de información incriminatoria habría recaído sobre el mismo sujeto que posteriormente podría resultar penalmente condenado¹⁴⁴¹.

A mayor abundamiento, cabe llamar la atención sobre la argumentación empleada por el TC para alcanzar tal conclusión, desestimando la pretensión de amparo del representante de la mercantil. En este sentido, afirma que no consta *“que la entidad (...) invocara en ningún momento, durante el desarrollo del procedimiento inspector, sus derechos a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable”*¹⁴⁴². Así pues, el TC, al referirse a la circunstancia de que la persona jurídica no invocó *“sus”* derechos a no autoincriminarse, estaría admitiendo la eventualidad de que la misma lo hubiera

¹⁴³⁷ Por todas, STC 139/1995, de 26 de septiembre, F. J. 4º. Para un estudio de esta jurisprudencia, véase ROSADO IGLESIAS, G., *La titularidad de derechos...* ob. cit., pp. 44 y ss.

¹⁴³⁸ Estas sentencias ya fueron referidas anteriormente, en el apdo. 4.3.2.2.4, al tratar la posible afectación negativa que, sobre el derecho a no declarar de las personas físicas, podría tener la negación de tal derecho a las personas jurídicas.

¹⁴³⁹ A la misma conclusión llega SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit.

¹⁴⁴⁰ DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 741-743; ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.

¹⁴⁴¹ GARCÍA NOVOA, C., “Una aproximación del Tribunal Constitucional al derecho a no autoinculparse ante la Inspección Tributaria en relación con los delitos contra la Hacienda Pública”, *Aranzadi Jurisprudencia tributaria* núm. 3, 2005, pp. 9-17, comenta estas resoluciones, refiriéndose al requisito de la identidad entre la persona requerida para entregar la documentación y la que está siendo objeto de inspección.

¹⁴⁴² STC 18/2005, de 1 de febrero, F. J. 3º, reproducido en la STC 68/2006, de 13 de marzo, F. J. 4º

hecho y, por ende, reconociéndole, tácitamente, la titularidad de tales garantías. Esta implícita atribución del derecho a no declarar a la entidad mercantil se produce en el marco de un procedimiento administrativo, por lo que, cabe considerar que ganaría fuerza si se tratase de un proceso penal, en el cual, en principio, la vigencia del derecho a no declarar se traduce en una tutela de mayor intensidad¹⁴⁴³. Así pues, de tales resoluciones cabría deducir la imposibilidad de imponer a una persona jurídica imputada el deber de colaborar en una investigación dirigida contra ella¹⁴⁴⁴, en la que pueda terminar resultando condenada, en tanto que las sentencias citadas supondrían un reconocimiento *in genere* o *incidenter tantum* del derecho a no declarar de los entes colectivos¹⁴⁴⁵.

Por su parte, la LECrim reconoce el derecho a no declarar al representante especialmente designado para actuar por la entidad en el marco del proceso. En este sentido, se dispone que a la declaración de la persona jurídica imputada *“le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo, en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable”* (art. 409 bis LECrim). Además, señala que *“la incomparecencia 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”* (art. 409 bis II LECrim). Igualmente, en el marco del juicio oral, la ley dispone que la persona especialmente designada por el ente para representarla en tal acto *“podrá declarar en nombre de la persona jurídica si 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”* (art. 786 bis LECrim). No cabe duda, por lo tanto, de que el legislador está identificando la declaración del representante de la entidad con la prestada por el sujeto pasivo del proceso, en este caso, por la propia entidad, reconociéndole garantías análogas a las del interrogatorio de cualquier otro inculpado. En este sentido, el hecho de que la persona jurídica no pueda declarar, en sentido estricto, por sí misma, sino tan sólo a través de sus agentes, no es óbice para que se le atribuyan como propias las declaraciones de sus representantes legales, tal y como pone de manifiesto el art. 31 quáter a) CP al señalar, como atenuante para la persona jurídica, la confesión de la infracción a través de sus representantes legales.

Por otra parte, el legislador español reconoce el derecho a no declarar al representante especialmente designado por la entidad para actuar en su nombre en el proceso, sin que sea necesario que se acredite ningún riesgo personal de autoincriminación, lo cual conduce a pensar que se está reconociendo la titularidad del derecho a no declarar a la

¹⁴⁴³ Ver, por todas, SSTC 76/1990, de 26 de abril, en la que el TC alude a la necesaria prudencia frente a intentos apresurados de trasladar mecánicamente garantías y conceptos propios del orden penal a actuaciones y procedimientos administrativos distintos y alejados del mismo, como es, en este caso, el de gestión tributaria. En una línea similar, la STC 142/2009, de 15 de junio, F. J. 4º, señala que el derecho a no declarar contra sí mismo, en cuanto garantía instrumental del derecho de defensa, ha de ser respetado en la imposición de las sanciones administrativas, sin perjuicio de las modulaciones que pudiera experimentar en razón de las diferencias existentes entre el orden penal y el derecho administrativo sancionador.

¹⁴⁴⁴ ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada...ob. cit., p. 266.

¹⁴⁴⁵ Cfr. GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 21.

propia persona jurídica, aun cuando, obviamente, su ejercicio se encomienda a quien la personifica durante el enjuiciamiento. Aunque la literalidad de la ley no resulta determinante, siendo preciso interpretar la legislación, a la luz del texto constitucional, sobre todo cuando hay derechos fundamentales implicados, en este punto, puede resultar interesante reflexionar sobre la letra de los preceptos legales que regulan esta cuestión, en orden a especificar si el derecho se reconoce a la persona jurídica en cuanto tal o, a título personal, a quien declara por ella. En este sentido, el art. 409 *bis* LECrim al usar el pronombre “*misma*”, en femenino, parece dar a entender que el derecho a no declarar se le atribuye a la persona jurídica en cuanto tal y que, por lo tanto, el riesgo de autoincriminación que se pretende evitar es el relativo a la entidad, y no al autor de la declaración. Sin embargo, el art. 786 *bis* LECrim hace referencia al derecho a no declarar contra sí “*mismo*”, usando, en este caso, el pronombre en masculino. Es posible que se trate de una duda que deliberadamente ha querido crear el legislador o de una mera errata. En todo caso, cabe señalar que, entender que el representante ejerce el derecho a no declarar en nombre de la entidad no es óbice para que, al mismo tiempo, se garantice su propio e inalienable derecho a no autoincriminarse, si es que se sospecha que ha podido tener alguna participación personal en los hechos objeto de enjuiciamiento.

En definitiva, resulta innegable que la ley reconoce a las personas jurídicas el derecho a no declarar que, en principio, será ejercido a través de su representante en el proceso, como una manifestación más de la autodefensa. Ahora bien, el carácter constitucional de tal derecho, o el concreto ámbito de protección garantizado por la CE, son cuestiones más complejas, y de difícil solución, en vista del entendimiento tradicional de este derecho, que no encaja bien con el hecho de que las personas jurídicas declaren a través de terceros. En todo caso, el ámbito mínimo constitucionalmente protegido habrá de ser suficiente, en primer lugar, para garantizar a la entidad el efectivo ejercicio de su derecho de defensa, lo que aconseja que, al menos su representante defensivo, declare con los derechos y garantías propios de la parte pasiva del proceso. Y, en segundo lugar, para garantizar, a los sujetos individuales que declaren en nombre de la entidad, el respeto a su personal e inalienable derecho a no autoincriminarse.

Dicho esto, resta determinar cuál es la extensión objetiva y subjetiva de tal derecho, es decir, qué sujetos y qué actuaciones quedarían cubiertos por la protección que el derecho comporta. En este orden de ideas, cabe plantearse, por ejemplo, si la protección del derecho se aplica tan solo a las declaraciones del representante en el proceso o a las de todos los representantes legales de la entidad o si abarca únicamente las declaraciones orales o también sirve a la entidad para negarse legítimamente a atender los requerimientos de documentación que puedan dirigirle, tanto los órganos administrativos como los órganos judiciales, cuestiones que serán abordadas en detalle a continuación.

4.3.4.- **Ámbito de protección del derecho a no declarar de las personas jurídicas**

Cabe afirmar que en España, a diferencia de lo que ocurre en EE. UU.¹⁴⁴⁶, el ámbito de protección del derecho a no autoincriminarse, no se limita, exclusivamente, a las declaraciones orales, sino que incluye también otras actuaciones que impliquen riesgo de autoincriminación, tales como la entrega de documentación de contenido directamente incriminatorio. En este punto, es preciso diferenciar entre las diligencias que consisten en interrogar o tomar declaración a un sujeto y aquellas otras consistentes en requerir la entrega de archivos o documentos bajo amenaza de sanción, cuando estos son equivalentes a la “declaración” comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 CE¹⁴⁴⁷.

En relación con esta postura más amplia que no limita el derecho a no autoincriminarse a las declaraciones o confesiones de los sujetos, y siguiendo a GASCÓN INCHAUSTI¹⁴⁴⁸, cabría considerar amparadas por este derecho las siguientes conductas: a) la negativa de la persona jurídica, en cuanto tal, a suministrar la información y los documentos que le sean reclamados y que tengan carácter incriminatorio; b) la negativa de determinados sujetos vinculados a la persona jurídica a suministrar esa misma información y documentación; c) la negativa de determinados sujetos vinculados a la persona jurídica a responder a preguntas de contenido incriminatorio para la persona jurídica.

4.3.4.1.- **Determinación de los sujetos que pueden negarse a declarar en nombre de la persona jurídica para evitar su incriminación**

El derecho a no declarar y a no confesar la culpabilidad, mediante declaraciones *ad hoc*, en el marco del proceso, constituye el contenido primordial del derecho a la no autoincriminación, con lo que tales actuaciones quedarían indiscutiblemente incluidas en su ámbito de protección. Ahora bien, en relación con las personas jurídicas, cabría entender que esta faceta del derecho no puede ser ejercitada por las mismas, en tanto que no declaran en sentido estricto¹⁴⁴⁹. No obstante, como ya se puso de manifiesto *ut*

¹⁴⁴⁶ Según la V Enmienda a la Constitución Federal americana nadie puede ser obligado a ser testigo contra sí mismo en un proceso penal, lo cual parece referirse a una declaración oral en el marco de un interrogatorio.

¹⁴⁴⁷ En este sentido, la STEDH de 3 de mayo de 2001. Caso J. B. c. Suiza, considera vulnerado el derecho a guardar silencio y a no incriminarse en un proceso por evasión fiscal en el que se solicita al acusado, con imposición de multas coercitivas, el suministro de documentos relativos a inversiones cuyo origen son cantidades no declaradas.

¹⁴⁴⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 121.

¹⁴⁴⁹ Así lo argumenta la Corte Suprema americana en *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43, 69-70 (1906); Igualmente, CLOUGH, J.; MULHERN, C., *The prosecution of corporations...* ob. cit., p. 40; Igualmente la opinión minoritaria en *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 CLR 477, 534-536, sostiene que reconocer el derecho a no declarar a las personas jurídicas tendría un efecto mínimo en tanto que sólo afectaría a los requerimientos de entrega de documentos dirigidos a la persona jurídica, ya que esta es la única actuación que la corporación puede realizar por sí misma y, por lo

supra, ésta no ha sido la opción escogida por el legislador español, que regula la declaración de la persona jurídica, a través de su representante, tanto en la instrucción como en el juicio oral, señalando que tal representante gozará del derecho a permanecer en silencio y a no inculpar a la entidad en nombre de la que declara.

Por lo tanto, aclarada esta cuestión, el problema se reconduce, en relación con tales declaraciones orales, a determinar qué concretos sujetos estarán protegidos por tal derecho constitucional procesal, es decir, quienes podrán ejercitarlo en nombre del ente y, por ende, callar, contestar con evasivas o, incluso, mentir en los interrogatorios¹⁴⁵⁰, sin que de ello se deriven consecuencias negativas, ni para la entidad ni para el declarante. Así pues, es preciso determinar qué concretas personas físicas quedan amparadas para ejercer el derecho a no declarar en nombre de la persona jurídica, en el caso de las declaraciones orales o, dicho de otro modo, qué sujetos declararán en el marco del proceso con el estatuto jurídico próximo al del investigado, encausado o acusado y, por lo tanto, sin deber de decir verdad ni de contestar a las preguntas que se les formulen.

Al contrario de lo que ocurre con la cuestión relativa a los requerimientos de documentación, esta es una cuestión novedosa, directamente derivada de la extensión a las personas jurídicas de un derecho inicialmente configurado para personas naturales. La razón de ser de esta problemática hunde sus raíces en el hecho de que, los entes colectivos actúan a través de personas físicas con lo que, inevitablemente, se produce un desdoblamiento entre el titular del derecho a no declarar, esto es, la persona moral que sufre el riesgo de autoincriminación, y el sujeto que efectivamente declara, que será, en todo caso, una persona natural¹⁴⁵¹. En este punto, cabe recordar que, el derecho a no declarar se ha entendido, tradicionalmente, como un derecho exclusivo del sujeto pasivo del proceso penal¹⁴⁵². Así pues, sostiene el TC que “*las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo*”¹⁴⁵³. Pero,

tanto, para la que puede ser requerida, mientras que quedaría fuera de la protección del derecho los requerimientos de documentación, así como los interrogatorios, de sus oficiales o empleados.

¹⁴⁵⁰ Sobre las posturas relativas a la existencia o inexistencia de un derecho a mentir o a declarar falsamente, véase HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso...* ob. cit., pp. 297-309, incluyendo abundantes referencias jurisprudenciales en las notas 351 y 352; Sobre esta cuestión, el TC afirma que el sujeto pasivo del proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o, incluso, mentir (STC 170/2006, de 5 de junio, F. J. 4º). “*Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse (...) que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos (...) que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva*” (STC 142/2009, de 15 junio, F. J. 6º).

¹⁴⁵¹ Este es uno de los argumentos esgrimidos por la Corte Suprema americana para negar el derecho a no declarar de las personas jurídicas. En definitiva, tal y como recoge HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...” ob. cit., p. 819, lo que viene a sostener la Corte es que una corporación es incapaz de ser protegida por la V Enmienda porque no puede hablar, excepto a través de sus agentes. Estos agentes, sin embargo, no son equiparables a la entidad en cuanto al fin de la V Enmienda por lo que, mientras los individuos conservan su privilegio personal a no inculparse a sí mismos, no pueden afirmar tal privilegio en nombre de la corporación.

¹⁴⁵² FERREIRO BAAMONDE, X. X., “El imputado”...ob. cit., p. 189.

¹⁴⁵³ STC 161/1997, de 2 de octubre de 1997, F. J. 6º.

evidentemente, tal afirmación, en el caso de las personas jurídicas, debe ser objeto de matización, en tanto que, en sentido estricto, no hay identidad entre quien declara y quien es encausado o podría terminar siéndolo.

El derecho a no autoincriminarse, al igual que algunos otros derechos procesales, quedaría vacío de contenido si se le reconociese a la entidad y se le negase a quien actúa por ella en el marco del proceso. En este sentido, se ha dicho que el estatuto jurídico del ente determina el de su representante, lo que supone que, no cabe reconocer a la persona jurídica como titular de los derechos del sujeto pasivo del proceso y luego tratar a su representante en el proceso como un mero testigo porque, *de facto*, se estaría impidiendo a la entidad ejercer efectivamente tales derechos¹⁴⁵⁴. Además, con este proceder, se estaría desconociendo la naturaleza de la relación representativa que une a la entidad y a quienes por ella actúan, la cual debe ser tomada, necesariamente, en cuenta a la hora de establecer la forma de ejercicio de aquellos derechos procesales de los que la persona jurídica es titular. Así pues, resulta evidente que, al menos cuando se trata de declaraciones orales, la persona jurídica sólo puede ejercer efectivamente sus derechos a través de la persona natural llamada a declarar en su nombre.

Se hace preciso, por lo tanto, concretar el círculo de sujetos que quedarían amparados por el derecho a no declarar, titularidad de la entidad inculpada, esto es, a qué personas abarca tal derecho o, más bien, qué sujetos pueden ejercerlo en nombre de la persona jurídica: sólo el representante designado para actuar por ella en el proceso, todos los que tienen poder para representar legalmente a la entidad, cualquiera de los miembros de sus órganos directivos o, incluso, todos sus trabajadores. Pues bien, en la búsqueda de un equilibrio entre el respeto debido a los derechos a guardar silencio y a no confesarse culpable, de los que es titular la persona jurídica en su condición de parte pasiva del proceso, y la eficacia de la persecución penal en el descubrimiento de los delitos¹⁴⁵⁵, se hace necesario acotar los sujetos que han de quedar cubiertos por el manto protector de tal garantía instrumental del derecho de defensa.

La LECrim señala como portador de tal derecho al representante especialmente designado para actuar por la entidad en el proceso, con lo que parece limitar su ejercicio al representante defensivo encargado de declarar en su nombre, tanto en la instrucción, como en el juicio oral. Resulta indiscutible, por lo tanto, que el derecho extiende su cobertura a este individuo, el cual, además de negarse a declarar o a contestar a ciertas preguntas, podrá testificar faltando a la verdad sin que ello conlleve consecuencia alguna ni para la sociedad ni, por supuesto, para el declarante¹⁴⁵⁶. Por otra parte, de su silencio no podrán derivarse consecuencias negativas en relación con la culpabilidad de

¹⁴⁵⁴ En esta línea, sostiene GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 35, que *“la necesaria actuación de la persona jurídica a través de personas físicas hace que confluyan los derechos y garantías reconocidos a la persona jurídica como tal y los que se reconocen a la persona física en su condición de representante de la entidad. Es cierto que a la persona jurídica se le reconocen los mismos derechos que al imputado (...). Pero la persona física que representa a la persona jurídica no se identifica con ella y puede ser tratada y contemplada como un sujeto distinto, es decir, como un tercero a quien, en consecuencia, se le podrían arrojar los deberes y las cargas de los testigos, desvirtuando con ello los derechos de la persona jurídica”*.

¹⁴⁵⁵ Cfr. GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., p. 82.

¹⁴⁵⁶ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La persona jurídica en el proceso...ob. cit., p. 16.

la persona jurídica. En definitiva, quien asume la autodefensa de la persona jurídica debe tener reconocido el conjunto de derechos y garantías que asisten al sujeto pasivo del proceso penal, debiendo advertírsele, por lo tanto, de su derecho a no declarar y a no confesar contra la empresa¹⁴⁵⁷. En otras palabras, la persona especialmente designada para defender la libertad e inocencia de la persona jurídica no estará obligada a declarar en perjuicio de la misma, ya que, en otro caso, su principal función, consistente en el ejercicio del derecho de defensa, en su faceta de autodefensa, se vería impedida o, cuando menos, gravemente obstaculizada. En este sentido, el propio derecho objeto de análisis constituye, en este sentido, una manifestación autodefensiva del inculpado, por lo que, no puede negarse, precisamente, a quien tiene encomendado el ejercicio de esa faceta del más amplio derecho de defensa.

Sin embargo, por la peculiaridad de las personas jurídicas, que como entidades colectivas pueden actuar a través de una multiplicidad de sujetos, de tal forma que los actos de estos se imputen o se atribuyan al ente, se podría plantear, como opción más garantista para la persona jurídica, extender este derecho a otros integrantes de la entidad¹⁴⁵⁸. En este punto, nada señala la legislación sobre si los administradores, de hecho o de derecho, los directivos o representantes o, incluso, los empleados del ente colectivo que no sean parte en el proceso, pueden ser propuestos como testigos por las partes acusadoras para incriminar a la persona jurídica o si tal estrategia resultaría contraria al derecho a no declarar de la misma¹⁴⁵⁹. Así pues, es preciso analizar si la protección otorgada al representante especialmente designado resulta suficiente o si algún otro sujeto debería gozar de tal derecho, al ser llamado a declarar, en el marco del proceso penal contra el ente.

Tampoco existe un acuerdo al respecto en la doctrina. Se parte de la idea de que, en la delimitación del círculo de sujetos protegidos, hay que buscar un equilibrio entre el respeto del derecho al silencio y la burla a la persecución penal que tendría lugar con una extensión excesivamente amplia de la garantía de no autoincriminación¹⁴⁶⁰. En opinión de DEL MORAL GARCÍA permitir que solo una persona física pueda guardar silencio y obligar a todas las demás a declarar supondría vaciar de contenido dicho

¹⁴⁵⁷ Cfr. ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada...ob. cit., p. 264.

¹⁴⁵⁸ En esta línea, en el Derecho extranjero, es habitual que el derecho a no declarar de la entidad se extienda a todos sus representantes legales. Así pues, en Chile, el art. 21 II de la Ley 20.393 establece que los derechos y garantías del imputado podrán ser ejercidos por cualquier representante de la persona jurídica, con lo que se evita que puedan ser obligados a declarar como testigos. En Suiza, el art. 102.a) 2 CP establece que la persona que representa a la entidad en el proceso penal tendrá los derechos y obligaciones propios del imputado, por lo que declarará en esta condición. Ahora bien, los demás representantes no tendrán obligación de declarar en juicio. Mientras que en Austria los responsables de la empresa y cualquier trabajador que sea sospechoso de haber cometido el delito, o que haya sido condenado por el mismo, habrán de declarar como acusados en el proceso (párrafo 17 (1) VbVG), lo que impide someterlos al régimen de declaraciones testificales.

¹⁴⁵⁹ GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 22.

¹⁴⁶⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 139; DEL MORAL GARCÍA, A., “El estatuto jurídico procesal” en AA. VV., “Abstracts/CV de la Jornada de Derecho Penal: Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal”, Madrid, 1 de junio de 2011, Fundación Ramón Areces, pp. 95-96, disponible en http://sgfm.elcorcingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/2011/Ponencias/1674156562_79201112405.pdf, última consulta 04/08/2015.

derecho¹⁴⁶¹. Ahora bien, tampoco tendría sentido que todo trabajador de la empresa pueda guardar silencio en beneficio de aquélla, no sólo porque se haría casi imposible cualquier investigación penal, sino porque la relación laboral o de servicios no integra al trabajador como parte de la persona jurídica¹⁴⁶². En este sentido, desde distintas posiciones doctrinales y con alcances muy variados, se propone extender el derecho a no declarar a otros sujetos especialmente vinculados con la persona jurídica, distintos a su representante en juicio.

Para algunos, la protección debiera abarcar, al menos, a todos los representantes o miembros de los órganos directivos¹⁴⁶³. En este sentido, se afirma que, en una entidad con un consejo de administración, en la que el consejero delegado sea designado para actuar como representante en el proceso, el derecho al silencio de la entidad podría verse burlado si se obliga a declarar como testigos a los demás miembros del órgano de administración, a quienes se supone conocedores de la misma información que la empresa no ha querido facilitar al ejercer su derecho al silencio¹⁴⁶⁴. Se concluye, por lo tanto, a través de este razonamiento, que cualquiera de los representantes legales o miembros de los órganos directivos de la persona jurídica declarará en una condición asimilada a la del imputado, debiendo ser advertidos de los derechos que asisten a la persona jurídica, en su condición de parte pasiva del proceso, y de que tales garantías procesales extienden su manto protector sobre ellos y sobre sus actuaciones en el proceso seguido frente a la entidad¹⁴⁶⁵. Por su parte, GASCÓN INCHAUSTI también propone extenderlo a los administradores-representantes, en la línea de la solución ofrecida por los ordenamientos jurídicos suizo y chileno, que reconocen tal derecho a los representantes de la persona jurídica, aunque no sean sus representantes en el proceso penal¹⁴⁶⁶. Incluso, hay quien se inclina por la extensión de tales derechos a todos aquellos que ocupan un puesto en el entramado organizativo, aunque no sean directivos ni socios del ente¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶¹ DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 743; En una línea similar, sostiene GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 75; De nuevo en GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p.110, que ha de evitarse que la peculiar forma de participar de la persona jurídica en el proceso a través de un representante permita a las autoridades de persecución penal burlar el derecho a no declarar contra uno mismo de la entidad, aprovechándose de la existencia de una pluralidad de directivos o empleados en posesión de información de contenido incriminatorio.

¹⁴⁶² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.

¹⁴⁶³ Para DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 742, esas posibilidades amparan a la entidad como tal y a sus representantes legales personalmente, si son llamados a declarar, precisamente, en esa condición, aunque no estén imputados.

¹⁴⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 81; Del mismo autor, *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 139.

¹⁴⁶⁵ Para DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 743, esa se antoja la única solución respetuosa con el derecho constitucional aludido.

¹⁴⁶⁶ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., p. 82, se refiere al art. 102.2º CP suizo y art. 21 de la Ley 20393 chilena.

¹⁴⁶⁷ En este sentido, ALONSO GALLO, J., ponencia publicada en AA.VV. J., Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas...*ob. cit. pp. 43-44, propone una modificación legislativa que disponga lo siguiente: “*El derecho a no declarar contra sí mismas y a no confesarse culpables implicará que los empleados y directivos de las personas jurídicas imputadas en un procedimiento penal (...) no tendrán obligación de decir verdad en las declaraciones que presten en el procedimiento*”.

Desde la perspectiva del derecho a la autoincriminación de las personas físicas declarantes, cabe señalar que los empleados y directivos no sujetos a la investigación judicial en curso, podrían ser citados como testigos estando, por lo tanto, obligados a contestar a las preguntas que se les formulen, existiendo el riesgo de que, al hilo del interrogatorio, acaben autoincriminándose¹⁴⁶⁸. Este no es un problema nuevo ni específico del enjuiciamiento de las personas jurídicas, si bien, cabe subrayar que, es recomendable que quienes tengan en la persona jurídica un deber de garante del bien jurídico lesionado por la acción delictiva, sean citados en calidad de investigados, garantizando así su derecho de defensa y evitando que su declaración como testigos devenga nula por su posterior imputación¹⁴⁶⁹. En este sentido, debe aclararse que todo el que se encuentre personalmente encausado, o bajo riesgo de llegar a serlo, deberá declarar con las garantías propias del sujeto pasivo del proceso.

Desde otro enfoque, algún autor ha pretendido deslindar, artificialmente, los hechos objeto del proceso, estableciendo que los representantes que estén siendo investigados o hayan sido encausados podrán guardar silencio sólo acerca de los hechos propios, pero no acerca del defecto de organización, que sólo influiría en la condena de la persona jurídica¹⁴⁷⁰. En mi opinión, esta postura resulta excesivamente difícil de llevar a la práctica, por lo que se debe concluir que las personas físicas, en tanto que investigadas, encausadas o acusadas, gozarán de tales derechos en todas sus declaraciones, independientemente del contenido concreto de cada una de las preguntas que se les formulen¹⁴⁷¹. En esta línea, cabe recordar que el derecho de los acusados a no declarar contra sí mismos se extiende, tanto al aspecto de su personal intervención en un hecho, como a la realidad del hecho imputado¹⁴⁷².

Otra propuesta, que también implicaría hacer depender el régimen de declaración del contenido de lo declarado, es la de GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS que propone

¹⁴⁶⁸ GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 24.

¹⁴⁶⁹ En este sentido, VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...*ob. cit., p. 382, afirma que el representante legal, en el momento de la comisión del delito, se encuentra en situación de alto riesgo de autoincriminación y, al mismo tiempo, se le supone conocedor de hechos y circunstancias útiles para el enjuiciamiento y, por tanto, portador teórico de un deber testifical que, sin embargo, debe ceder frente a la necesidad de respetar el derecho al silencio.

¹⁴⁷⁰ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., p. 80.

¹⁴⁷¹ El propio GASCÓN ICHAUSTI, consciente de estos inconvenientes, alaba la regulación austriaca por establecer que las declaraciones de los responsables de la empresa y de cualquier trabajador que sea sospechoso de haber cometido el delito, o que hayan sido condenados por el mismo, habrán de declarar como acusados en el proceso (párrafo 17 (1) VbVG), advirtiéndoles de que sus declaraciones podrán servir para su defensa y para la de la persona jurídica, pero también podrán tener valor como prueba contra él mismo y contra la persona jurídica (párrafo 17 (2) VbVG). Entiende GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 37, que, con este último inciso, el legislador austriaco ha optado por el realismo y el pragmatismo, reconociendo la dificultad de discernir, en el curso de un único interrogatorio, hasta qué punto una persona física declara acerca de hechos propios o acerca de hechos ajenos –relativos a la persona jurídica; “por eso, en vez de obligar a los tribunales a efectuar disquisiciones estériles, la ley reconoce la inevitable existencia de una suerte de consortium en lo probatorio entre la persona jurídica y la persona física imputada respecto de hechos que son únicos”.

¹⁴⁷² Ver, por todas, STS (Sala 2ª) núm. 971/1998, de 27 de julio, RJ 1998\6990, F. J. 3º y la SAP Vizcaya (Sección 6ª) núm. 26/2002, de 21 de febrero, JUR 2002\228238, F. J. 1º; En la misma línea, FGE. Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros coparticipes, disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CO01-2000.pdf?idFile=790a80c7-b466-48ed-8544-952ecf0519a9, última consulta 28/09/2015

que el representante de la entidad indique qué persona puede dar razón de lo ocurrido y si tal persona debe declarar como testigo o puede identificarse con la entidad. Así pues, según el citado autor, el declarante sería interrogado en un régimen distinto, en función de si se limita a dar razón de conocimiento del hecho, o si, por el contrario, se centra en conformar la posición jurídica procesal de la persona jurídica. En tal sentido, sólo en la medida en que su actuación se limite a posicionarse en el proceso, cabe hacersele extensión del derecho de no autoincriminación, mientras que, si da razón de conocimiento de los hechos, lo sería de entera aplicación el deber de colaboración¹⁴⁷³. Esta solución no puede ser acogida en tanto que se deja a la discrecionalidad de los interesados la atribución de un determinado estatuto jurídico para los declarantes, lo cual potencia, cuando menos facilita excesivamente el fraude procesal. A mayor abundamiento, obligar al representante a señalar qué persona puede dar razón de lo ocurrido supone, sin duda, obligarle a colaborar en el esclarecimiento de los hechos, lo cual, en el marco de un proceso civil, si resulta admisible (art. 309.1 LECiv), pero no así en el marco de un proceso penal en el que la persona jurídica acusada es titular del derecho a no declarar.

Mi opinión sobre el alcance del derecho a no declarar de las personas jurídicas es que debería limitarse a lo que señala expresamente la LECrim, es decir, al representante especialmente designado por la entidad para actuar por ella en el proceso. En este sentido, en la medida en que el derecho a no declarar es una manifestación del derecho de autodefensa no debiera hacerse extensible a quien no tiene encomendado el ejercicio de tal derecho constitucional procesal. De lo contrario se correría el riesgo de desnaturalizar el derecho a no declarar que, en lugar de funcionar como instrumento del derecho de defensa de la persona jurídica, vendría a servir como escudo de la entidad frente a la investigación penal.

Por lo tanto, para evitar este ejercicio abusivo del derecho, considero que su ejercicio por cuenta de la entidad debería permitirse tan solo al representante defensivo de la persona jurídica en juicio, en tanto que sólo a él corresponde subrogarse en la posición de la entidad, como parte pasiva del proceso, y aprovechar, en su nombre, las posibilidades de actuación que brinda la titularidad del derecho de autodefensa. En esta línea, concuerdo con la opinión de que *“la declaración de la persona designada como representante legal de la persona jurídica, no excluye la declaración como testigos de otros representantes legales, cargos directivos, empleados”*¹⁴⁷⁴. En definitiva, los representantes, directivos y empleados, salvo que se pueda derivar para ellos responsabilidad penal personal, declararían en calidad de testigos. Si una vez citados en calidad de testigos son cuestionados sobre hechos o datos de los que pudiera derivarse una responsabilidad criminal para ellos mismos, podrían solicitar no contestar a las preguntas procediéndose, en su caso, a su imputación. Ahora bien, si lo que conocen perjudica a la sociedad o empresa a la que pertenecen, pero no a ellos personalmente, estarían obligados a declarar, del mismo modo que debe hacerlo un socio o un subordinado frente otro socio o a su superior cuando éste último es una persona física¹⁴⁷⁵.

¹⁴⁷³ GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., “Cuestiones procesales en torno a...ob. cit., p. 85.

¹⁴⁷⁴ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 961.

¹⁴⁷⁵ BANACLOCHE PALAO, J., “Las diligencias de investigación...ob. cit., p. 204. En una línea similar, sostiene MAZA MARTÍN, J. M., “Derechos de la persona jurídica imputada...ob. cit., que el derecho a

En el caso de los trabajadores parece evidente que no gozarán del derecho a no declarar ya que, mientras no exista una relación de representación orgánica entre la persona jurídica y la persona física, se tratará de terceros sin poder para actuar por cuenta y en nombre de la entidad, por lo que, al igual que cualquier ciudadano, estarán obligados a colaborar con la Administración de justicia en la investigación y descubrimiento de los delitos, teniendo incluso el deber legal de denunciarlos (art. 259 LECrim). Ahora bien, cabe plantearse si los trabajadores que continúan integrados en la empresa podrían encontrarse en situaciones de *exigibilidad disminuida*, esto es, si gozarían de alguna dispensa del deber general de declarar, dado que declarar contra la entidad podría irrogarles importantes perjuicios, económicos y personales¹⁴⁷⁶. Como forma de reconocerles un estatuto particular se ha propuesto acudir por analogía a las dispensas para declarar del art. 418 LECrim¹⁴⁷⁷. Se trata de las exenciones del deber de declarar acerca de ciertas preguntas que puedan perjudicar, de forma directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna, de alguno de los parientes del testigo. En este sentido, se argumenta que si la ley dispensa a los testigos de contestar, en tales circunstancias, determinadas preguntas, con mayor motivo deberá tener lugar tal dispensa cuando la afectación se produzca para la persona o la fortuna personal del propio declarante¹⁴⁷⁸.

De aceptar tal interpretación extensiva del art. 418 LECrim, habría que tomar en consideración las exigencias del precepto, que reclama un perjuicio directo e importante, no bastando, por lo tanto, un mero riesgo eventual o indirecto¹⁴⁷⁹. Además, hay que advertir que tales declarantes quedarían sometidos al régimen jurídico de los testigos, con obligación de declarar y de decir la verdad siendo, al inicio del interrogatorio, obligados a prestar juramento. De hecho, tendrían que contestar a todas las preguntas que no les incumbiesen de forma directa, alzándose tal obligación sólo cuando pudiesen argumentar que la respuesta a una determinada pregunta afectaría

no declarar sería sólo del representante de la persona jurídica, advirtiéndose a los demás que no estarían obligados a responder a las preguntas que pudieran suponer su propia autoincriminación.

¹⁴⁷⁶ GONZÁLEZ FRANCO, J. A., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal...* ob. cit., p. 99.

¹⁴⁷⁷ En este sentido, RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La protección de los whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”, en AA.VV, L. Arrollo Zapatero; A. Nieto Martín, (coords.) *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europea. Eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 447-484, p. 469, afirma que, el hecho de que los trabajadores y el resto de agentes que no se encuentran facultados para actuar en nombre y por cuenta de la persona jurídica en el proceso, no resulten amparados por el derecho a no declarar del ente, no obsta para que les pueda resultar de aplicación, por analogía, el art. 418 LECrim.

¹⁴⁷⁸ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 745, entiende que resulta lógico que también sea levantada su obligación de declarar cuando el posible perjuicio económico o moral se cierne sobre él mismo, aunque sea de manera indirecta; En un sentido similar la FGE. Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros copartícipes, entiende que, cabe argumentar, además, que existe apoyo para sostener la no obligación de declarar del coimputado ya condenado en la interpretación analógica del art. 418 LECrim. A tenor de este precepto “ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa o importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416” por lo que, cabe esgrimir que, si el perjuicio se deriva para sí mismo, el fundamento de la no obligación de declarar resulta incluso más evidente.

¹⁴⁷⁹ En contra DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 745, quien sostiene que sería suficiente un perjuicio indirecto.

razonablemente, de manera directa e importante, a su persona o fortuna. Por otra parte, si declarasen falsamente podrían incurrir en responsabilidad penal.

Ahora bien, teniendo en cuenta la dudosa legitimidad de esta exención, incluso en el propio ámbito familiar al que se destina¹⁴⁸⁰, la inaplicabilidad, de la analogía, como regla interpretativa en el Derecho Procesal y la falta de identidad entre ambos supuestos, por referirse uno a las relaciones familiares y el otro al ámbito empresarial, es preciso posicionarse en contra de tal aplicación analógica que, por otra parte, podría fomentar el secretismo y la falta de transparencia de las actividades empresariales, en un injustificable intento de potenciar las relaciones de confianza intraempresariales, a través de la ocultación de las actividades ilícitas perpetradas en su seno. Eso sí, hay que tener en cuenta que, al igual que ocurre en el ámbito familiar o en otros supuestos en los que existen relaciones personales entre el sujeto pasivo y los testigos, es posible que los miembros de la entidad, interesadamente, o por miedo a presiones o represalias, no testifiquen siempre conforme a la verdad, con lo que el juzgador deberá ser cauteloso a la hora de valorar la credibilidad de sus declaraciones.

En todo caso, no parece que quepa establecer una presunción general de que los miembros de la empresa se encuentren en una situación de exigibilidad disminuida ya que, al fin y al cabo, equiparar la relación entre una empresa y sus miembros con las relaciones familiares resulta ciertamente forzado. A mayor abundamiento, una regulación que eximiese a los altos cargos de una entidad de contestar ciertas preguntas en un proceso penal dirigido frente a la organización resultaría contrario a las cargas de prevención delictiva y cumplimiento normativo que pesan sobre los administradores y representantes de las personas jurídicas y, desde luego, a la cultura de respeto por la legalidad que, teóricamente, la responsabilidad penal de las personas jurídicas pretende implementar en las organizaciones empresariales.

Desde otro punto de vista, centrado en evitar que los declarantes se encuentren en situaciones de exigibilidad atenuada, supuestamente justificadas en el miedo a represalias, cabe proponer, como mejor solución, que se otorgue una protección legal adecuada a los directivos o empleados que declaren contra la persona jurídica en la que se integran, evitando que puedan sufrir medidas disciplinarias internas¹⁴⁸¹ u otros perjuicios, personales o económicos. Esta protección debería dispensarse tanto para empleados, para los que actualmente el despido es causalizado, como para directivos y altos cargos, respecto de los cuales no es preciso alegar justa causa. A tal fin, una posibilidad podría ser establecer la nulidad del despido¹⁴⁸² cuando se pruebe que la causa ha sido la declaración testifical en juicio o, incluso, establecer un período de

¹⁴⁸⁰ Así pues, NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...* ob. cit., pp. 250-251, afirma que la razón de ser de estas dispensas familiares es muy discutida, considerándolas un residuo de la antigua prueba legal que debería desaparecer en tanto que oculta datos a la actividad probatoria, sin una razón suficientemente fundamentada.

¹⁴⁸¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., "Consecuencias procesales del nuevo..." ob. cit., p. 82.

¹⁴⁸² En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 142-143, propone proteger al directivo o empleado que declara en contra de la persona jurídica de eventuales medidas disciplinarias, por ejemplo, previendo la nulidad del despido, en tanto que el sujeto individual habría obrado en cumplimiento del deber de colaboración con la Administración de justicia, que prevalece sobre obligaciones contractuales de secreto y confidencialidad.

tiempo en el que se presume, *ex lege*, que esa es la causa del despido, salvo que se pruebe lo contrario. Estas protecciones son similares a las que la Dodd-Frank Act estadounidense, del año 2010, dispensa a los *whistleblowers* en orden a incentivar las delaciones en entornos organizacionales.

4.3.4.2.- Requerimientos de documentación

Para continuar con la determinación del ámbito del derecho a no declarar, es preciso aclarar si abarca los requerimientos de documentación que puedan dirigirse a la entidad investigada. En este sentido, es necesario establecer en qué casos la persona jurídica investigada puede negarse legítimamente a atender los requerimientos de documentación que le dirijan las autoridades y qué sujetos podrían negarse a aportarlos. Además, derivado de lo anterior, será preciso analizar si el derecho a no declarar impide utilizar como prueba de cargo en el juicio penal, aquellos documentos considerados incriminatorios, cuando son adquiridos a través de requerimientos coactivos de información, en el marco del propio proceso criminal o en un previo procedimiento administrativo. Estas cuestiones tienen una enorme importancia en el enjuiciamiento de las personas jurídicas, dada la relevancia que, previsiblemente, tendrá la prueba documental para la investigación y para la prueba de su responsabilidad.

La LECrim sólo se refiere al derecho a no declarar de la persona jurídica al regular la “indagatoria”, es decir, el interrogatorio practicado durante la instrucción (art. 409 bis LECrim) y el interrogatorio de parte en el juicio oral (art. 786 bis 1 LECrim), reconociendo al representante especialmente designado para representar a la entidad en el proceso, los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, sin hacer ninguna referencia a otras actuaciones distintas de tales declaraciones orales, como los requerimientos coactivos de información o documentación interna de la entidad. Aun así, algún autor ha querido ver la solución a esta cuestión en la propia letra de la ley entendiendo que, la referencia expresa al derecho a no declarar y a guardar silencio, como algo diferente al derecho a confesarse culpable, permite entender que tal derecho incluye la falta de obligación de aportación o exhibición de documentos¹⁴⁸³. Sin embargo, ante la ausencia de una disposición legal clara al respecto, es necesario acudir a las opiniones jurisprudenciales y doctrinales sobre la cuestión.

Declarar es manifestar algo con relevancia jurídica¹⁴⁸⁴, sin que tal manifestación tenga que ser necesariamente oral. Además, un entendimiento amplio de este derecho, vinculado a la presunción de inocencia, supone que la acusación debe probar los hechos sin requerir la colaboración del acusado¹⁴⁸⁵. En este sentido, se debería hablar, más bien,

¹⁴⁸³ BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales...ob. cit., p. 292.

¹⁴⁸⁴ R.A.E. 22ª ed. con enmiendas incorporadas hasta el año 2012.

¹⁴⁸⁵ En este sentido, afirma VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...ob. cit.*, p. 215, que las nuevas garantías del proceso penal y de la CEDH han consagrado un auténtico derecho a no colaborar.

de un derecho a no contribuir con la propia autoincriminación, de tal forma que la acusación pruebe la responsabilidad del acusado en el hecho punible, sin recurrir a elementos de prueba obtenidos mediante la colaboración forzada o la coerción del inculpado¹⁴⁸⁶. Ahora bien, también existe una concepción estricta del derecho que lo limita a la facultad del acusado de guardar silencio, pero no lo extiende, con carácter general, al uso, en el proceso penal, de datos obtenidos del sujeto pasivo recurriendo a poderes coercitivos. Sin embargo, incluso, manteniendo una concepción amplia de tal derecho, la doctrina y la jurisprudencia excluyen de tal protección aquellas piezas de convicción que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, esto es, que no han sido producidas *ad hoc* para el proceso o por requerimiento de la autoridad, como ocurriría, por ejemplo, con ciertos documentos contables, facturas, recibos, registros de transacciones comerciales o financieras etc.¹⁴⁸⁷.

A favor de una concepción estricta del derecho se ha pronunciado, entre otros, BANACLOCHE PALAO, para quien el derecho a no declarar debe quedar circunscrito a lo que se exterioriza por el propio sujeto afectado cuando se le pregunta sobre una cuestión relacionada con el hecho delictivo¹⁴⁸⁸. De ahí que tal derecho resulte aplicable al representante legal de la empresa, que podría negarse a declarar, a lo largo de todo el proceso, en ejercicio del derecho a no autoincriminarse de la persona jurídica, instrumental del más amplio derecho de defensa. Ahora bien, los documentos que forman parte del archivo de la persona jurídica no podrían, en opinión del citado autor, ser considerados declaraciones a estos efectos, y su adquisición para el proceso, a través de requerimientos coactivos dirigidos a la entidad, resultaría perfectamente válida desde el punto de vista constitucional.

En el otro extremo se encontraría DEL MORAL GARCÍA para quien “(...) *la persona jurídica acusada de un delito puede buscar cobijo pleno en ese derecho a no colaborar*

¹⁴⁸⁶ LÓPEZ GARCÍA, C., “Alcance efectivo del deber de colaboración con la inspección de los tributos y del derecho a no declarar contra sí mismo”, *Diario La Ley*, núm. 7493, 21 de octubre de 2010.

¹⁴⁸⁷ Ídem.; En este sentido, en la STC 76/1990, de 26 de abril, F. J. 10º, se afirma que “*Los documentos contables son elementos acreditativos de la situación económica y financiera del contribuyente; situación que es preciso exhibir para hacer posible el cumplimiento de la obligación tributaria y su posterior inspección, sin que pueda considerarse la aportación o exhibición de esos documentos contables como una colaboración equiparable a la «declaración» comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución. Del mismo modo que el deber del ciudadano de tolerar que se le someta a una especial modalidad de pericia técnica (...) cuando el contribuyente aporta o exhibe los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad*”. En la misma línea, se pronuncian las siguientes resoluciones: STSJ de Valencia (Sala de lo C-A, Sección 3ª) núm. 787/2011, de 21 de junio, JT\2011\1401; SAP de Valencia (Sección 3ª) núm. 350/2014, de 23 de mayo, ARP\2014\788; Por otra parte, cuando el TC compara el deber de exhibición de documentos contables con el deber del ciudadano de tolerar su sometimiento a una especial modalidad de pericia técnica, parece referirse a la obtención de muestras biológicas para realizar análisis de ADN o a las pruebas de detección de alcohol o drogas que, a pesar de servir como prueba de su culpabilidad y requerir una cierta colaboración por parte del investigado, han sido consideradas constitucionales (SSTC 161/1997, de 2 de octubre; STC 103/1985, de 4 de octubre; STC 107/1985, de 7 de octubre y ATC 837/1988, de 4 de julio, entre otras). Sobre la obligatoriedad de sometimiento a las pruebas de alcoholemia y su choque con los derechos fundamentales, véase HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso...* ob. cit., pp. 443-470; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “La prueba de alcoholemia en el nuevo Reglamento General de Circulación”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1992, pp. 1069-1073.

¹⁴⁸⁸ BANACLOCHE PALAO, J., “Las diligencias de investigación...” ob. cit., p. 203.

*con su propia incriminación. Eso significa que puede desatender los requerimientos que se le efectúen para entregar documentación; o que la información falsa que pueda proporcionar no podrá generar responsabilidad penal. No es que pueda falsear la documentación. Pero no le será exigible que la proporcione (sin perjuicio de que esa negativa provoque la necesidad de un registro o de pesquisas más invasivas)*¹⁴⁸⁹. En este sentido, el citado autor sostiene que el derecho a la no autoincriminación repele la imposición al sospechoso de la carga de colaborar con su propia inculpación, mediante actuaciones, como el requerimiento para aportar elementos probatorios directos, incluida cierta documentación. Tales elementos de prueba, obtenidos bajo apercibimiento de desobediencia, serían ilegales y, por ende, sin valor probatorio, por haberse vulnerado en su obtención el derecho fundamental de la entidad a no declarar (art. 11.1 LOPJ), como también lo sería la información recabada de esa forma en un expediente administrativo previo¹⁴⁹⁰. En esta línea, se sostiene que, con el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la entidad imputada no tendría obligación de aportar documentos, circunstancia que el legislador, presagiando una mayor dificultad en la instrucción de las causas, habría tenido en cuenta, otorgando a la colaboración con las autoridades un valor minorativo de la responsabilidad penal¹⁴⁹¹.

En una línea similar, el TEDH¹⁴⁹² sostiene que el derecho a no declarar se vulnera cuando se requiere información o documentación incriminatoria, bajo amenaza de sanción, ya que son las autoridades de persecución penal las que deben sustentar la acusación, sin acudir a elementos probatorios obtenidos de forma coactiva o bajo presiones, en contra de la voluntad del acusado. En atención a esta doctrina, vinculante para los poderes públicos estatales (art. 10.2 CE), las normas que fuerzan la colaboración con las Administraciones Públicas no son contrarias al CEDH, pero si el uso de tales documentos e informaciones para fundar una condena penal¹⁴⁹³. En este sentido, las fuentes de prueba, obtenidas coactivamente, bajo amenaza de sanción, en un procedimiento administrativo, por ejemplo, en un procedimiento de comprobación o inspección tributaria, pueden entenderse contaminadas y, por ende, resultar inadmisibles en el posterior procedimiento sancionador, sobre todo si tiene carácter penal.

Sin embargo, cabe reparar en el sinsentido que supone que la entrega obligatoria de documentos, con relevancia tributaria, impida su posterior utilización en un procedimiento sancionador. Se advierte, al respecto que, *“si los deberes de documentar o de entregar documentos tienen entre otras finalidades la de prevenir conductas tipificadas como infracción, no parece de recibo entonces que el obligado a facilitarlos esté en situación de eludir la posible sanción mediante la entrega de documentos a la Administración, por un lado, y que, por otro lado, disipe simultáneamente sus responsabilidades por las infracciones que dichos documentos evidencien: partiendo de esta concepción maximalista al tiempo que simplista del nemo tenetur, la entrega de*

¹⁴⁸⁹ DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 742-743.

¹⁴⁹⁰ Ídem., p. 741.

¹⁴⁹¹ MAZA MARTÍN, J. M., “Derechos de la persona jurídica imputada...ob. cit.

¹⁴⁹² STEDH de 17 de diciembre de 1996. Caso Saunders c. Reino Unido; STEDH de 25 de febrero de 1993. Caso Funke c. Francia; STEDH de 3 mayo 2001. Caso J. B. c. Suiza, entre otras.

¹⁴⁹³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 134-135

*documentos obligatorios se convertiría en un muro de impunidad frente a la - normalmente- más grave responsabilidad por la infracción que aquéllos prueben*¹⁴⁹⁴.

Precisamente, para evitar esa inadmisibles impunidad y preservar las obligaciones de documentación que impone la legislación, el TEDH especifica que, para que el derecho a no autoincriminarse despliegue sus efectos, es preciso que la medida coactiva se dirija a la obtención de documentos o fuentes de prueba, cuya existencia dependa de la voluntad del investigado. Por lo tanto, aquellos documentos que tengan una existencia independiente de la voluntad del sujeto inquirido quedarían fuera del ámbito de protección del derecho en cuestión¹⁴⁹⁵. Pues bien, atendiendo a tales criterios, la protección del derecho a no autoincriminarse sólo se aplicaría cuando el requerimiento coactivo de información fuese posterior a la comisión del ilícito punible y a la existencia de los documentos requeridos y siempre que, además, la autoridad requirente no tuviese la certeza absoluta de su existencia¹⁴⁹⁶. Esa certeza absoluta de su existencia parece referirse a los documentos y datos cuya producción, registro y/o custodia venga impuesta por normas legales de tal forma que, la razón última de su preexistencia, no es la voluntad del investigado, sino la ley¹⁴⁹⁷.

Por su parte, el TC sostiene que no toda conducta que implique una cierta colaboración activa con los órganos de persecución penal resulta contraria al derecho a no autoincriminarse. Por ejemplo, en relación con la obligación de someterse a las pruebas de alcoholemia so pena de incurrir en delito penado con prisión, el TC entendió que tales controles preventivos, por parte de la policía, no constituyen actuaciones encaminadas a obtener del sujeto el reconocimiento de determinados hechos o su interpretación o valoración de los mismos, sino que se trata de *simples pericias de resultado incierto* que, con independencia de que su mecánica concreta no requiera sólo un comportamiento exclusivamente pasivo, no pueden catalogarse como obligaciones de auto incriminarse¹⁴⁹⁸.

De mayor importancia para el objeto de este estudio, resulta la exclusión del ámbito de protección del derecho a no autoincriminarse de aquellos requerimientos de documentación, referidos a materiales cuya existencia tiene un carácter obligatorio *ex*

¹⁴⁹⁴ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo C-A, Sección 3ª) núm. 420/2013, de 15 marzo, JT\2013\928, F. J. 3º.

¹⁴⁹⁵ STEDH de 17 de diciembre de 1996. Caso Saunders c. Reino Unido, ya citada.

¹⁴⁹⁶ STEDH de 11 de julio de 2006. Caso *Jallohc* c. Alemania y STEDH de 29 de junio de 2007. Caso O'Halorand y Francis c. Reino Unido.

¹⁴⁹⁷ SERRANO ZARAGOZA, O., "Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit.

¹⁴⁹⁸ Así lo afirma, el TC, entre otras, en la STC 161/1997, de 2 de octubre; En concreto, respecto del examen de alcoholemia, ha dicho el TC que el derecho a guardar silencio no resulta vulnerado, en tanto que el sujeto pasivo de la medida no está obligado a emitir una declaración con un determinado contenido, sino que únicamente ha de permitir que se practique sobre él una especial modalidad de pericia de resultado incierto. Se pueden ver, en este sentido, entre otras las siguientes resoluciones: STC 103/1985, de 4 de octubre, STC 107/1985, de 7 de octubre y ATC 837/1988, de 4 de julio; En contra de esta opinión, se pronuncia HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso...*ob. cit., pp. 384-385, para quien el sometimiento a la práctica de un examen de alcoholemia o, en general, a una medida de intervención corporal, resulta equiparable a una declaración autoincriminatoria, dado que se obtiene el mismo resultado que si el sujeto afectado declarase ser cierto lo que pretende verificarse con la medida en cuestión

lege y, por lo tanto, independiente de la voluntad del sujeto en cuestión¹⁴⁹⁹. En este sentido, por ejemplo, el contribuyente que aporta o exhibe los documentos contables que se le requieren, incluso bajo amenaza de sanción, no estaría haciendo una manifestación de voluntad ni emitiendo una declaración que implique admitir su culpabilidad. Así pues, de la doctrina del TC, se puede deducir la distinción entre la *aportación* de elementos probatorios, referida a aquellas fuentes de prueba que se encuentran fuera del alcance del poder público por ser incierta su existencia y la obligación de *soportar* ciertas diligencias de prueba que, aunque pueden requerir la realización de un mínimo comportamiento activo por el sujeto, se refieren a elementos probatorios a los que la autoridad podría acceder por otros medios, dada su existencia independiente de la voluntad del acusado¹⁵⁰⁰.

En definitiva, cabe afirmar que el deber de someterse a ciertos controles o de exhibir ciertos documentos no siempre vulnera el derecho a no declarar, especialmente cuando tales materiales no han de ser específicamente producidos para ser aportados al proceso, sino que existen de forma previa e independiente a la voluntad del acusado, particularmente, en virtud de una obligación legal¹⁵⁰¹. En este sentido, el TC ha establecido claramente que la aportación de datos con trascendencia tributaria no es equiparable a la declaración comprendida en el ámbito de los derechos proclamados en el art. 24.2 CE, señalando que no existe un derecho a la reserva de datos de naturaleza económica y que la manifestación de bienes y la exhibición contable ha de entenderse constituye, por lo tanto, un deber de colaborar con el órgano judicial que no atenta contra la Constitución¹⁵⁰².

Ahora bien, lo que evidentemente no cabe, ni ha dicho el TC, es que exista un deber genérico de colaborar, aportando pruebas directamente incriminatorias en el marco de un procedimiento sancionador. De hecho, dejando a salvo las obligaciones formales preestablecidas en la legislación, como serían, la llevanza de la contabilidad o las obligaciones tributarias de carácter formal, no podría requerirse a una persona, física o jurídica, frente a la que se ha iniciado un procedimiento sancionador, la aportación de documentos que sostengan o puedan sostener directamente su imputación penal¹⁵⁰³. Por lo tanto, si tales documentos se aportan bajo coacción, las pruebas que de ellos se deriven, sin respetar la debida desconexión de antijuridicidad, no podrán servir para fundamentar una condena, por haberse obtenido con vulneración del derecho fundamental a no auto incriminarse.

¹⁴⁹⁹ SSTC 76/1990, de 20 de abril, F. J. 10º y STC 161/1997, de 2 de octubre, F. J. 6º.

¹⁵⁰⁰ SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit.

¹⁵⁰¹ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo C-A, Sección 3ª) núm. 420/2013, de 15 marzo, JT\2013\928, F. J. 3º, en la que, además, se indica que tales deberes previos de documentar o informar, impuestos legalmente, han supuesto la base del rechazo de la vulneración del *nemo tenetur* en determinadas Sentencias del TS sobre materias administrativas distintas a la tributaria. En concreto, en la imposición de una sanción disciplinaria-judicial, en una sanción sobre mercado de valores y en una sanción a distribuidor de energía eléctrica.

¹⁵⁰² SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, F. J. 2º, 76/1990, de 26 de abril y 197/1995, de 21 de diciembre.

¹⁵⁰³ En definitiva, hay que concordar con GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 23, en que, bajo ningún concepto es admisible imponer, a la persona jurídica investigada, la carga de colaborar con su propia inculpación, mediante actuaciones como el requerimiento para aportar elementos probatorios directos de contenido incriminatorio.

En este sentido, resultará clave determinar si los documentos requeridos tienen un carácter obligatorio *ex lege*, o si, por el contrario, responden a la voluntad de la entidad de establecer determinados controles internos de sus actividades o son confeccionados en atención a un requerimiento *ad hoc* de los órganos de investigación penal. En el primer caso, no se trataría de declaraciones autoinculpatorias, en tanto que su existencia sería independiente de la voluntad de colaborar o no del inculpado y, por lo tanto, no se podría considerar que el requerimiento coactivo implicó forzar o doblegar su voluntad. Por el contrario, sí constituiría, a estos efectos, una declaración autoinculpatoria la entrega de aquellos materiales que contengan una declaración y cuya existencia dependa del investigado, como, por ejemplo, las respuestas autoincriminatorias, realizadas por escrito, que puede dar el obligado tributario a determinadas preguntas formuladas por la Inspección tributaria, agendas personales en las que el sujeto ha podido dejar constancia de determinada información autoincriminatoria, cuadernos personales de notas, correspondencia o materiales elaborados, a solicitud de la Inspección, por el obligado tributario¹⁵⁰⁴. De acuerdo con estos postulados, y en aras de la seguridad jurídica, sería conveniente establecer una regulación legal en la que se especificase el alcance efectivo de las obligaciones colaboración de las personas jurídicas, ya no sólo en materia fiscal¹⁵⁰⁵, sino también en otros ámbitos propicios para la comisión de delitos, tales como el contable, el financiero, el de control de calidad de ciertos productos o, incluso, el de la prevención delictiva. En este sentido, *“la identificación de los documentos obligatorios tendrá que ser suficiente y con fundamento legal, en tanto que limitativa de derechos fundamentales (art. 53.1 CE)”*¹⁵⁰⁶.

En el caso de las personas jurídicas, como ejemplos paradigmáticos de documentos internos, de carácter autoincriminatorio, que sí deberían considerarse, en mi opinión, protegidos por el derecho a no declarar, se podrían señalar los archivos derivados del canal de denuncias de la empresa, en los que consten los hechos denunciados y los resultados de las investigaciones internas que, voluntariamente, haya conducido la entidad¹⁵⁰⁷, así como, en su caso, una declaración escrita de la entidad o de sus representantes admitiendo la existencia de irregularidades o ilegalidades en su actuación. Tales documentos pueden servir para que la entidad vea atenuada su responsabilidad o, incluso, pueden permitirle quedar exenta de responsabilidad por los delitos cometidos por sus miembros, señaladamente, la actividad del canal de denuncias interno, los resultados documentales de las investigaciones internas o la documentación de las infracciones (arts. 31 bis 5 apdos. 4º y 6º y 31 quáter d) CP). Sin embargo, al no existir una obligación legal expresa de documentar y archivar esa información, no se trataría de documentos requeridos *ex lege*.

¹⁵⁰⁴ SAP Valencia (Sección 5ª, Penal) núm. 182/2008, de 6 de junio, JUR 2008\309822.

¹⁵⁰⁵ LÓPEZ GARCÍA, C., “Alcance efectivo del deber de colaboración...ob. cit.

¹⁵⁰⁶ Así lo afirma la ya citada STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo C-A, Sección 3ª) núm. 420/2013, de 15 marzo, JT\2013\928, F. J. 3º, según el cual, *“la adecuada protección del derecho a no autoincriminarse pasa por una correcta identificación de cuáles son documentos cuya obligatoriedad - con arreglo a las normas mercantiles y tributarias- es previa a la apertura de un procedimiento tributario y cuáles no, siendo que estos últimos, cuando sean requeridos coactivamente por la Inspección Tributaria, sin embargo no podrán ser empleados como prueba de cargo en un eventual procedimiento sancionador”*.

¹⁵⁰⁷ NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

Consiguientemente, cabe considerar que la existencia de tales documentos se debe a la voluntad de la persona jurídica que, por lo tanto, está en su derecho de negarse legítimamente a entregarlos a la autoridad requirente, al amparo de su derecho a no autoincriminarse, vigente en el seno de cualquier procedimiento sancionador que se dirija frente a ella, ya sea de naturaleza penal o administrativa. Por lo tanto, no sólo será legítima la negativa a aportar tales documentos por la entidad formalmente encausada, sino también por aquella que está siendo meramente investigada, cuando considere que su aportación puede servir para incriminarla¹⁵⁰⁸. Igualmente, cuando, no habiéndose iniciado el proceso penal, se considere que la aportación de información puede servir como base para su iniciación.

Como consecuencia del derecho a no autoincriminarse del que goza la persona jurídica, la información obtenida en un procedimiento administrativo sancionador previo, bajo amenaza de sanción, no puede ser incorporada sin más a un proceso penal, para ser usada como indicio para encausar o como prueba para condenar a la persona jurídica acusada¹⁵⁰⁹. Para atajar estos problemas desde el inicio, se propone que, en el marco del procedimiento administrativo previo, desde que exista el menor indicio de haberse cometido una infracción, se proceda a incoar expediente sancionador, con formulación de pliego de cargos y concesión de todos los derechos y garantías propios de los procedimientos sancionadores¹⁵¹⁰, especialmente, de los derechos de defensa y presunción de inocencia, en cuya protección, cabe recordar, se fundamenta el reconocimiento a las personas jurídicas del derecho a no declarar. De esta forma, se evitaría, por ejemplo, que las fuentes de prueba obtenidas en un procedimiento de comprobación o inspección tributaria resultasen nulas en el marco del posterior proceso administrativo sancionador o, en su caso, en el proceso penal. Así mismo, desde el momento en que los hechos revistan caracteres de delito, la Administración debe elevar tanto de culpa al MF y paralizar, inmediatamente, el procedimiento administrativo.

Por otra parte, en la medida en que sólo los documentos cuya existencia depende de la voluntad del sujeto, y no de la voluntad de la ley, están protegidos por el derecho a no declarar, se puede advertir que una forma eficaz de control de las personas jurídicas, verificando si sus actividades se encuentran en los niveles de riesgo permitidos, sería establecer, en las correspondientes leyes, mercantiles o administrativas, ciertas obligaciones formales que faciliten el seguimiento y control de sus actividades. Si tales obligaciones, limitativas del derecho a no declarar de las personas jurídicas, respetasen, el principio de proporcionalidad, siendo adecuadas para el logro de los fines de prevención delictiva y de protección de los bienes jurídicos en riesgo, necesarias para asegurar tal gestión de riesgos y estrictamente proporcionadas, permitiendo un suficiente margen al derecho de defensa del investigado, obligado a entregar o a

¹⁵⁰⁸ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 123; En el mismo sentido, LÓPEZ GARCÍA, C., “Alcance efectivo del deber de colaboración...”ob. cit., entiende que el hecho de que las declaraciones se hayan formulado antes de haber sido inculcado no impide que el uso ulterior de las mismas en el proceso penal constituya un atentado al derecho de no autoinculpación.

¹⁵⁰⁹ Cfr. CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Aspectos sustantivos y procesales...”ob. cit.; GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...”ob. cit., p. 23.

¹⁵¹⁰ LÓPEZ GARCÍA, C., “Alcance efectivo del deber de colaboración...”ob. cit.

documentar, no vulnerarían el derecho a no declarar de la persona jurídica¹⁵¹¹. De esta forma, tales archivos pasarían a tener una existencia independiente de la voluntad del sujeto investigado, que se sustentaría en la obligación legal de su llevanza y custodia. En este sentido, el establecimiento legal de controles preventivos periódicos sobre determinadas entidades que operan en mercados altamente regulados, como podría ser, el bancario o el farmacéutico, resultaría, en principio, legítimo, por lo que cabría requerir a tales organizaciones su colaboración, más o menos activa, en la realización de los mismos. Se trataría, en tal caso, usando la terminología del TC, de pericias de resultado incierto y no de declaraciones autoincriminatorias.

Se pone de manifiesto, nuevamente, una idea que ya se refirió anteriormente, cual es la de la mayor capacidad de la ley para regular la conducta de las personas jurídicas, en vista de su condición no humana. Evidentemente, no cabría exigir a las personas naturales obligaciones formales análogas, que les impusiesen una suerte de deberes de certificación de que su conducta es acorde con la legalidad. Sin embargo, considero que, en el caso de las personas jurídicas, establecer medidas de control de sus actividades o imponerles la obligación de desarrollar controles internos y exhibir sus resultados resultaría plenamente legítimo como medida para prevenir y descubrir delitos. De hecho, la obligatoriedad de cumplir con los deberes de *compliance*, ahora que se encuentran claramente definidos y concretados en la ley, podría servir para avanzar en esta senda.

Cabe señalar que, la vía adecuada para acceder a los documentos internos de la entidad, cuando esta se resista a entregarlos voluntariamente, será la conducción de una diligencia de investigación de entrada y registro en aquellos locales o establecimientos en los que la entidad custodie sus documentos, esto es, en el domicilio de la persona jurídica (art. 554. 4º LECrim)¹⁵¹². Para ello, será preciso que el Juez de Instrucción dicte un auto motivado acordando la realización de la citada diligencia, en el que deberán especificarse los elementos en los que se funda la sospecha criminal frente a la entidad, así como la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad de la medida en cuestión. En definitiva, tal resolución tendrá que contar con unos presupuestos y unas garantías formales y materiales análogas a las de una orden de entrada y registro en un domicilio particular¹⁵¹³.

A mayor abundamiento, se advierte que utilizar la medida de intervención judicial para acceder a la documentación interna de la entidad si podría resultar contrario al derecho a no declarar de las personas jurídicas¹⁵¹⁴. En opinión de GASCÓN INCHAUSTI se trataría de un fraude legal que determinaría la ilicitud probatoria de los datos y documentos así obtenidos¹⁵¹⁵. En este sentido, señala ZARZALEJOS NIETO que en caso de intervención resulta ilusorio el derecho de la persona jurídica a no colaborar con la investigación, porque el Juez instructor ha podido hacerse cargo de todas las fuentes

¹⁵¹¹ En la, tantas veces citada, STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo C-A, Sección 3ª) núm. 420/2013, de 15 marzo, JT\2013\928, F. J. 3º, se aplica este test de proporcionalidad a la entrega de documentos obligatorios a la Administración Tributaria.

¹⁵¹² Esta diligencia de investigación se estudiará en el apdo. 5.2.1 del epígrafe IV del presente capítulo.

¹⁵¹³ Esta diligencia será analizada en el apdo. 5.2, del epígrafe IV del presente capítulo.

¹⁵¹⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 125.

¹⁵¹⁵ Ídem., p. 125.

de información y prueba con las que aquella podría administrar sus derechos a no confesarse culpable y a no declarar contra sí misma¹⁵¹⁶. En esta línea, considero que acordar una intervención judicial, con el fin de avanzar en la investigación, no resultaría legítimo, en tanto que significaría desconocer la naturaleza cautelar que el CP atribuye a tal medida. Sus finalidades, como después se dirá en el epígrafe V, al hilo del estudio de las medidas cautelares, consistirían, por un lado, en la salvaguarda de los intereses de trabajadores y acreedores, tal y como dispone la regulación sobre la pena de la misma naturaleza (art. 33.7 g) CP)¹⁵¹⁷, y por otro, en evitar la reiteración delictiva o la destrucción de fuentes de prueba. Pues bien, sólo a través de esta última finalidad, típicamente cautelar, tendente a evitar la manipulación o destrucción de los documentos o fuentes de prueba que obren en poder de la entidad, podría servir la intervención judicial a los fines de la investigación, aun cuando sólo fuese de forma mediata.

Todavía quedaría pendiente de determinar qué sujetos pueden negarse legítimamente a entregar aquellos documentos o fuentes de prueba incriminatorias para la entidad. En este sentido, hay que establecer, en primer lugar, que el requerimiento coactivo y, por ende, la amenaza de sanción, debe dirigirse a la propia entidad para que actúe a través del agente que corresponda, esto es, a través de las personas debidamente autorizadas a tal fin para actuar en nombre de la entidad. El agente correspondiente deberá realizar las pertinentes indagaciones entre el resto de miembros de la organización, recabando la documentación y los testimonios oportunos para responder al requerimiento, judicial o administrativo, en nombre de la persona jurídica, de tal forma que el acto de entrega sea un acto corporativo o propio de la organización de que se trate.

En cualquier caso, la decisión última sobre atender o rehusar un requerimiento para aportar ciertos documentos protegidos por el derecho a no declarar de la entidad debe recaer en sujetos que estén facultados para tomar decisiones o para actuar en su nombre, al menos, en el ámbito en el que la documentación requerida se produce y se custodia. Corresponde a la legislación mercantil y, en su caso, a la legislación procesal, señalar quien es el encargado de atender los requerimientos de documentación dirigidos a la entidad, de tal forma que tales intimaciones concreten a la persona física destinataria a la que, además, deberán advertir de la posibilidad de incurrir en un delito de desobediencia en caso de no atender el requerimiento (art. 556 CP). Resulta oportuno recordar, en este punto, que el delito de desobediencia no resulta imputable a las personas jurídicas en tanto que no lo prevé el CP.

Cabe advertir, por lo tanto, que el derecho de la empresa a negarse a la entrega de documentos no puede burlarse por la vía de solicitarla, a título personal, a quienes trabajan en ella, pero no están facultados para tomar decisiones ni para actuar en su nombre¹⁵¹⁸. Así pues, si se requiere documentación interna de la entidad, que contiene

¹⁵¹⁶ ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada...ob. cit., pp. 266-267

¹⁵¹⁷ En contra, se manifiesta GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 125, para quien la finalidad de salvaguarda de los trabajadores y acreedores también debería estar presente en la adopción de una intervención en fase cautelar.

¹⁵¹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 123-124; En una línea similar, CLOUGH, J.; MULHERN, C., *The prosecution of corporations...*ob. cit., p. 41, sostiene que los requerimientos de documentación dirigidos a una corporación deben dirigirse a la persona adecuada, esto es al empleador o a los representantes de la entidad, y no a sus empleados.

declaraciones, consideradas autoincriminatorias en el sentido antes señalado, a través de sujetos que detentan tales documentos como servidores de la posesión ajena, éstos no estarían obligados a aportarla al proceso, aunque fueran requeridos para ello, en tanto que la decisión de colaborar o no en la investigación penal, seguida frente a la persona jurídica, no entraría dentro de sus facultades en el seno de la empresa. Estos subalternos estarían en su derecho de alegar que no se encuentran facultados para decidir sobre tal requerimiento, reconduciendo la petición a las personas con poder para adoptar esa decisión.

En este sentido, podría vulnerarse el derecho a no declarar de la entidad si, en caso de negativa de los representantes de la entidad a aportar voluntariamente tal documentación, el MF, la policía u otro órgano encargado de la investigación del delito, en lugar de solicitar a la autoridad judicial la práctica de una diligencia de entrada y registro en el domicilio social, intentasen burlar tal negativa dirigiendo el requerimiento de información a quien carece de poder para actuar en nombre y por cuenta de la persona jurídica¹⁵¹⁹. Y ello, a pesar de que la doctrina constitucional requiere, para entender vulnerado el derecho a no declarar, que las actuaciones inspectoras y los requerimientos se hayan dirigido, precisamente, contra el que denuncia la vulneración del derecho a no autoincriminarse, que la documentación que sirve de base a la sanción haya sido aportada bajo coacción por el sancionado, y que éste haya hecho valer en ese momento sus derechos a no declarar y a no confesarse culpable¹⁵²⁰.

Ahora bien, considero que si un trabajador tiene acceso legítimo a la documentación de la entidad y decide, voluntariamente, aportarla al proceso, o a las autoridades de persecución penal, esa información se habría obtenido de forma válida para el juicio¹⁵²¹. Aun cuando tales sujetos estén en posesión de tal documentación como servidores de la posesión ajena¹⁵²², su colaboración libre y voluntaria con la investigación no vulneraría el derecho a no declarar de la entidad. El motivo radica en que este derecho busca neutralizar el riesgo de abusos del poder público, intentando que se abstenga de forzar la colaboración del acusado, a través de medidas coercitivas ilegítimas, riesgo que tan sólo existe cuando la colaboración se produce tras un requerimiento previo del Estado, esto es, de forma no enteramente voluntaria o espontánea¹⁵²³. En este sentido, cabe advertir

¹⁵¹⁹ No obstante, atendiendo a la jurisprudencia constitucional, no parece claro que los trabajadores de la entidad queden amparados por el derecho a no declarar de la persona jurídica, en tanto que no se satisfaría el requisito subjetivo de que la coacción para la entrega de información incriminatoria haya sido ejercida sobre la misma persona que, finalmente, será la destinataria de las medidas punitivas (Ver, por todas, la tantas veces citada STC 68/2006, de 13 de marzo, F. J. 6°).

¹⁵²⁰ En este sentido, las ya referidas las SSTC 18/2005, de 1 de febrero y 68/2006, de 13 de marzo, entendieron que, no apreciándose la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información incriminatoria y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, debía desestimarse el recurso de amparo.

¹⁵²¹ En contra de tal parecer, sostiene GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 123-124, que los trabajadores o directivos que, como servidores de la posesión ajena, detentan cierta documentación en nombre y por cuenta de la persona jurídica, no podrían aportarla al proceso y, en todo caso, si lo hiciesen la misma se habría adquirido de forma ilícita ya que se estaría privando a la persona jurídica de decidir sobre la aportación de documentos propios y, con ello, de ejercer su derecho a la no autoincriminación.

¹⁵²² Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 123-124.

¹⁵²³ En este sentido, sostiene GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 126, que la aportación espontánea de estos documentos por un directivo, empleado o por un sujeto que lo haya

que la “lealtad” de los trabajadores o gestores a la empresa, o la confianza que debe informar las relaciones laborales, no son valores o intereses que entren dentro del ámbito de protección del derecho a no declarar, sino que tal derecho es un instrumento de protección del derecho de defensa y del derecho a la presunción de inocencia de la entidad, por lo que la colaboración voluntaria, bien de la empresa, bien de cualquiera de sus integrantes, aportando documentos incriminatorios, debe considerarse, en todo caso, válida como fuente de prueba.

A mayor abundamiento, cabe indicar que la posición contraria obligaría a los miembros de la entidad, poseedores o custodios de sus ficheros, archivos o registros, a ocultar los delitos corporativos o, cuando menos, desincentivaría al trabajador que, conocedor de ciertos hechos delictivos, está dispuesto a colaborar con la justicia, lo cual no es coherente con la finalidad de la reforma de incentivar a las empresas para que adopten una cultura de cumplimiento del Derecho y para que implementen medidas de control interno, tales como los canales de denuncia, que pretenden, precisamente, hacer partícipes a los trabajadores y otros integrantes de la entidad del descubrimiento y la prevención de los delitos empresariales. Ahora bien, el trabajador debería limitarse a poner en conocimiento de la autoridad aquellas ilegalidades evidenciadas por ficheros, soportes, archivos o registros a los que tenga acceso legítimo en el ejercicio de sus funciones, sin extralimitarse, a través de la realización de indagaciones o investigaciones ajenas a sus cometidos en la empresa. Así pues, si el trabajador no tiene autorización para acceder a los documentos o fuentes de prueba que evidencian la actuación ilegal de la entidad, su conducta debe limitarse, en su caso, a denunciar ante las autoridades tales irregularidades, sin tratar de acceder a tales archivos so pena de incurrir en responsabilidad penal y debiendo, previamente, emplear los mecanismos internos de denuncia de la organización¹⁵²⁴.

En definitiva, para recapitular lo dicho hasta el momento, se puede afirmar que cuando la entidad sea requerida para entregar documentación interna, que contenga declaraciones autoincriminatorias en el sentido del art. 24.2 CE, es decir, declaraciones cuya existencia depende de la voluntad del encausado y no de una obligación legal, los agentes debidamente autorizados para actuar en su nombre podrán, legítimamente, negarse a aportar tal documentación, sin que de ello puedan derivarse consecuencias negativas sobre la responsabilidad de la persona jurídica inculpada, todo ello independientemente de que el requerimiento coactivo provenga de una autoridad administrativa o judicial, ya sea en el marco de un procedimiento sancionador en curso o de forma previa a su iniciación formal. Cuando el requerimiento de documentos internos de la entidad se dirija, indebidamente, a directivos o empleados carentes de facultades de representación en relación con la organización y, por ende, sin capacidad

sido, no existiendo un requerimiento previo del Estado, no supone una vulneración del derecho a la no autoincriminación; Ver , en este sentido, el ATC 257/1985, de 17 de abril (F. J. 2°).

¹⁵²⁴ En este sentido, la SAP Valencia (Sección 1ª, Penal) núm. 323/2012, de 30 mayo de 2012, ARP\2012\704, condena a un trabajador por descubrimiento y revelación de secretos por hacerse con la historia clínica de los pacientes y con la contabilidad de la entidad Corporación Dermoestética, realizando una investigación, ajena a sus funciones en la empresa, para probar presuntos fraudes en la actividad mercantil de la empresa y posibles perjuicios en la salud de las pacientes a quienes se implantaban prótesis mamarias de marca distinta a la que se facturaba. La citada resolución hace hincapié en que lo que buscaba ese trabajador podía obtenerse legalmente mediante la oportuna denuncia (F. J. 1°).

para actuar en su nombre y por su cuenta, tales individuos podrán rehusar atender dicho requerimiento, por carecer de facultades para realizar tal actuación, pero no en ejercicio del derecho a no declarar de la persona jurídica. Ahora bien, tales sujetos podrán aportar, libre y voluntariamente, aquella documentación a la que tengan acceso legítimo y que pueda resultar útil para el proceso, debiendo, en tal caso, hallarse protegidos ante eventuales represalias por la correspondiente normativa laboral.

Por último, los terceros ajenos a la entidad que custodien documentos relativos a la actividad de ésta, como por ejemplo, una gestoría, una entidad bancaria, una compañía de seguros, los proveedores de la entidad, sus clientes etc., tendrán la obligación de aportar toda la documentación que les sea requerida por la Administración, para permitir el cumplimiento de sus facultades de inspección y control y, con mayor motivo, la que les sea solicitada en el marco de un proceso judicial, en virtud de la obligación general de todos de colaborar con la Administración de Justicia (art. 118 CE). Ocurre exactamente lo mismo con las personas físicas. Nadie se plantea que el requerimiento a una entidad bancaria de las cuentas de uno de sus clientes, persona física, pueda vulnerar el derecho a no declarar de esta última. Pues bien, del mismo modo, si hay una tercera entidad, depositaria de documentación interna de la persona jurídica encausada, sobre tal entidad recaerá el deber general de colaboración con la justicia ya que, obviamente, no tendría sentido que, en el caso de las personas jurídicas, se ampliase el alcance del derecho a no declarar, cuando además, tal y como se explicitó *ut supra*, a los entes colectivos no les resultan aplicables muchos de los fundamentos que sustentan tal garantía, tales como la dignidad, la privacidad, la integridad física y psicológica o la libertad de autodeterminación individual.

4.4.- El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o a ser juzgado en un plazo razonable

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas constituye una exigencia del derecho a un proceso equitativo que comprende el derecho de toda persona a que su causa sea oída en un plazo razonable (art. 6.1 CEDH) y un derecho constitucional procesal de rango fundamental (art. 24.2 CE) y con proyección en otros textos internacionales (art. 14.3 c) PIDCP)¹⁵²⁵. Por otra parte, la literalidad del art. 24.2 CE, al disponer que “*todos tienen derecho*” a un proceso público sin dilaciones indebidas y la del CEDH se refiere a *todas las personas* (art. 6.1) podría servir de base positiva para apoyar su extensión a las personas jurídicas¹⁵²⁶.

¹⁵²⁵ Para un estudio doctrinal y jurisprudencial sobre este derecho véase RODÈS MATEU, A., *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2009, pp. 28-29, quien define este derecho como “*un derecho fundamental autónomo y al mismo tiempo una garantía procesal dirigida a sus titulares que son todas las personas, tanto físicas (ciudadanos y extranjeros), como jurídicas (privadas y públicas), que pretende tutelar la eficacia temporal del proceso mediante la exigencia a los poderes públicos de su adecuada prestación y observación (...)*”

¹⁵²⁶ Así lo estableció expresamente la Corte Suprema canadiense en un caso en el que una entidad había sido imputada por un delito contra la seguridad y la salud en el trabajo como resultado del cual había muerto una persona. En tal caso, se entendió que la empresa era una persona capaz de invocar el derecho

Por otra parte, parece evidente que la persona jurídica, como sujeto pasivo del proceso penal, será titular del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas¹⁵²⁷, en tanto que, como cualquier otro inculpado, tendrá un interés legítimo en que el proceso no se alargue innecesariamente en el tiempo. Además, la seguridad jurídica, como fundamento último del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, resulta extensible a todos los procesos, independientemente de la naturaleza de las partes. En este sentido, cabe afirmar que la referida garantía no cobra sentido, únicamente, en relación con las personas físicas, en tanto que no se reconoce al inculpado en su condición de ser humano, sino en su condición de parte procesal.

Sin embargo, en mi opinión, el fundamento de tal reconocimiento es parcialmente distinto en el caso de las personas jurídicas y de las personas físicas y, por lo tanto, también podría serlo su nivel protección. A tal fin, cabe diferenciar en tal derecho dos fundamentos. En primer lugar, uno de carácter objetivo, enteramente extensible a las personas jurídicas, que respondería a la necesidad de que, a través del proceso, las situaciones jurídicas alcancen certeza en un plazo razonable, como forma de perseguir la seguridad jurídica, en tanto que valor superior de nuestro ordenamiento (art. 9.3 CE). Mientras que, un segundo fundamento de tal derecho, más vinculado a la condición humana, sería el de no alargar indebidamente la situación de inseguridad, ansiedad y penosidad que el proceso puede suponer para el acusado. Esta última vertiente del derecho, de carácter psicológico o sociológico, en principio, no resultaría extensible a las personas jurídicas, en tanto que las mismas no pueden sufrir miedo o sufrimiento, ni padecer la ansiedad e inseguridad que provoca la sujeción al proceso penal, dado que, en sentido estricto, carecen de conciencia y voluntad¹⁵²⁸.

Siguiendo la doctrina del TEDH¹⁵²⁹, el TC estima que la noción de dilación procesal indebida remite a un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido debe ser obtenido mediante la aplicación de criterios objetivos que sean congruentes con su enunciado genérico, de tal forma que no toda infracción de los plazos legales constituye un supuesto de dilación indebida¹⁵³⁰. Tales criterios objetivos serían la complejidad del

a ser juzgado en un tiempo razonable de acuerdo con la s. 11 (b) de la *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1º parte de la Constitución canadiense de 1982.

¹⁵²⁷ SSTC 139/1995, de 26 de septiembre y 69/1999, de 26 de abril, F. J. 5º; Según RODÈS MATEU, A., *El derecho a un proceso sin dilaciones...*ob. cit., pp. 29 y 64-66, sus titulares son todas las personas, tanto físicas (ciudadanos y extranjeros), como jurídicas (privadas y públicas); En la misma línea, se pronuncia BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 53, Primer Trimestre, 1999, pp. 49-106.

¹⁵²⁸ Este es el argumento empleado por HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...ob. cit., pp. 842-856, para cuestionarse la aplicación a las corporaciones del principio *non bis in idem* o, en terminología Americana, la prohibición del *double jeopardy*.

¹⁵²⁹ STEDH de 26 de marzo de 1982. Caso Adolf c. Austria; STEDH de 13 de julio de 1983. Caso Zimmermann y Steiner c. Suiza; STEDH de 23 de abril de 1987. Caso Erckner y Hofauer c. Austria; STEDH de 25 de septiembre de 2001. Caso Kiziloz c. Turquía, entre otras.

¹⁵³⁰ Esta doctrina, contenida entre otras, en las SSTC 36/1984, de 14 de marzo; 178/2007, de 23 de julio y 38/2008, de 12 de abril, es criticada por PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *Constitución y poder judicial...*ob. cit., pp. 356-357, que considera que el criterio debiera ser el contrario, es decir, habría que considerar que todo exceso del plazo legal establecido es una dilación indebida existiendo, sin embargo, determinadas circunstancias excepcionales, que debieran probarse, en las que el exceso temporal viniera exigido por la eficacia del proceso.

litigio, los márgenes ordinarios de duración de los litigios del mismo tipo, el interés que en el litigio arriesga el demandante de amparo, la conducta procesal del autor y la conducta de las autoridades¹⁵³¹.

Por lo tanto, para que la dilación sea indebida, esto es, injusta o ilícita y, por ende, no justificable, ha de relativizarse la duración del proceso, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso. *“Así será indebida si resulta desproporcionada para la complejidad de la causa. Y ésta puede derivarse de la multiplicidad de sujetos intervinientes que obliga a la multiplicación de los trámites. O de la dificultad para establecer la estrategia investigadora adecuada. O de otras circunstancias”*¹⁵³². Pues bien, las causas seguidas frente a personas jurídicas, pueden resultar especialmente complejas, en atención a factores tales como la complejidad organizativa de la entidad, la multiplicidad de intervinientes en el delito, la cantidad y/o complicación de los documentos a analizar etc. De hecho, el recientemente modificado art. 324 LECrim, al señalar el plazo máximo de duración de la instrucción, amplía el plazo ordinario de 6 a 36 meses, para aquellas causas que sean declaradas complejas, entre las que se encontrarían las que precisen de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas (art. 324. 2 f) LECrim). Por otra parte, siguiendo la doctrina del TEDH, para apreciar si una dilación es indebida o no, resulta determinante valorar el comportamiento del demandante¹⁵³³. En este sentido, podrá tomarse en consideración la actitud colaborativa u obstruccionista de la entidad.

En cuanto al criterio relativo al *“interés que en el litigio arriesga el demandante”*, como relevante para determinar si se ha incurrido en dilaciones indebidas, hay que partir de que *“la distinción de los derechos o intereses que se cuestionan en un proceso y aun la distinta significación de los que, estando atribuidos a un mismo orden jurisdiccional, permitan una distinta naturaleza (...) llevan a que no puedan ser trasladables en su misma literalidad las pautas elaboradas respecto de procesos en materia penal a los procesos en que la materia es otra y, desde luego no lo es, a los procesos en que la materia es la patrimonial”*¹⁵³⁴. De este criterio, cabe deducir, por una parte, que la tipificación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede influir, positivamente, en su reconocimiento como titulares de tal derecho, en tanto que, en los juicios criminales su protección se intensifica.

Sin embargo, por otra parte, cabe observar que, aun dentro del orden jurisdiccional penal, es posible establecer distinciones según cuáles sean los derechos o intereses en juego¹⁵³⁵, por lo que, al no verse amenazada, en el caso de las personas jurídicas, la libertad deambulatoria, interés siempre preeminente frente a cualquier otro de carácter patrimonial, cabría otorgarles una protección menor que a las personas físicas inculpadas. Ahora bien, en este punto, cabe valorar, así mismo, las consecuencias

¹⁵³¹ Para un análisis de estos criterios, comparando la doctrina, al respecto, del TC y del TEDH, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *Constitución y poder judicial...* ob. cit., pp. 356-357.

¹⁵³² STS (Sala 2ª, Sección 1ª) Caso Trama en el Ayto. de Lluçmajor, núm. 199/2012, de 15 de marzo, RJ 2012\4720, F. J. 14º.

¹⁵³³ STEDH de 8 junio 1999. Caso Nunes Violante c. Portugal, párrafo 25.

¹⁵³⁴ STC 5/1985, de 23 de enero.

¹⁵³⁵ En este sentido, según el TEDH, debe tomarse en consideración la importancia de los intereses o bienes en juego para el demandante (STEDH de 18 febrero 1999. Caso Laino c. Italia, párrafo 18).

económicas que para trabajadores, acreedores y otros sujetos económicamente dependientes de la entidad podría tener el excesivo alargamiento del proceso que, en determinados sectores o actividades, podría poner en juego, incluso, la viabilidad económica futura de la entidad.

A mayor abundamiento, la imposibilidad de que la persona jurídica, dada su naturaleza ficticia, sufra o sienta miedo, también permite afirmar que algunos de los intereses o valores tradicionalmente protegidos por este derecho fundamental no resultan enteramente trasladables a las personas jurídicas, lo que podría justificar un nivel de protección distinto al que corresponde a las personas físicas, de tal forma que, ante una eventual lesión de tal derecho, su gravedad o su forma de reparación podrían valorarse y articularse de formas diferentes, hallando tal divergencia una justificación objetiva y razonable en las diferencias ontológicas existentes entre los individuos y las personas jurídicas.

Por lo tanto, dejando a salvo las concretas circunstancias del caso que determinen casuísticamente qué intereses se encuentran en juego, cabe afirmar que, como regla general, en vista de los diferentes bienes jurídicos en juego, serán más graves las dilaciones que se produzcan en un proceso penal que en un proceso civil y, asimismo, serán más graves las que se produzcan en un proceso penal frente a una persona física, capaz de sentir el estrés, la ansiedad, la incertidumbre y el sufrimiento inherentes a un juicio, que puede acabar suponiendo una pena privativa de libertad para el inculpado, que las que se produzcan en la tramitación de un proceso en el que sólo se enjuicia a una persona jurídica. En esta línea, afirma el TC que, en el proceso penal, al hallarse comprometido el derecho a la libertad, el celo del juzgador ha de ser siempre superior a fin de evitar toda dilación procesal indebida¹⁵³⁶.

Como efecto de esas posibles desemejanzas en el nivel de protección del derecho, dados los distintos y menos valiosos intereses que está llamado a salvaguardar en el proceso penal frente a los entes colectivos, es legítimo que las consecuencias de una eventual vulneración de tal garantía, o los modos de reparar al sujeto que la sufre, también difieran. En este sentido, podría justificarse la no aplicabilidad, a las personas jurídicas, de la atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas (art. 21. 6º CP)¹⁵³⁷. En contra de esta postura, parte de la doctrina, a pesar de la falta de previsión legal al respecto, se ha pronunciado a favor de la extensión a las personas jurídicas de tal atenuación de responsabilidad, como forma de compensar las dilaciones extraordinarias e indebidas producidas en la tramitación del procedimiento (art. 21.6º CP). En este sentido, se entiende que no existen motivos de política criminal que avalen su exclusión frente al ente jurídico¹⁵³⁸. En la misma línea, la FGE se pronuncia a favor de una modificación legal que extienda la aplicación de tal atenuante a las personas jurídicas, aunque entiende que mientras no se modifique la ley no resultará apreciable¹⁵³⁹. Incluso, hay

¹⁵³⁶ SSTC 8/1990, de 18 de enero; 10/1997, de 14 de enero, entre otras.

¹⁵³⁷ Sobre la atenuante por dilaciones indebidas se pueden ver, entre otras, las siguientes resoluciones: ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1105/2009, de 14 de mayo, JUR 2009/255287; STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 520/2011, de 31 de mayo, RJ 2011\4062; STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 26/2014, de 30 de enero, RJ 2014\800.

¹⁵³⁸ PORTAL MANRUBIA, J., "El enjuiciamiento penal de...ob. cit.

¹⁵³⁹ FGE, Circular 1/2011, pp. 52-52 y 109-110.

quien aboga por una interpretación *in bonam partem* de la legislación actual que extienda, por analogía, la atenuante de dilaciones indebidas a las personas jurídicas, en vista de su fundamento reparador y del equilibrio procesal que proporciona el principio de igualdad¹⁵⁴⁰, a pesar del carácter *numerus clausus* que el art. 31 quáter CP otorga a las atenuantes de las personas jurídicas.

Sin embargo, a mi modo de ver, hay que reparar, tal y como se refirió *ut supra*, en que el sufrimiento que el proceso provoca en una persona física que, incluso condujo a CERNELUTTI a entender el proceso en sí mismo como una pena¹⁵⁴¹, constituye uno de los fundamentos de la atenuación de la condena por causa de dilaciones indebidas¹⁵⁴², que no resulta extensivo a las personas jurídicas. Éstas no se verán sometidas a tal sufrimiento, en tanto que su naturaleza artificial las convierte en inidóneas para padecer tales “penosidades”. A ello se añade el hecho de que las atenuantes previstas para las personas jurídicas tienen un claro carácter *numerus clausus*, como se desprende de la literalidad del art. 31 quáter CP, al señalar que “sólo” las contempladas en el citado precepto “*podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, con lo que, una aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas a los entes colectivos por vía analógica, constituiría una interpretación *contra legem*. Por eso no se comparten las opiniones que abogan por extender, tal circunstancia modificativa de responsabilidad, a las personas jurídicas y se entiende justificada la diferencia de trato que el legislador ha introducido en este punto.

4.5.- El derecho a un proceso público

En cuanto a la publicidad del proceso, que se traduce en el derecho fundamental a un proceso público (art. 24.2 CE)¹⁵⁴³, no parece que éste sea un elemento que deba verse modificado en absoluto por el hecho de que el sujeto pasivo del proceso penal sea una persona jurídica, en primer lugar, porque la publicidad es garantía del efectivo desarrollo del proceso con todas las garantías que, como ha quedado dicho, resulta enteramente aplicable a las personas jurídicas y, en segundo lugar, porque desde el

¹⁵⁴⁰ GÓMEZ COLOMER J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., p. 215, nota 55.

¹⁵⁴¹ En este sentido, CERNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso*...ob. cit., p. 145, se refiere al “*principio de identidad de juicio y de pena*”, afirmando que “*la pendencia del proceso criminal, aunque no exista todavía la condena ni tampoco el inculpado esté detenido, es suficiente para procurarle un sufrimiento; y como este sufrimiento no tiene otra razón sino la de combatir el delito, no se le puede negar el carácter de pena*”.

¹⁵⁴² Así pues, según la ya citada STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 26/2014, de 30 de enero, RJ 2014/800, esta atenuante, de origen jurisprudencial, ahora positivizada en el CP, pretende compensar los perjuicios causados por el retraso indebido en la tramitación del procedimiento.

¹⁵⁴³ Este derecho también se recoge en el art. 6.1 CEDH como parte del derecho a un proceso equitativo. En este sentido, el citado precepto dispone que “*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída (...) públicamente (...). La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.*”

punto de vista de los ciudadanos, la publicidad de la justicia constituye una garantía esencial del funcionamiento del Poder Judicial, en una sociedad democrática, no sólo porque fortalece la confianza pública en la justicia, sino también porque fomenta la responsabilidad de los órganos judiciales, al someter su actuación a un control democrático¹⁵⁴⁴. Esta comprensión de la publicidad de los procesos, como garantía del correcto funcionamiento de la justicia, esencial a los Estados democráticos, es, a mi juicio, más que suficiente para entenderla enteramente extensible a los procesos seguidos frente a las personas jurídicas.

Sin embargo, no está de más recordar que, una publicidad desmedida e incontrolada puede llegar a comprometer el derecho a un juicio justo, en la medida en que la independencia e imparcialidad del Tribunal puede verse afectada por los denominados “juicios paralelos”, edificados sobre titulares de prensa, con testimonios y pruebas realizadas al margen de cualquier garantía procesal que, además, causan evidentes lesiones en el derecho al honor de las personas¹⁵⁴⁵. Por este motivo, algunos autores parecen abogar por una justicia secreta para las personas jurídicas, que vendría justificada por la evitación de las, supuestamente, devastadoras consecuencias que una imputación y un juicio público podrían tener para la reputación de las grandes corporaciones¹⁵⁴⁶. Esta corriente de pensamiento, centrada en la publicidad negativa del proceso y en los daños colaterales que el mismo podría acarrear para la entidad, se debe, en parte, a la influencia del proceso penal americano, en donde, tras el ya referido caso Andersen, se extendió profusamente entre la población la idea de la muerte por imputación (“*death by indictment*”) que ha conducido a una política criminal centrada en evitar la acusación formal de las grandes corporaciones, a las que se ofrecen acuerdos de no persecución o de diferimiento de la persecución, negociados privadamente en la oficina del Fiscal, entre los abogados de la entidad y los agentes del gobierno, sin supervisión judicial y sin apenas posibilidad de control por parte de la sociedad.

¹⁵⁴⁴ En este sentido, ya aconsejaba BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas...* ob. cit., Capítulo XIV, p. 37, la publicidad de los juicios y las pruebas de los delitos para que “*la opinión, que acaso es el solo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga que no somos esclavos y estamos defendidos, sentimiento que inspira esfuerzo y que equivale a un tributo para el soberano que entiende sus verdaderos intereses*”. Por su parte, afirmaba COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 192-193, que “*la publicidad (...) constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores*”, afirmando que, “*en último término, el pueblo es el juez de los jueces*”; En esta línea, afirma VARELA CASTRO, L., “Proceso penal y publicidad”, *Jueces para la democracia*, núm. 11, 1990, pp. 37-44, p. 37, que la dimensión funcional de la publicidad como instrumento de control, de clara raigambre liberal, mantiene su plena vigencia hoy como ayer, en cuanto característica del sistema democrático de gobierno.

¹⁵⁴⁵ DEL MORAL GARCÍA, A.; SANTOS VIJANDE, J. M^o., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996, pp. 20-22; CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso...* ob. cit., pp. 125-127.

¹⁵⁴⁶ En este sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit., sostienen que sería oportuno y de gran interés para la lucha contra la delincuencia organizada y la corrupción la implantación en el proceso penal de un sistema de clemencia, al menos en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, similar al previsto en el Derecho administrativo sancionador de las prácticas restrictivas de la competencia; Por su parte, GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...* ob. cit., p. 182, apuesta por la necesidad de adoptar el principio de oportunidad en el proceso penal frente a las personas jurídicas para evitar los perjuicios que para la entidad podría tener la mera imputación de la entidad, de tal forma que el interés público en la represión de los delitos se satisfaga a través de acuerdos pre-procesales.

Esta justicia privada, de pasillo, ajena al control y la supervisión del público, en la que poderosas corporaciones negocian con la Fiscalía los términos de acuerdos sustitutivos de una acusación formal y de un enjuiciamiento público de la eventual responsabilidad en que haya podido incurrir la entidad, presenta, a mi modo de ver, un enorme déficit democrático¹⁵⁴⁷. Ahora bien, es justo reconocer que, al menos en los Estados Unidos, el sistema de acceso a la Fiscalía está sujeto a control democrático, en tanto que los fiscales son funcionarios públicos elegidos, presentados para el cargo por designación de un partido político¹⁵⁴⁸, al contrario de lo que ocurre en España, donde los fiscales acceden a la carrera fiscal a través de oposición y no por un sistema de votación¹⁵⁴⁹. Por eso, en el caso español, la importación de un sistema similar al de Estados Unidos, basado en negociaciones privadas entre los acusados y la fiscalía, con altas dosis de discrecionalidad para éstos últimos, resultaría especialmente preocupante, en tanto que tales negociaciones quedarían al margen del control democrático, en la medida en que los fiscales no responden políticamente por sus actuaciones.

Sin desconocer las ventajas que las soluciones negociadas pueden conllevar, en cuanto a ahorro de costes, en términos de tiempo y dinero, tanto para la Administración de justicia, como para la corporación imputada e, incluso, en algunos casos para las víctimas, que son indemnizadas más rápidamente, no cabe entenderlas como verdaderas alternativas al proceso penal que, a mi juicio, no puede ni debe convertirse en un sistema orientado a evitar juicios, incentivando acuerdos entre las partes, en lugar de a celebrar procesos, esclareciéndose, de este modo, con las debidas garantías, los hechos delictivos y todas las responsabilidades dimanantes de los mismos¹⁵⁵⁰.

Además, desde otro punto de vista, es preciso tomar en consideración que, sin la publicidad del proceso, las finalidades del proceso penal y de la pena se ven, en parte, frustradas. Así pues, si el Derecho Penal es valorado como un instrumento formalizado de control social¹⁵⁵¹, “*éste se actúa conjuntamente tanto con el proceso como con los medios de comunicación, en la medida en que éstos multiplican los efectos de aquél*”¹⁵⁵². En este sentido, la fuerza preventiva del proceso penal depende de la

¹⁵⁴⁷ En este sentido, COUTURE, E., *Fundamentos de Derecho Procesal*...ob. cit., p. 192. CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso*...ob. cit., p. 192, afirma que “*la publicidad del proceso es, a nuestro modo de ver, de la esencia del sistema democrático de gobierno*”.

¹⁵⁴⁸ ISRAEL, J. H., KAMISAR, Y., LAFAVE, R., KING, N. J., J. L. Gómez Colomer (coord.); I. Esparza Leibar; A. Planchadell Gargallo et. al. (trads.), *Proceso penal y constitución de los*...ob. cit., p. 45.

¹⁵⁴⁹ Así pues, en Estados Unidos los *district attorney*, *county attorney* y *states attorney*, equivalentes a nuestros fiscales, son seleccionados, no por el sistema de oposición, sino bien por elección democrática directa, bien por designación del gobernador. Se trata, por lo tanto, un órgano político, cuyos titulares son elegidos por periodos de dos a cuatro años, según el Estado de que se trate, pudiendo presentarse de manera independiente o ser designados por partidos políticos. Pues bien, tal y como apunta, entre otros, SANTANA VEGA, D. M., “Principio de oportunidad y sistema...ob. cit., p. 110, teniendo en cuenta las significativas diferencias existentes entre el *Public Prosecutor* o *Attorney* anglosajón y el MF español, no es posible importar de forma acrítica o automática el principio de oportunidad a nuestro ordenamiento.

¹⁵⁵⁰ En este sentido, MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., pp. 80-81, critica el sistema estadounidense de justicia penal, en el que sólo el 10 % de los delitos acaban siendo juzgados por el Tribunal del Jurado, señalando que, en aquel país, la tarea fundamental de los jueces profesionales no es celebrar juicios orales y públicos, sino evitarlos.

¹⁵⁵¹ HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 116-120.

¹⁵⁵² VARELA CASTRO, L., “Proceso penal y publicidad”...ob. cit., p. 37.

tipificación de las conductas y de su efectiva persecución y castigo, pero también de la publicidad y grado de difusión del juicio.

4.6.- El derecho a ser informado de la acusación en un idioma comprensible

El derecho a ser informado de la acusación, en tanto que presupuesto del derecho de defensa¹⁵⁵³ y de la efectividad del principio contradictorio, que a su vez constituye un principio jurídico-natural inherente al proceso¹⁵⁵⁴, debe ser plenamente reconocido a la persona jurídica inculpada.

Este derecho se hace efectivo, principalmente, en dos momentos procesales distintos. En primer lugar, cuando el ente es citado para declarar, en calidad de investigado, ante el Juez de Instrucción, comparecencia que constituirá la primera oportunidad del ente para defenderse de los cargos que se le imputan (art. 119.1 c) LECrim) y, en segundo lugar, una vez determinada la apertura del juicio oral, al darle traslado a la persona jurídica acusada del escrito de calificación presentado por las acusaciones, para que pueda contestar lo que a su derecho convenga y preparar su defensa (arts. 652, 784.1 y 800. 2 LECrim).

Tal y como se puso de manifiesto en el epígrafe II del presente capítulo, relativo al momento idóneo para la adquisición sucesiva de las condiciones de investigado y encausado por parte de las personas jurídicas, éstas, en tanto que acreedoras de sanciones penales y sujetos pasivos del proceso penal, deben gozar de las mismas condiciones informativas que se reconocen a la persona física inculpada, tanto en términos de tiempo como de contenido, en orden a permitirles desplegar de forma puntual y efectiva su estrategia de defensa. Consecuentemente, deben seguir rigiendo, sin matices, los principios de inmediatez en el traslado de la imputación y las obligaciones de información exhaustiva sobre las razones fácticas y normativas en las que ésta se basa, así como sobre los derechos que le asisten, que deben garantizarse a la entidad desde que la investigación se dirige frente a ella¹⁵⁵⁵. Incluso, DEL MORAL GARCÍA, contrario a la personificación de la entidad a través de un representante defensivo, sostiene que, lo relevante de esa primera comparecencia judicial será, precisamente, el acto procesal de comunicación de la imputación y su contenido garantizador, que se satisface si la entidad es informada de la existencia del proceso y del objeto del mismo, es decir, de lo que se le imputa, de tal forma que quede constituida como parte y pueda realizar, a través de su abogado, las alegaciones defensivas que tenga por conveniente¹⁵⁵⁶.

¹⁵⁵³ FERREIRO BAAMONDE, X. X., “El imputado”...ob. cit., p. 187.

¹⁵⁵⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S; HINOJOSA SEGOVIA, R., et al. *Derecho procesal penal*...ob. cit., p. 51.

¹⁵⁵⁵ Cfr. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

¹⁵⁵⁶ En este sentido, DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., pp. 730-731, pone de manifiesto cómo, mientras en el caso de las personas físicas se suelen solapar el acto procesal de comunicación de la imputación y el de declaración, en la persona moral esa dualidad aparece nitidamente,

En definitiva, el sujeto pasivo del proceso, sea persona física o jurídica, debe conocer, exactamente, los términos de la imputación, así como el contenido de los escritos de acusación, para poder desarrollar su derecho de defensa con plenitud y eficacia¹⁵⁵⁷. Pero además, para que tal derecho a ser informado de la acusación resulte efectivo y cumpla con su función de garantizar el derecho de defensa, las comunicaciones habrán de producirse en un idioma y un lenguaje entendibles para su receptor¹⁵⁵⁸. Y, a tal fin, puede ser necesario contar con un intérprete o traductor. En este sentido, la FGE estableció que cuando la persona jurídica tenga nacionalidad extranjera y así lo solicite, se le debería trasladar la imputación y el resto de comunicaciones de que sea destinataria, en la lengua que designe como propia o, en su caso, en la del país de su nacionalidad o la del Estado en que se ubique espacialmente¹⁵⁵⁹.

Se entiende, por lo tanto, que el derecho al intérprete será extensible a las personas jurídicas, al igual que el resto de garantías que conforman, salvaguardan o prestan apoyo al más amplio derecho de defensa¹⁵⁶⁰. Por eso, en los supuestos en que el representante especialmente designado por la entidad no comprendiera el español, se le debe facilitar un intérprete (arts. 123, 398 y 762.8 LECrim)¹⁵⁶¹. Por lo tanto, la disposición contenida en el art. 123. 1 LECrim, según la cual, “*los imputados o acusados que no hablen o entiendan el castellano o la lengua oficial en la que se desarrolle la actuación*” tendrán derecho a un intérprete, ha de entenderse aplicable, así mismo, al representante defensivo de la persona jurídica imputada o acusada.

El hecho de que muchas sociedades mercantiles tengan carácter transnacional puede provocar que el representante designado desconozca la lengua del país en el que se sigue el proceso contra el ente. En este sentido, hay que partir de la base de que, aun cuando la ley no señala a un sujeto determinado para ocupar el papel de representante en el proceso, la designación de uno u otro no resulta indiferente para la efectividad del derecho de defensa. Por lo tanto, la entidad debe poder escoger libremente a aquel que va a ejercitar el derecho de autodefensa en su nombre, dado que tal elección, es tanto o más importante que la del abogado de confianza y no debería venir determinada exclusive, ni principalmente, por las limitaciones lingüísticas del representante en cuestión, que debieran ser tomadas en cuenta para determinar el reconocimiento de este derecho prestacional.

siendo lo único relevante el traslado de la imputación que sirve para dar satisfacción desde los inicios del proceso al derecho a ser informado de la acusación.

¹⁵⁵⁷ PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit.

¹⁵⁵⁸ STEDH de 19 de diciembre de 1989, Kamasinski c. Austria; STEDH de 30 de enero de 2001. Caso Vaudelle c. Francia.

¹⁵⁵⁹ FGE, Circular 1/2011, p. 90.

¹⁵⁶⁰ Cf. GÓMEZ COLOMER J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., p. 213.

¹⁵⁶¹ PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit.; Del mismo autor “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 164.

5.- Recapitulación

Como resumen de este epígrafe cabe señalar que, a pesar de las diferencias ontológicas que existen entre la persona jurídica y la persona física, la estrecha conexión que la mayor parte de los derechos procesales de carácter fundamental guardan con el derecho de defensa, el derecho a la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías, sirve para justificar, en términos generales, la extensión del tradicional estatuto jurídico procesal penal de la persona física, objeto de una imputación penal, a la persona jurídica, en tanto que parte pasiva del proceso.

Así pues, el hecho de que la persona jurídica pueda resultar imputada en un proceso penal obliga a reconocerla como titular de ciertos derechos inherentes a tal condición procesal, particularmente, del derecho a defenderse de forma efectiva frente a la acusación, sin que la entidad pueda ser considerada como mero instrumento de investigación y prueba, como ocurría con el inculpado en el ya superado proceso inquisitivo.

Pues bien, tras analizar de forma individual la posibilidad y la conveniencia de extender a las personas jurídicas cada uno de los derechos procesales que, tradicionalmente, han integrado el estatuto jurídico-procesal de la parte pasiva del proceso penal, cabe concluir que la necesidad de asegurar a la entidad el derecho a una defensa real y efectiva requiere que se le reconozcan, así mismo, otros derechos instrumentales de aquél, tales como el derecho a autodefenderse, a través de la designación de un representante que actúe por ella en el proceso, el de asistencia jurídica gratuita, para cuando la entidad acredite insuficiencia de recursos para litigar, el derecho a la no autoincriminación, como manifestación de su derecho de autodefensa y como garantía de su derecho a la presunción de inocencia y el derecho a ser informado de la acusación, en su caso, a través de un intérprete que hable la lengua del representante defensivo. Así mismo, es preciso reconocer a la persona jurídica imputada el derecho a un proceso público, como elemento estructural del enjuiciamiento penal, y el derecho a un proceso con todas las garantías, aunque con una intensidad menor que en el caso de las personas físicas, en vista de los distintos intereses que se arriesgan en uno y otro caso.

Sin embargo, no cabe olvidar que, en vista de la especial naturaleza de las personas jurídicas, el legislador tendrá un mayor margen de actuación para restringir sus derechos, en su caso, a través de L.O., por ejemplo, imponiéndoles obligaciones de prevención, autorregulación y control, siempre que ello no provoque una situación de indefensión constitucionalmente proscribida, ni atente contra el derecho a la presunción de inocencia que asiste a todo inculpado. En este sentido, sería legítimo, por ejemplo, limitar su derecho a no autoincriminarse a través del establecimiento de cargas legales de documentación y archivo de ciertas actuaciones.

En definitiva, cabe concluir que, desde el momento en que el legislador ha optado por usar el Derecho Penal, esto es, el arma más poderosa e invasiva con la que cuenta el Estado de Derecho, contra los entes colectivos, correlativamente, ha de concederles una serie de prerrogativas que garanticen la justicia y el *fair play* en ese enfrentamiento

contradictorio que se desarrolla en el marco del enjuiciamiento penal, sin que ello implique desconocer los distintos niveles de protección que, legítimamente, cabe otorgar a las personas jurídicas frente a las personas físicas, en vista de la naturaleza no humana de las primeras.

IV.- Las investigaciones en entornos organizativos o empresariales

1.- Planteamiento

La investigación de los crímenes cometidos en contextos corporativos o empresariales puede presentar particulares dificultades en comparación con la investigación de otros crímenes, como los violentos o los propios de la “delincuencia callejera”. El hecho de que los crímenes de empresa presenten, normalmente, una considerable complejidad técnica, la opacidad que otorga el velo de la personalidad jurídica a las actuaciones de sus miembros, la descentralización de los centros decisionales y la división del trabajo, el control que las personas jurídicas ejercen sobre sus archivos y documentos pudiendo, éstos, en ocasiones, constituir una fuente de prueba cardinal para el enjuiciamiento, así como el asesoramiento jurídico con el que normalmente cuentan las empresas, de forma previa o simultánea a la comisión del delito, son tan solo algunas de las razones que explican las dificultades para descubrir y perseguir los crímenes de empresa.

Una parte de la doctrina, atenta a la especial complejidad técnica de tales investigaciones, así como a las dificultades que enfrentan las autoridades públicas para descubrir los crímenes de empresa, especialmente los cometidos en el seno de grandes corporaciones, apuesta por una suerte de privatización o de internalización de las funciones de prevención y descubrimiento de tales delitos, de tal forma que sean las propias personas jurídicas, potencialmente responsables, las encargadas de controlar y prevenir su acaecimiento, así como de descubrirlos, investigarlos e, incluso, de sancionar disciplinariamente a los supuestos responsables individuales¹⁵⁶². En este planteamiento se encuentra ínsita la noción de autorregulación, según la cual, serán las propias empresas las encargadas de gestionar los riesgos delictivos inherentes a su actividad, manteniéndolos en niveles jurídicamente aceptables, a través de la adopción de los denominados *compliance programs* o programas de cumplimiento normativo. Para algunos de los defensores de la autorregulación, uno de los principales objetivos de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sería, precisamente,

¹⁵⁶² En este sentido, se pronuncia GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal...ob. cit., p. 28, afirmando que la incapacidad del Estado para controlar ciertos riesgos creados por la sociedad post-industrial moderna, ha llevado a fomentar la autorregulación empresarial.

incentivar a las empresas para que se doten de sistemas de organización y gestión adecuados para la prevención, descubrimiento y control de los delitos¹⁵⁶³. Estas tendencias privatizadoras en la justicia penal representan un riesgo significativo para las garantías procesales y para los derechos de los ciudadanos.

En este contexto, las investigaciones internas son pesquisas realizadas privadamente por las personas jurídicas ante la sospecha de haberse cometido o estarse cometiendo algún delito en su seno. En EE. UU., tales investigaciones se encuentran enormemente generalizadas, sobre todo entre las grandes corporaciones que intentan mostrar una actitud colaborativa con la Fiscalía, cooperando en el descubrimiento de los delitos, en la recopilación de fuentes de prueba y en la determinación de los responsables individuales, a cambio de evitar ser formal y públicamente acusadas o, al menos, a cambio de lenidad en su condena¹⁵⁶⁴. En España, aunque tales investigaciones no están tan extendidas en la práctica, se observa que el legislador ha establecido una serie de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que premian su colaboración en el esclarecimiento de los delitos y en la determinación de las responsabilidades dimanantes de los mismos. Así pues, la confesión de la infracción por parte de los representantes de la entidad (art. 31 quáter a) CP) y la aportación de pruebas nuevas y decisivas para el esclarecimiento de los hechos y para la determinación de los presuntos responsables individuales (art. 31 quáter b) CP), pueden necesitar de una previa investigación por parte de la entidad para determinar lo ocurrido en su seno, mientras que la adopción de instrumentos orientados a descubrir los delitos presuntamente cometidos (art. 31 quáter d) CP) parece referirse, indirectamente, a los sistemas de denuncia interna y a la práctica de las investigaciones internas. Incluso, en determinadas circunstancias, la adopción de modelos de organización y gestión orientados a prevenir delitos y a sancionar los eventuales incumplimientos del modelo, puede eximir a la entidad de responsabilidad (art. 31 bis apdos. 2 y 4 CP), todo lo cual incentivará, previsiblemente, la práctica de tales investigaciones intraempresariales.

Las investigaciones internas presentan indudables ventajas, tanto para las entidades presuntamente responsables, que se ven recompensada por su colaboración, como para la justicia, que puede acceder de forma más rápida y fácil a las fuentes de prueba. Ahora bien, no es menos cierto que también comportan importantes riesgos, tanto para el efectivo descubrimiento de la verdad, como para los derechos de la persona jurídica imputada y, especialmente, para sus trabajadores. En este sentido, el celo de la persona jurídica por controlar las actuaciones de sus empleados o por colaborar con una investigación en marcha, en orden a ver atenuada su responsabilidad penal, puede suponer la implementación de controles demasiado invasivos para los derechos fundamentales de los individuos.

¹⁵⁶³ Acerca de la vinculación entre la idea de la autorregulación con la responsabilidad penal de la empresa, véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 221; Del mismo autor “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 26-30.

¹⁵⁶⁴ Hasta tal punto se ha generalizado esta práctica en Estados Unidos, donde la colaboración de las grandes corporaciones, en las investigaciones de los delitos cometidos en su seno, constituye la regla general, que FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 59, ha llegado a afirmar que el papel de las corporaciones en el sistema de justicia penal ha evolucionado del de acusado al de socio del gobierno

Por otra parte, en relación con la investigación pública de los delitos cometidos por las personas jurídicas, es preciso estudiar las especialidades, que algunas diligencias de investigación, podrían presentar en relación con estos nuevos sujetos pasivos del proceso penal. En particular, serán abordadas las particularidades de las diligencias de interceptación de las comunicaciones y de entrada y registro en el domicilio, por presentar, a mi juicio, una problemática especialmente interesante. Para abordar su estudio, habrá que determinar en qué medida los derechos al secreto de las comunicaciones y a la inviolabilidad domiciliaria son extensibles a las personas jurídicas y de qué forma habrán de ser conducidas tales indagaciones para asegurar la eficacia probatoria de las fuentes de prueba así obtenidas. Otras diligencias tales como el agente encubierto, los registros de dispositivos de almacenamiento masivo de datos o los registros remotos de delitos informáticos, todos ellos recientemente regulados a través de la L.O. 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, no serán objeto de este estudio por ineludibles limitaciones de espacio y tiempo.

2.- Las dificultades específicas de las investigaciones en contextos organizativos

La investigación de cualquier hecho presuntamente delictivo se dirige a averiguar y hacer constar si efectivamente se ha cometido un delito, así como la responsabilidad de los presuntos delincuentes¹⁵⁶⁵. La actividad investigativa, en relación con los crímenes de empresa, o los cometidos en entornos organizativos, comparte, como era de esperar, los mismos objetivos. En este sentido, persigue determinar las circunstancias en que se produjo el hecho punible, si efectivamente constituye un delito de los atribuibles a las personas jurídicas y, en su caso, la responsabilidad de la entidad y de los autores individuales, dado que ambas responsabilidades son acumulativas, que no alternativas.

Ahora bien, se observa que, en los delitos cometidos bajo la cobertura de un ente colectivo, la consecución de los objetivos señalados, se enfrenta a especiales dificultades en comparación con los delitos “tradicionales”¹⁵⁶⁶. Esta complejidad, ínsita en la investigación de los delitos cometidos por entidades colectivas, se debe, entre otros motivos que se detallarán a continuación, a la opacidad que el velo de la persona jurídica consiente a sus integrantes y que redundo, a su vez, en dificultades a la hora de asignar responsabilidades individuales en el seno de la organización. Así pues, la mera existencia de las personas jurídicas puede servir como velo encubridor de los responsables individuales. De hecho, en ocasiones la constitución de entidades de base

¹⁵⁶⁵ En este sentido, la LECrim dispone que “constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos” (art. 299 LECrim).

¹⁵⁶⁶ En este sentido, BUELL, S. W., “Criminal Procedure within...ob. cit., p. 1616; DISKANT, E. B., “Comparative corporate criminal liability...ob. cit., p. 131, afirman que el Estado enfrenta particulares obstáculos para detectar y probar los delitos cuando estos ocurren en el seno de personas jurídicas; En la misma línea, NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit., afirma que la comisión de un delito en el seno de una organización suele dificultar el acceso a la información; NEIRA PENA, A. Mª., “Corporate Criminal Liability: Tool or obstacle...ob. cit., pp. 197-203.

asociativa sirve, precisamente, al interés de ocultar las actividades ilícitas de las personas físicas. En este sentido, la estructura orgánica funciona como cobijo tras el que se esconde la verdadera identidad de los individuos que toman las decisiones criminales o que se aprovechan de las mismas.

Así mismo, existen otros factores que explican las específicas dificultades a las que se enfrentan los órganos de persecución penal en la investigación de tales delitos, especialmente, cuando la persona jurídica es una empresa de gran tamaño y su organización presenta una cierta complejidad:

- En primer lugar, las autoridades policiales, fiscales y judiciales se topan con la dificultad de determinar a los responsables individuales y de hacer constar su culpabilidad personal. Así pues, como consecuencia de la división del trabajo y de la descentralización en la toma de decisiones, que tiene lugar en las grandes corporaciones, muchas veces, los crímenes cometidos en entornos organizativos no responden a un comportamiento aislado, sino que se componen de una combinación de actos u omisiones imputables a diferentes personas. Consecuentemente, la identificación de los responsables individuales y la prueba de su dolo en relación con todos los elementos que integran objetivamente la conducta típica¹⁵⁶⁷, así como la recolección de evidencias que revelen su culpabilidad individual, puede constituir una ardua tarea.

- En segundo lugar, los delitos cometidos en el seno de personas jurídicas suelen resultar técnicamente complejos y su investigación, normalmente, consume largos períodos de tiempo¹⁵⁶⁸. Por lo tanto, su esclarecimiento requiere conocimientos especializados por parte de los investigadores que, muchas veces, tienen que recopilar y analizar detenidamente un gran número de documentos de contenido técnico, económico o contable, para probar que una conducta ilícita ha tenido lugar. Esa complejidad, y la dilatación de las investigaciones en el tiempo, hace que las mismas aparejen costes muy elevados, que se incrementan aún más cuando tales delitos poseen carácter transnacional¹⁵⁶⁹.

- En tercer lugar, los crímenes corporativos son difíciles de detectar y probar porque el rastro que dejan, normalmente documental, se encuentra, muchas veces, en poder de la propia entidad o bajo su control. En ocasiones, la mejor, o la única fuente de prueba de tales delitos, son los archivos internos de la organización, ya que son los que permiten una cierta trazabilidad sobre sus transacciones, por lo que, sin acceso a tales

¹⁵⁶⁷ Sobre el tema de la prueba del dolo se volverá en el capítulo 3, en el epígrafe V relativo a la prueba. En la doctrina, véase RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999; Del mismo autor, “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 4, 2004, pp. 13-26.

¹⁵⁶⁸ En este sentido, DISKANT, E. B., “Comparative corporate criminal liability...ob. cit., p. 131, señala lo siguiente: “*These difficulties (...) are only exacerbated in the context of white-collar criminal proceedings, in which the underlying facts are likely to be particularly complex, the investigations particularly time consuming (...)*”; En este sentido, resulta digno de mención que, como una de las causas que permiten calificar una investigación como compleja, incrementándose la duración legal de la instrucción de 6 a 36 meses, es, precisamente, que requiera la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas (art. 324.2. f) LECrim).

¹⁵⁶⁹ NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

documentos, la capacidad de persecución de estos crímenes podría verse seriamente erosionada. El problema radica en que tales archivos suelen estar en posesión de la organización investigada, o de otros depositarios o custodios contratados a tal fin, con lo que las posibilidades de ocultación, destrucción o manipulación de tales fuentes de prueba resultan elevadas. Por el contrario, en crímenes tradicionales, como podrían ser un asesinato o una violación, las fuentes de prueba normalmente son más accesibles a los investigadores en la medida en que no se encuentran, o al menos no exclusivamente, en poder del criminal que, además, puede tener más difícil borrar su rastro.

- En cuarto lugar, muchas veces los autores de los delitos cometidos en entornos corporativos poseen conocimientos especializados del entorno legal en el que operan, mientras que las propias organizaciones suelen contar con un asesoramiento jurídico continuado que les permite calcular las consecuencias legales de sus acciones con cierta anticipación y precisión. En este sentido, resulta habitual que las empresas de cierto tamaño recurran a servicios de asesoramiento jurídico especializado de forma regular y, especialmente, antes de emprender una determinada acción o embarcarse en una cierta actividad que presenta riesgos o incertezas de orden legal. De hecho, muchas empresas cuentan con abogados en su plantilla o con un servicio jurídico externo que asiste y asesora regularmente a las mismas. Y es que, en función del tamaño de la entidad, la existencia de un letrado asesor del órgano de administración puede resultar, incluso, obligatoria *ex lege*¹⁵⁷⁰. Este letrado se encargará de asesorar jurídicamente a la entidad, emitiendo opiniones o dictámenes sobre la legalidad de los acuerdos y decisiones que se adopten por el órgano de administración, de alertar a la entidad sobre los riesgos delictivos de sus actividades o, en ocasiones, incluso, de realizar recomendaciones sobre cómo encubrir sus delitos o minimizar el riesgo de que sean descubiertos.

- Evidentemente, la premeditación, el conocimiento técnico y las medidas preordinadas a ocultar los delitos dificultan igualmente su descubrimiento por lo que, cuando los delitos económicos o empresariales forman parte de un plan preconcebido para maximizar el beneficio de la entidad, sin respetar los límites legales, las dificultades para su detección y para su persecución se multiplican. Además, debe tenerse en cuenta que el poder económico de las personas jurídicas, normalmente, es superior al de los individuos, lo que les permite contar con los mejores equipos de abogados¹⁵⁷¹, negociar buenos acuerdos, desde una posición económico-financiera privilegiada, y costear largos procesos, incrementando así sus posibilidades de quedar impunes o de ver rebajada su eventual condena.

¹⁵⁷⁰ Así pues, la Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas Sociedades mercantiles, previamente citada, en su art. primero dispone que “*En las Sociedades mercantiles habrá, con carácter obligatorio, un Letrado asesor del Órgano individual o colegiado que ejerza la administración en los casos siguientes: a) Tratándose de Sociedades domiciliadas en España, cuando su capital sea igual o superior a cincuenta millones de pesetas o el volumen normal de sus negocios, según el balance y la documentación contable correspondiente al último ejercicio fiscalmente sancionado, alcance la cifra de cien millones de pesetas o la plantilla de su personal fijo supere los cincuenta trabajadores. b) Tratándose de Sociedades domiciliadas en el extranjero cuando el volumen de sus operaciones o negocios en las sucursales o establecimientos que tengan en España sea igual o superior a cincuenta millones de pesetas o su plantilla de personal fijo supere los cincuenta trabajadores*”.

¹⁵⁷¹ En este sentido, DISKANT, E. B., “Comparative corporate criminal liability...ob. cit., p. 131, observa que, en los procesos penales contra criminales de cuello blanco, la defensa suele estar especialmente cualificada.

En definitiva, la complejidad de algunos de los tipos delictivos imputables a las personas jurídicas, la diversificación de las responsabilidades entre diversos sujetos, el control que las entidades ejercen sobre las fuentes de prueba y sus conocimientos legales son factores que pueden dificultar el acceso, por parte de la acusación, a las pruebas de cargo suficientes para enervar la presunción de inocencia del acusado corporativo, obstaculizándose así la efectiva persecución de tales delitos¹⁵⁷². A mayor abundamiento, tales dificultades podrían verse agravadas por la introducción de un auténtico sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, cuyas obligaciones de colaboración con la justicia decaerían al resultar imputadas¹⁵⁷³.

Estas dificultades vendrían a justificar determinadas especialidades en relación con los acusados corporativos y con la investigación de los crímenes cometidos en tales entornos. Por ejemplo, podría requerirse la especialización de los órganos de investigación o la colaboración de expertos en técnicas de auditoría, contabilidad u organización de empresas. Así mismo, podrían ser necesarios periodos más prolongados para completar tales investigaciones, que pueden precisar del análisis de numerosos documentos o de requerimientos de información al extranjero, cuando la entidad desarrolla sus actividades en diversos países. En este sentido, la última reforma de la LECrim, que limita la duración de las diligencias de instrucción a un plazo máximo de seis meses, amplía tal plazo para las investigaciones consideradas complejas que podrán durar hasta un máximo de treinta y seis meses. Pues bien, el propio art. 324.2 LECrim señala que la investigación se considerará compleja, entre otras circunstancias, cuando: d) exija la realización de pericias o de colaboraciones recabadas por el órgano judicial que impliquen el examen de abundante documentación; e) implique la realización de actuaciones en el extranjero; f) precise de la revisión de la gestión de personas jurídico-privadas o públicas.

Algunas de tales medidas requerirían un incremento de los medios, personales y/o materiales, dedicados a la investigación de tales delitos. Ahora bien, si lo que se pretende es incrementar la capacidad de descubrir y castigar tales delitos, sin que ello suponga un mayor consumo de recursos públicos, como parece imponer la era de austeridad y la crisis de lo público que se vive en Europa desde hace ya más de un lustro, la solución pasaría por recurrir a mecanismos orientados a incentivar la colaboración de las personas jurídicas en las investigaciones penales, a través de la asunción de tareas de prevención, control y descubrimiento de los delitos. En este contexto, surge la idea de la autorregulación, a la que se asocian prácticas tales como las de los *compliance programs* o las investigaciones internas, de tal forma que sean las propias entidades, potencialmente responsables, las que colaboren en las tareas públicas de control y represión de los delitos, asumiendo funciones de “pseudo-policía” o investigativas, en relación con los delitos que se cometen en su seno.

¹⁵⁷² En Estados Unidos, en donde el juicio por jurado constituye un derecho fundamental de todo acusado, según observa Cfr. FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 68, estas dificultades pueden verse acentuadas, en tanto que la complejidad de tales delitos puede suponer una ventaja procesal para los acusados a la hora de que sus elementos constitutivos se consideren probados más allá de toda duda razonable por individuos legos en Derecho.

¹⁵⁷³ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 739.

3.- La autorregulación, la colaboración público-privada en el descubrimiento de los delitos y otras tendencias privatizadoras en el control de la criminalidad

La idea de la autorregulación presupone que las personas jurídicas son capaces, con la mínima intervención pública, de organizarse en orden a prevenir y detectar los delitos que se cometen con sus medios o bajo su cobertura y que, además, se encuentran en una posición más adecuada que el Estado para regular su propia actividad, en tanto que cuentan con mejores conocimientos técnicos y con más recursos para costear las necesarias indagaciones que han de desarrollarse ante la sospecha de comisión de un delito en su seno. Así pues, esta tendencia de política criminal se orienta a incentivar a las entidades para que cumplan con la legalidad¹⁵⁷⁴, en lugar de centrarse en vigilar y controlar sus desviaciones por parte del poder público. En definitiva, esta idea, de tendencia claramente neoliberal¹⁵⁷⁵, pretende justificar un ámbito en el que las entidades queden exentas del control estatal o en el que el Estado se limite a establecer un marco de actuación que incentive la adopción por parte de las mismas de mecanismos de control interno.

La autorregulación, como tendencia de política legislativa, se fundamentaría, por lo tanto, en la capacidad de las entidades para regularse a sí mismas, frente a la supuesta incapacidad del Estado de disciplinar su actividad. En este orden de ideas, se pretende justificar, ya no la conveniencia, sino la necesidad de la autorregulación, partiendo de la supuesta ineficacia e ineficiencia del Estado en su tarea de regulador de la actividad empresarial. Así pues, la complejidad de las organizaciones, unida a las deficiencias regulatorias de los poderes públicos, dada su falta de conocimientos técnicos adecuados para la gestión de los riesgos de la sociedad moderna¹⁵⁷⁶, justificaría esta suerte de tendencia desreguladora. Esta tendencia ha de ser vista con cautela, en tanto que, a través de la presunta incapacidad del Estado para detectar, castigar, prevenir y reprimir las conductas delictivas, se intenta dar entrada a los particulares y, por lo tanto, a sus intereses privados, en un ámbito, como el de la justicia penal, en el que debe regir, sin ambages, el interés general.

¹⁵⁷⁴ En este orden de ideas, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “La persona jurídica como sujeto...ob. cit., p. 52, afirma que existe una política pública interesada en estimular el cumplimiento de la legalidad en las empresas, que, por la complejidad de las mismas, opta por una estrategia de autorregulación regulada.

¹⁵⁷⁵ En contra de este encuadramiento, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las...*ob. cit., pp. 82 y 218-225, sostiene que la idea de la autorregulación, lejos de una propuesta de privatización del control, constituye una nueva faz del intervencionismo y que no es propia del liberalismo, sino que su origen está en la FCPA, que es todo un símbolo del intervencionismo, siendo necesariamente complementarias la hetero y la autorregulación.

¹⁵⁷⁶ En este sentido, según sostiene HEINE, G., cuya opinión es recogida por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 223-226, el Estado, en la era de la incertidumbre, ha perdido el monopolio de la protección de bienes jurídicos, de la distribución de riesgos y de la planificación estratégica, puesto que carece de la suficiente información y competencia para poder desarrollarlas. Así las cosas, en opinión de HEINE, para llevar a cabo el *management* de riesgos, a través de la precaución y la adaptación, son necesarios determinados conocimientos técnicos derivados de la experiencia empresarial a lo largo del tiempo. El Estado ha dejado de realizar las inversiones suficientes para tener ese conocimiento técnico y, consecuentemente, carece de competencia para la administración a largo plazo de los riesgos modernos; Igualmente, señala GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 26-30, que la incapacidad del Estado para controlar ciertos riesgos creados por la sociedad post-industrial moderna, ha llevado a fomentar la autorregulación empresarial.

La conexión entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la idea de autorregulación es tal que algunos autores ven en ésta el fundamento de responsabilizar a los entes colectivos¹⁵⁷⁷. En este sentido, la amenaza penal se entiende como un incentivo a la autorregulación, esto es, como un estímulo para que los entes colectivos adopten sistemas de control y detección de delitos para lograr ver atenuada su pena o, incluso, para quedar exentos de responsabilidad criminal por los delitos cometidos en su nombre por sus agentes. Así, se afirma que la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene como finalidad motivar a las empresas para que incrementen su nivel de autorregulación y para que establezcan los mecanismos de gestión, organización y control necesarios para evitar la comisión de hechos delictivos, asistiendo a la Administración de justicia en su descubrimiento¹⁵⁷⁸. Por esta vía, la nueva regulación lograría prevenir la comisión de delitos, por parte de las empresas, de una forma más efectiva de lo que lo harían los reguladores externos, así como reducir los costes de adquisición de tal información¹⁵⁷⁹, incentivando la colaboración de aquéllas con la justicia.

Desde esta perspectiva, cabe entender que la previsión de penas para la persona jurídica persigue, precisamente, incentivar el establecimiento de programas de cumplimiento de la legalidad que contengan medidas, tanto preventivas, como reactivas. Las primeras estarían orientadas a disminuir los riesgos de comisión de delitos, a través del establecimiento de protocolos o guías de actuación, de programas de formación para los trabajadores y de mecanismos de control, tales como auditorías internas, previniendo así la comisión de infracciones, mientras que los instrumentos reactivos tendrían como finalidad descubrir, investigar y, en su caso, sancionar disciplinariamente los hechos delictivos una vez que éstos ya se han perpetrado¹⁵⁸⁰.

En este contexto, surgen los programas de cumplimiento de la ley penal, como modelos de organización y gestión establecidos por la dirección de la empresa, orientados a prevenir y detectar irregularidades y a asegurar que las actividades de la corporación sean desarrolladas de conformidad con la legislación aplicable¹⁵⁸¹. Se trata, por lo tanto, de un sistema privado, paralelo al sistema estatal de control de la criminalidad, que no sólo tiende a prevenir la comisión de conductas delictivas por las empresas, en el desempeño de sus funciones, sino que además encomienda a la entidad una suerte de labor “pseudo-policial”. Así pues, la persona jurídica debe estar alerta de las posibles infracciones que se cometan en su seno, estableciendo para ello un sistema de vigilancia que le permita detectarlas tempranamente, como serían, por ejemplo, los canales de

¹⁵⁷⁷ En este sentido, afirma GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal...ob. cit., p. 27, que el conjunto de la normativa que introdujo en el ordenamiento español la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta de difícil explicación sin tomar en consideración la profunda huella que ha ido dejando la autorregulación empresarial en diversas áreas jurídicas; Por su parte, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las...*ob. cit., p. 8, sostiene que “la finalidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es coaccionar a la autorregulación”.

¹⁵⁷⁸ NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las...*ob. cit., p. 215.

¹⁵⁷⁹ NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

¹⁵⁸⁰ Entre otros, NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

¹⁵⁸¹ Cfr. *Principles of federal prosecutions of business organizations* (principios que guían la actuación de los fiscales estadounidenses en las persecuciones federales de las organizaciones empresariales), Título 9, capítulo 9.28.000 del *U.S. Attorney's Manual*.

denuncias a los que ya se ha hecho referencia. Pero además, la entidad debe contar con protocolos de actuación para reaccionar ante la sospecha de haberse cometido un delito, desarrollando las necesarias indagaciones en orden a determinar el alcance de la infracción y a los presuntos responsables a los que deberá sancionar disciplinariamente y, en su caso, denunciar ante la justicia.

Por otra parte, las específicas dificultades asociadas a las investigaciones criminales en contextos organizativos o empresariales, que ya han sido referidas *ut supra*, junto con la alegada insuficiencia de los recursos públicos para desarrollar largas, costosas y complicadas instrucciones, contribuyen a crear un sistema de justicia penal, en el que la cooperación de las corporaciones, presuntamente responsables, se erige en una pieza clave para el éxito de las investigaciones de los crímenes de empresa. En este sentido, se afirma que la colaboración de las organizaciones implica un sustancial incremento en la información de los investigadores, haciendo más probable la efectiva detección y persecución de tales delitos¹⁵⁸². Estos planteamientos resultan muy peligrosos porque pueden llegar a entender a la persona jurídica inculpada como un mero instrumento de política criminal, en lugar de como un sujeto de derechos, lo que recuerda a sistema inquisitivos actualmente superados.

A mayor abundamiento, no cabe olvidar que, a pesar de la criminalización de las personas jurídicas, la principal finalidad en la represión del crimen corporativo debe seguir siendo la determinación y el castigo de los responsables individuales, en tanto que las finalidades preventivas y retributivas de las penas, no pueden considerarse totalmente satisfechas cuando la única hallada responsable por la comisión de un delito es la organización. Esto implicaría que la actuación de algún individuo, único posible autor material del delito, ha quedado impune. Por eso, el sistema ha de centrarse en incentivar a la persona jurídica para que descubra la comisión de delitos en su seno, determine las responsabilidades individuales derivadas de los mismos y aporte a la justicia los elementos de prueba precisos para proceder penalmente contra tales sujetos, lo cual tiende a crear una divergencia de intereses entre la persona jurídica y aquellos agentes de la misma que no cumplen la ley. De esta forma, se motiva la adopción por parte de las personas jurídicas de modelos de organización y gestión que, lejos de servir para proporcionar opacidad a los crímenes cometidos en el desarrollo de su actividad, valgan para descubrir a los delincuentes y para colaborar en su enjuiciamiento.

El Derecho Penal premial “agrupa normas de atenuación o remisión total de la pena orientadas a premiar y así fomentar conductas de desistimiento y arrepentimiento eficaz de la conducta criminal o bien de abandono futuro de las actividades delictivas y colaboración con las autoridades de persecución penal en el descubrimiento de los delitos ya cometidos o, en su caso, el desmantelamiento de la organización criminal a que pertenezca el inculgado. Desde una perspectiva político- criminal, son, pues, razones de pragmatismo las que fundamentan estas disposiciones que conceden beneficios penales: la evitación de futuros delitos y el descubrimiento de los ya

¹⁵⁸² A mayor abundamiento, de acuerdo con FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 91, este incremento en la información podría incrementar el efecto preventivo del Derecho Penal.

cometidos”¹⁵⁸³. Pues bien, este Derecho ha sido tradicionalmente empleado en ámbitos asociativos u organizativos, caracterizados por la existencia de una pluralidad de partícipes o conocedores del delito, pero en los que resulta difícil penetrar a través de los medios tradicionales de investigación. Por ejemplo, se observa que en figuras delictivas tales como el terrorismo y el tráfico de drogas, donde la estructura delictiva, de carácter jerarquizado y organizado, dificulta enormemente la sanción de las personas que se encuentran en un segundo plano, ordenando y dirigiendo la comisión de hechos delictivos desde la sombra, se opta por fomentar la colaboración de los acusados con la justicia, para facilitar el descubrimiento de los delitos y la determinación de todos los responsables, a cambio de ofrecer inmunidades o atenuaciones de responsabilidad para los delatores¹⁵⁸⁴.

En esta lógica se encuadrarían el sistema de atenuantes posdelictivas previstas, específicamente, para las personas jurídicas en el CP, en particular, la confesión (art. 31 quáter a) CP), la aportación de pruebas nuevas y decisivas para el esclarecimiento de los hechos y las responsabilidades dimanantes de los mismos (art. 31 quáter b) CP) y la implementación de mecanismos para descubrir delitos (art. 31 quáter d) CP). La función de tales atenuantes es claramente promocional, en tanto que buscan promover la colaboración con la justicia, por parte de las personas jurídicas, a cambio de rebajas en su condena¹⁵⁸⁵. Además, las personas jurídicas que muestren, con su actitud colaborativa, que han puesto toda la diligencia debida en la evitación del delito, que no han ejercido de forma insuficiente o negligente sus funciones de vigilancia y control y que, por lo tanto, el delito constituye una actuación individual perpetrada por algunos de sus agentes, eludiendo fraudulentamente sus mecanismos de prevención, podrá quedar exenta de responsabilidad (art. 31 bis 2 y 4 CP).

Por su parte, en Estados Unidos, los fiscales, que tienen la potestad de decidir si presentar cargos o no por un determinado delito, qué cargos y frente a quién, aprovechan el conflicto de intereses entre la corporación y sus miembros para reforzar su capacidad de investigar y perseguir los crímenes de empresa¹⁵⁸⁶, a través de incentivar la colaboración empresarial en la investigación de los delitos, incluso otorgando impunidad a la corporación. De esta forma, cuando hay una investigación pública en marcha, la entidad investigada suele iniciar, paralelamente, una investigación interna, convirtiéndose en una suerte de socio de la fiscalía¹⁵⁸⁷ que, por su parte, delega en la entidad privada la realización de ciertas diligencias de investigación, tales como, el

¹⁵⁸³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-33, p. 2; El primer planteamiento *in extenso* que la moderna ciencia española del Derecho Penal hace de la recompensa en su sentido preventivo y ejemplarizante se debe a JIMÉNEZ DE ASÚA, L., “La recompensa como prevención general. El derecho premial”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 63, núm. 126, 1915, pp. 177-180, tal como recuerda, más recientemente, GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F., “Penas, distinciones y recompensas: nuevas reflexiones en torno al derecho premial”, *Emblemata: Revista aragonesa de emblemática*, núm. 16, 2010, pp. 205-235, pp. 205-206.

¹⁵⁸⁴ RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La protección de los whistleblowers...ob. cit., pp. 475-482.

¹⁵⁸⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 32.

¹⁵⁸⁶ FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 28.

¹⁵⁸⁷ En este sentido, FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., pp. 28 y 32-59, describe la evolución del papel de las corporaciones hasta su posicionamiento actual como socios de la fiscalía (“partners”) o lo que el autor gráficamente denomina “branch office of the prosecutor”.

análisis de la documentación o los interrogatorios a los empleados. Hasta tal punto se ha generalizado esta práctica en Estados Unidos, donde la colaboración de las grandes corporaciones, en las investigaciones de los delitos cometidos en su seno, constituye la regla general, que se ha llegado a afirmar que el papel de las mismas, en el sistema de justicia penal americano, ha evolucionado del de acusado al de socio del gobierno¹⁵⁸⁸.

Así pues, al institucionalizarse y generalizarse la colaboración de las entidades privadas en el descubrimiento y la efectiva persecución de los delitos, surgen las investigaciones internas empresariales, como un proceso de transferencia de ciertas funciones, de manos públicas a manos privadas, produciéndose, por lo tanto, una suerte de privatización del propio proceso penal, o al menos de una fase del mismo, cual es la instrucción o la investigación penal¹⁵⁸⁹. Esta privatización del control de la criminalidad implica que determinadas funciones investigativas, tales como, la determinación del acaecimiento de un delito, el descubrimiento de los culpables y la recopilación de fuentes de prueba, pasan a ser desarrolladas privadamente por las personas jurídicas potencialmente responsables, con la finalidad de mostrar una actitud cooperativa con la fiscalía, entregando no sólo a los individuos, supuestamente culpables, a la justicia, sino también las evidencias recogidas para probar su responsabilidad. Se observa, por lo tanto, como, ciertas tareas que, de ordinario, vendrían atribuidas a la Administración de Justicia, son asumidas, al menos en parte, por organizaciones empresariales privadas, con evidentes riesgos de manipulación de la información y de merma de las garantías y de los derechos de los individuos investigados.

4.- Las investigaciones internas o intraempresariales

En España, al contrario de lo que ocurre en EE. UU., donde las investigaciones internas se han convertido en el estándar de cuidado a adoptar siempre que se producen alegaciones o sospechas de actuaciones irregulares en entornos organizativos¹⁵⁹⁰, tales investigaciones son una práctica todavía incipiente, si bien, es probable que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, diseñado por el legislador, impulse su generalización, al menos en las grandes empresas. En este sentido, antes de la reforma penal, las empresas podían apropiarse del beneficio derivado de los hechos delictivos perpetrados por sus empleados en el entorno empresarial, sin riesgo de ser halladas penalmente responsables, en tanto que regía el principio *societas delinquere non potest*. Además, no tenían ningún incentivo en descubrir los delitos que pudieran cometerse en su seno, sino más bien en ocultarlos y evitar, de este modo, su responsabilidad civil.

¹⁵⁸⁸ FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 59.

¹⁵⁸⁹ En este sentido, MONTIEL, J. P., “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa” en S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo; V. Gómez Martín (dirs.); J. C. Hortal Ibarra; V. Valiente Ibáñez (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 487-517, p. 487, se refiere a este fenómeno de la privatización del control de la criminalidad y a la correlativa privatización del proceso penal.

¹⁵⁹⁰ DUGGIN, S. H., “Internal Corporate Investigations...ob. cit., p. 886.

Sin embargo, con la introducción de un verdadero sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas, este panorama ha cambiado, en tanto que la implementación de medidas para el descubrimiento de delitos (art. 31 quáter d) CP), como podría ser el desarrollo de investigaciones internas, junto con una puntual confesión de la infracción a las autoridades (art. 31 quáter a) CP) y con la entrega de evidencias relevantes para esclarecer los hechos punibles acaecidos y a sus responsables (art. 31 quáter b) CP), puede permitir a la entidad obtener una sustancial rebaja en su sanción que, previsiblemente, quedará reducida a una pena de multa. En este sentido, la entidad que muestra una actitud colaborativa con la justicia, además de ver atenuada su responsabilidad, pone de manifiesto que no existe necesidad de prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos (art. 66 bis 1º a) CP), con lo que no procedería la imposición de las penas restrictivas de derechos previstas en el art. 33.7, letras b) a g) CP, que poseen una marcada orientación preventivo-especial, siendo suficiente con una sanción pecuniaria. A mayor abundamiento, la entidad que desarrolla una investigación interna y entrega sus resultados a la justicia podría, incluso, quedar exenta de responsabilidad penal si, a través de tal actuación, consigue probar que no hubo un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control que se le encomiendan (art. 31 bis 2 CP).

De este modo, la regulación penal impone a la entidad el deber de adoptar procedimientos de supervisión, vigilancia y control de las actividades de sus miembros, en orden a prevenir que los mismos cometan delitos en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas en la organización, de tal forma que los riesgos penales asociados a su actividad se mantengan en niveles jurídico-penalmente aceptables. Si la entidad cumple con tales deberes pero, a pesar de ello sus empleados delinquen, la entidad quedará exenta de responsabilidad. Además, se viene a atribuir a la persona jurídica una labor de pseudo-policía¹⁵⁹¹, de forma que, a través determinadas medidas de investigación, descubra la comisión de ilícitos en su seno, determine a los culpables individuales y recopile las fuentes de prueba, que deberá proceder a revelar a la justicia a cambio de lenidad.

En este sentido, se observa que, cuando se inicia una investigación penal frente a una persona jurídica, los intereses de la organización y de sus agentes no están necesariamente alineados. Las organizaciones pueden preferir culpar a un empleado y no asumir su responsabilidad, evitando pagar elevadas multas y enfrentarse a la publicidad negativa, derivada de la celebración de un proceso penal, mientras que el empleado puede optar por negar su responsabilidad individual y evitar así penas que podrían suponer, incluso, su encarcelamiento¹⁵⁹². Por eso, cabe afirmar que el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas supone la creación de una divergencia de intereses procesales entre la entidad y sus agentes que puede ser fructuosamente explotada por las autoridades de persecución penal. De hecho, *“en la mayoría de los ordenamientos donde se ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se han creado las condiciones necesarias para que exista una competición entre persona física y jurídica con el fin de alcanzar las zanahorias de la*

¹⁵⁹¹ ALCÁCER GUIRAO, R., “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidación como límite a la vigilancia empresarial”, *Diario La Ley*, núm. 8053, 2 de abril de 2013.

¹⁵⁹² FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 28.

colaboración”¹⁵⁹³. Así, la entidad es incentivada, a través de atenuaciones en su condena, para descubrir a los responsables individuales del delito¹⁵⁹⁴.

En definitiva, tal y como se puso de manifiesto en el apdo. anterior, las personas jurídicas, con la regulación de su responsabilidad penal, tienen enormes incentivos para colaborar con la justicia en el descubrimiento de los delitos cometidos por sus dirigentes, en su nombre, o por sus empleados en el desarrollo de sus actividades en la entidad. Por lo tanto, ante el previsible auge de las investigaciones internas, como consecuencia del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido por la Ley 5/2010, de 22 de junio y, en particular, del sistema de atenuantes, se hace preciso analizar sus características y, especialmente, los posibles riesgos que la generalización de tales prácticas podría acarrear. Tal y como se argumentará, estas investigaciones, privadas y desreguladas, implican riesgos nada desdeñables, tanto para el efectivo descubrimiento de los delitos supuestamente acaecidos en su seno, como para los derechos de los sujetos investigados, normalmente, los trabajadores de la persona jurídica que conduce la investigación. Por eso, es preciso establecer las cautelas necesarias para que, la colaboración de las personas jurídicas con la justicia, no se convierta en una forma de investigar los delitos y acceder a las fuentes de prueba sin respetar los derechos de los individuos o, desde otra perspectiva, de manipular u ocultar la información, construyendo relatos de hechos falsos, revelando “medias verdades” o utilizando chivos expiatorios que asuman la responsabilidad de la organización.

Así pues, a continuación, se expondrá el concepto de investigación interna y algunas de sus características esenciales, tales como los motivos que llevan a su iniciación, la forma en que se conducen, quien suele dirigirlas, así como las principales ventajas e inconvenientes que presentan, en tanto que procedimientos privados de descubrimiento de los delitos en entornos organizacionales.

4.1.- Concepto y características básicas de las investigaciones internas empresariales

Una investigación interna es, en esencia, un esfuerzo de la corporación por esclarecer las irregularidades acaecidas en el seno de la misma -esto es, si efectivamente ha tenido lugar una infracción, cuál es su naturaleza y su alcance dentro de la organización, si continúa produciéndose en el presente, quién está involucrado, quién es responsable, por qué ocurrió y si se trata de un hecho aislado o de un problema sistemático- siendo el

¹⁵⁹³ NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

¹⁵⁹⁴ En Estados Unidos, los *Principles of federal prosecutions of business organizations*, establecen como un factor a tomar en consideración para decidir si presentar cargos frente a la persona jurídica “*the adequacy of the prosecution of individuals responsible for the corporation’s malfeasance*”, con lo que la entidad, para ser vista como cooperativa, debe colaborar en el descubrimiento de los culpables. Por su parte, nuestro CP dispone algo similar, al señalar como circunstancia atenuante la entrega a las autoridades de pruebas nuevas y decisivas para establecer las responsabilidades dimanantes de los hechos (art. 31 quáter c) CP).

ámbito de la indagación, normalmente, determinado por la propia entidad¹⁵⁹⁵. Se trata, en definitiva, de un mecanismo efectivo para comprobar si se ha cometido un delito, así como para identificar a los presuntos responsables y emprender las medidas adecuadas para minimizar su efecto¹⁵⁹⁶. En otras palabras, son los procedimientos indagatorios que emprende internamente la propia persona jurídica, ante la sospecha de comisión de un hecho delictivo en su seno. Su objetivo es descubrir los acontecimientos fácticos penalmente relevantes, así como a los responsables individuales de tales hechos, por medio, principalmente, de la recopilación de información documental y de la realización de entrevistas a los miembros de la entidad. Pero además, se orientará, al igual que las investigaciones penales públicas, a salvaguardar las fuentes de prueba que, en un eventual futuro procedimiento sancionador frente a los sujetos investigados o, incluso, en un posterior proceso penal, puedan ser requeridas por la autoridad competente.

Tales investigaciones serán normalmente desarrolladas por abogados, que pueden ser internos o contratados específicamente a tal fin. El motivo, además de la formación específica de tales profesionales, radica en que, encomendado tales actuaciones a un profesional de esta naturaleza se asegura, en mayor medida, la confidencialidad de sus resultados¹⁵⁹⁷, en tanto que sus comunicaciones y los documentos que se produzcan en el marco de la investigación estarán protegidos por la confidencialidad que informa la relación abogado-cliente y por las obligaciones de secreto del profesional. Esta confidencialidad resulta esencial para preservar el derecho de defensa y el derecho a no declarar de las personas jurídicas, dado que los letrados encargados de desarrollar la investigación tienen acceso a los archivos de la corporación y se les encomienda la tarea de entrevistar a aquellos empleados o agentes de la misma que puedan tener información relevante en orden a determinar hechos presuntamente delictivos o ilícitos que se sospecha que se han cometido o que pueden estar cometándose¹⁵⁹⁸.

Lo que caracteriza a las investigaciones internas, como medidas reactivas, frente a las medidas de prevención delictiva, es que las mismas se inician a raíz de una sospecha de comisión de un delito y su objeto es, precisamente, verificar la realidad de esa sospecha, determinando si se ha producido un hecho punible, su alcance dentro de la entidad y a los responsables del mismo. En este sentido, se subraya la importancia de diferenciar las actividades de control y las de investigación empresarial, advirtiendo que “*el perímetro*

¹⁵⁹⁵ Cfr. GREEN, B. A.; PODGOR, E. S., “Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents”, *Boston College Law Review*, núm. 54, 2013, pp. 73-126, p. 87.

¹⁵⁹⁶ LOMAS, P.; KRAMER, D., *Corporate internal investigations. An international guide*, 2ª ed., Oxford University Press, Reino Unido, 2013, p. 340.

¹⁵⁹⁷ En este sentido, DUGGIN, S. H., “Internal Corporate Investigations...ob. cit., p. 889, señala que se encomienda normalmente a los abogados por dos razones. En primer lugar, por la necesidad de conocimientos legales para determinar si los actos y omisiones objeto de investigación vulneran la ley. En segundo lugar, por la protección que otorga el *attorney-client* y el *work product privileges* a los materiales que resulten de tal investigación. Por otra parte, existe un relativo acuerdo en que resulta más adecuado contratar a un abogado externo para tal fin, porque así se refuerza la confidencialidad de sus actuaciones y se asegura en mayor medida su independencia en relación con la entidad.

¹⁵⁹⁸ Cabe recordar, en este punto, las conclusiones del apdo. 4.1.2.2 del epígrafe III de este capítulo, sobre el secreto profesional del abogado, en las que se criticaba la decisión del TJUE de retirar al abogado interno la protección de la confidencialidad cuando desempeña tareas de asesoramiento estrictamente jurídico y, sobre todo, cuando con sus revelaciones se ponen en juego, no sólo la confianza inherente a la relación abogado-cliente, sino también ciertos derechos fundamentales, como el derecho a no declarar y el derecho de defensa.

*conceptual de las investigaciones internas no abarca meras actividades de control genérico, sino que comprende (al igual que el proceso penal) actividades destinadas a reconstruir el pasado”, a partir de una sospecha de haberse cometido un ilícito o, incluso, cuando ya hay un proceso judicial en marcha*¹⁵⁹⁹.

Los motivos que pueden llevar a una persona jurídica a iniciar una investigación interna son muy variados. Así pues es posible, que se desarrolle, por ejemplo, a partir de la detección de irregularidades en las existencias comerciales, de los resultados de una auditoría interna, de las quejas anónimas o provenientes de algún cliente sobre facturación irregular o sobre los defectos en un producto, así como de las quejas o denuncias por parte de un empleado u otros *stakeholders*, tales como acreedores, accionistas, proveedores o competidores. En tales supuestos, las investigaciones serán conducidas privadamente, sin ser auxiliares de ningún proceso judicial¹⁶⁰⁰. Sin embargo, en ocasiones, el inicio de una investigación interna viene motivado por una inspección gubernativa o por la recepción de requerimientos judiciales de información sobre alguna operación concreta. Igualmente, puede tomarse la decisión de iniciar la investigación cuando los administradores o los directivos de la empresa toman conocimiento de la pendencia de acciones legales contra la entidad. En tal caso, la investigación le sirve a la corporación para valorar los riesgos a los que se enfrenta, corregir problemas sistemáticos o emprender acciones para mitigar las consecuencias legales de sus actividades¹⁶⁰¹.

Cabe advertir, por lo tanto, que las investigaciones pueden ser previas o coetáneas a una investigación oficial o pública, dando lugar, respectivamente, a las denominadas investigaciones pre-judiciales o para-judiciales¹⁶⁰². Así pues, la sospecha que provoca el inicio de tales indagaciones puede provenir de una fuente interna o externa. Cuando la sospecha nace de la denuncia de un trabajador, de un cliente, un proveedor o un accionista, ya sea por comunicación directa con el órgano de administración o con el director del sistema de prevención y control (conocido en terminología anglosajona como el *compliance officer*), o a través del sistema de denuncias internas implementado como parte del sistema de *compliance*, normalmente, se iniciará una investigación pre-judicial, en tanto que será previa a cualquier actuación investigativa oficial. Sin embargo, cuando exista un requerimiento de una autoridad, ya sea administrativa, ya judicial, indagando sobre la legalidad de las actuaciones de la entidad, tal requerimiento será la voz de alarma para iniciar una investigación interna que, si bien será dirigida por la propia entidad, se desarrollará de forma paralela a las actuaciones de investigación administrativas o judiciales. En este caso, se puede hablar de una investigación para-judicial, cuyo objeto y cuyas actuaciones vendrán, al menos en parte, determinadas por el trascurso de la investigación conducida por las autoridades públicas.

¹⁵⁹⁹ MONTIEL, J. P., “Sentido y alcance de las investigaciones internas...ob. cit., pp. 495-496.

¹⁶⁰⁰ GREEN, B. A.; PODGOR, E. S., “Unregulated Internal Investigations...ob. cit., p. 87.

¹⁶⁰¹ Estos y otros motivos son los que apunta, a modo ejemplificativo, DUGGIN, S. H., “Internal Corporate Investigations...ob. cit., p. 884, como circunstancias que podrían propiciar el inicio de una investigación.

¹⁶⁰² Así, MONTIEL, J. P., “Sentido y alcance de las investigaciones internas...ob. cit., pp. 498-500, distingue entre las investigaciones internas pre-judiciales y para-judiciales; Igualmente, es recogida esta distinción por GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., p. 228.

Lo habitual será que el encargado de realizar la investigación, ya sea un abogado u otro sujeto, partiendo de la sospecha de comisión de una infracción, recopile la documentación relacionada y la analice, que interroge a aquellos agentes de la entidad que pudieran tener conocimiento directo sobre la infracción o, incluso, ser responsables de la misma y que intente ampliar la investigación a otros departamentos o áreas para determinar su alcance, dejando constancia documental de todas estas actuaciones, así como de los resultados que arrojen las mismas.

Así pues, para realizar una investigación interna, el primer paso será nombrar al equipo o al sujeto encargado de llevarla a cabo, así como el ámbito o alcance de la misma, que dependerá de qué sospechas o conocimientos se tengan de la presunta infracción. A continuación, normalmente, será preciso analizar los documentos y archivos con los que cuenta la entidad, que tengan relación con la supuesta infracción. Y, posteriormente, habrá que determinar a los sujetos que podrían tener información relevante, al objeto de entrevistarlos, en orden a aclarar el acaecimiento y alcance de los hechos, así como de determinar a los eventuales responsables.

Por lo tanto, cabe afirmar que las principales fuentes de información de tales investigaciones son, por una parte, los archivos de la corporación y, por otra, las declaraciones de los trabajadores u otros miembros de la entidad que sean, a tal fin, entrevistados por los profesionales encargados de llevar a cabo tales indagaciones¹⁶⁰³. Mientras los documentos o archivos de la entidad pueden proveer el registro más claro y completo de los eventos y transacciones clave, la información más reveladora proviene, normalmente, de las entrevistas con los empleados. En este sentido, se afirma que los documentos son el esqueleto, pero las entrevistas son el corazón y el alma de las investigaciones internas¹⁶⁰⁴.

En cuanto a los archivos internos que se recopilen, y los documentos que se produzcan a lo largo de la investigación, en tanto en cuanto tengan un contenido directamente incriminatorio para la persona jurídica, y excedan de las obligaciones formales que establece la ley sobre registro y publicidad de ciertas actividades, podrían estar protegidos por el derecho a no declarar de la persona jurídica, especialmente, aunque no exclusivamente, si existe un proceso penal en marcha¹⁶⁰⁵. En relación con las entrevistas de los trabajadores, los problemas que se plantean resultan aún más complejos, en tanto que se ven implicados derechos de terceros, distintos de los de la entidad misma, como los de los trabajadores o directivos que resulten investigados e interrogados. Así pues, resulta preciso plantearse en qué medida los derechos de tales individuos limitan los poderes de investigación de sus empleadores.

Este peculiar procedimiento de indagación, orientado, por una parte, a determinar el acaecimiento de un delito, así como de los presuntamente responsables, y por otra, a asegurar fuentes de prueba que sirvan para esclarecer las responsabilidades dimanantes

¹⁶⁰³ GREEN, B. A.; PODGOR, E. S., “Unregulated Internal Investigations...ob. cit., p. 87.

¹⁶⁰⁴ DUGGIN, S. H., “Internal Corporate Investigations...ob. cit., pp. 891-892.

¹⁶⁰⁵ Esta cuestión ya fue objeto de tratamiento exhaustivo en el apdo. 4.3.4.2. del precedente epígrafe del presente capítulo.

de tales hechos, no se encuentra regulado en ningún código ni en ninguna ley. Pero esto no quiere decir que las investigaciones internas no deban estar sujetas a ciertas reglas en tanto que, al igual que en las de carácter oficial, en estas indagaciones privadas tampoco es admisible la búsqueda de la verdad a cualquier precio. Así pues, al igual que en el proceso penal, es preciso respetar ciertas garantías en la consecución de la verdad, sin que se justifique el empleo de diligencias o actuaciones vulneradoras de los derechos fundamentales de los sujetos investigados¹⁶⁰⁶. Se propone, en este sentido, la adopción de “ordenanzas procesales internas” por parte de las personas jurídicas, en las que se regulen las fases de la investigación, las facultades investigativas del empresario, las condiciones de los interrogatorios, la extensión de los deberes de información de los interrogados etc.¹⁶⁰⁷.

En conclusión, es preciso partir de la base de que, tampoco en las investigaciones internas cabe aceptar que el fin justifique los medios, aun cuando, no es menos cierto que el nivel de garantías no tiene por qué ser idéntico en el ámbito laboral, regido por el Derecho del trabajo y en el que se enfrenta el empleador y el empleado, que en el ámbito del proceso penal, que se rige por una regulación propia y específica y en el que es el Estado el que se enfrenta al ciudadano, cobrando, los derechos fundamentales y libertades públicas, una especial significación, en tanto que, muchos de ellos son entendidos, precisamente, como garantías del individuo frente a los poderes públicos.

4.2.-Ventajas y riesgos de las investigaciones internas

Esta suerte de privatización de la investigación penal presenta ciertas ventajas, aunque también acusa numerosos inconvenientes. En términos de eficiencia y eficacia de la investigación, estas pesquisas pueden resultar positivas porque permiten ahorrar recursos públicos y reducir los tiempos de las investigaciones. Además, las empresas pueden sacar beneficios en términos de atenuación de su eventual condena. Sin embargo, está lejos de ser claro en qué medida estas ventajas compensan los riesgos que tales prácticas plantean. En este sentido, al ser la investigación conducida por las propias entidades sospechosas de haber cometido un delito, en un entorno privado y desregulado, podrían poner en entredicho las principales funciones del proceso penal, cuales son, por un lado, la búsqueda de la verdad, esto es, el efectivo esclarecimiento del hecho punible y de todas las responsabilidades dimanantes del mismo y, por otro lado, la salvaguarda de los derechos fundamentales de los sujetos investigados.

¹⁶⁰⁶ Sobre la eficacia de los efectos y la extensión de los derechos fundamentales en las investigaciones internas se profundizará en el apdo. 4.3 de este mismo epígrafe; En general, sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, véase GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1, semestre 1999, pp. 193-211; BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVARDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P., et al., *Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, 2004, pp. 179-195.

¹⁶⁰⁷ MONTIEL, J. P., “Sentido y alcance de las investigaciones internas...ob. cit., p. 505.

4.2.1.- Ventajas de las investigaciones internas empresariales

Por una parte, como aspectos positivos de esta práctica, cabe señalar que, desde el punto de vista del interés público en la persecución de los delitos, se facilita su descubrimiento y se acelera la conclusión de las investigaciones. En esta línea, se sostiene que la empresa se encuentra en mejor posición para acceder a la verdad de los hechos en virtud del mejor conocimiento que ostenta de la estructura empresarial y de sus actividades, por lo que, con su colaboración en el proceso, se produce un significativo ahorro de costes de investigación, enjuiciamiento y condena¹⁶⁰⁸. Además, de esta manera la entidad internaliza los costes derivados de sus acciones. En definitiva, se trata de una forma más “rápida y barata” de aplicar la ley penal. Evidentemente, para las autoridades públicas, buscar las fuentes de prueba entre montones de papeles y archivos de ordenador, es mucho más lento que analizar un archivador o un CD-ROM en el que, previamente, se han registrados las evidencias más relevantes.

La visión mercantilista que impregna el proceso penal en los Estados Unidos ha llevado a comparar las investigaciones internas con una técnica de *outsourcing*, esto es, con una suerte de externalización de las funciones de investigación penal. En este sentido, se sostiene que las oficinas de los fiscales se enfrentan, en esencia, a la decisión de cualquier empresa que se cuestiona si “producir o comprar” un determinado producto, esto es, si adquirir los recursos necesarios para desarrollar internamente una determinada función o contratar tales servicios con un agente externo¹⁶⁰⁹. En la resolución de esta dicotomía se concluye que, atendiendo a criterios de eficiencia y eficacia, en entornos empresariales complejos, donde la información sobre el crimen está incorporada a la propia entidad empresarial, es necesario externalizar la investigación, a través de una suerte de asociacionismo público-privado¹⁶¹⁰.

Por otra parte, desde el punto de vista de la entidad potencialmente responsable, las investigaciones internas también presentan ciertas ventajas. En primer lugar, porque les permiten ganar lenidad a cambio de cooperar con la investigación. Además, porque con tales pesquisas internas pueden evitar otras diligencias de investigación más invasivas, más paralizantes para su actividad y más vistosas para el público, como una entrada y registro, la detención de los altos cargos o su citación en calidad de investigados para declarar ante el Juez de Instrucción. Ninguna compañía quiere que la televisión retransmita a los funcionarios públicos sacando, documentos, ordenadores y otros materiales fuera de sus oficinas¹⁶¹¹.

A mayor abundamiento, tales investigaciones sirven para limpiar la imagen pública de la entidad, que se muestra como un buen “ciudadano corporativo”, comprometido con el respeto a la legalidad, que mantiene una actitud transparente y cooperativa con la Administración de Justicia. Pero sobre todo, resultan positivas para la organización porque le permiten contar con una cierta ventaja informativa y evitar la peligrosa

¹⁶⁰⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 223.

¹⁶⁰⁹ Cf. FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 62.

¹⁶¹⁰ FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 63.

¹⁶¹¹ LOWELL, A. D.; MAN, C. D., “Federalizing Corporate Internal Investigations...ob. cit., p. xvii.

situación en que las autoridades públicas entienden lo que ocurre en su seno mejor que la entidad misma¹⁶¹².

4.2.2.- Riesgos de las investigaciones internas empresariales

Sin negar, por lo tanto, las ventajas que se derivan de las investigaciones internas, es preciso determinar hasta qué punto éstas compensan la pérdida de otros atributos propios de las investigaciones públicas. En primer lugar, la falta de independencia de quien conduce la investigación, que es la propia entidad investigada o un profesional contratado por ella, no asegura una aproximación imparcial a la realidad de los hechos. En segundo lugar, tales investigaciones presentan importantes riesgos para los derechos constitucionales de los sujetos investigados, en tanto que se desarrollan en un contexto desregulado y privado, sin la necesaria supervisión por parte de la autoridad pública.

En este sentido, los principales riesgos o desventajas de las investigaciones internas serían, por un parte, la dependencia del investigador respecto del sujeto investigado que podría poner en riesgo el descubrimiento de la verdad y, por otra, el debilitamiento de los derechos de los individuos, que se ven sujetos a una investigación en la que no rigen las garantías del proceso penal, sino únicamente aquellas que, en su caso, les confiera la legislación laboral, así como el convenio colectivo y el contrato de trabajo.

4.2.2.1.- Los riesgos para el descubrimiento de la verdad

*“Sería, por decir lo menos, paradójico que en un sistema democrático, inspirado en el valor de la verdad, la administración de justicia no se inspirara, sin embargo, en ese valor o, más aún, se fundara sistemáticamente en el error, en la mentira y en la distorsión de la verdad”*¹⁶¹³. Pues bien, resulta evidente que la búsqueda de la verdad, como fin de la justicia, se pone en riesgo por la falta de neutralidad del investigador, que se ve seriamente comprometida en la medida en que la empresa que conduce internamente la investigación, o que la encarga a un tercero, tiene intereses particulares en el resultado de la misma. La persona jurídica podría manipular u ocultar información o documentación relevante para el esclarecimiento de los hechos, a través de la construcción de un relato fáctico falso, de la no revelación de parte de su actividad ilícita o de la inculpación de un chivo expiatorio o de un cabeza de turco, evitando ser exhaustiva a la hora de determinar a todos los eventuales responsables.

El problema de la falta de independencia del investigador no es una cuestión menor y debe ser siempre tomado en consideración al valorar las fuentes de prueba aportadas por la persona jurídica imputada. Pero, resulta especialmente grave cuando son los sujetos apicales o altos cargos de la entidad, por ejemplo, los administradores, los que han

¹⁶¹² Ídem., p. xvii.

¹⁶¹³ TARUFFO, M., *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 115.

cometido el delito. En tal caso, puede resultar problemático para el abogado, incluso cuando se trate de un letrado externo, realizar de forma plena su función de investigación. Y es que, aunque el cliente que contrata la investigación es la persona jurídica, no cabe desconocer que son personas físicas las que, en todo caso, actúan por ella y se relacionan con el letrado. Así pues, aunque el órgano encargado de la investigación sea formalmente autónomo respecto del órgano de Administración, habrá que comprobar si, en el desarrollo de la investigación, contó con los recursos y facultades precisas para que tal autonomía sea real y efectiva.

Hay que advertir, por lo tanto, que la información recabada por la entidad puede presentar ciertos sesgos en su favor¹⁶¹⁴, con el peligro de que se intente ocultar a los auténticos responsables, a través de mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad hacia la línea media o hacia los eslabones inferiores de la jerarquía empresarial¹⁶¹⁵, concentrando así la culpa dimanante de los hechos delictivos en un determinado trabajador o en un grupo de trabajadores que podrían tener sólo un papel secundario o periférico en los mismos. En este sentido, hay que tomar en consideración que a la entidad le interesará demostrar que el delito fue una acción individual de un empleado que, fraudulentamente, burló sus controles preventivos, y que no hay altos cargos implicados, ya que de esta forma podría ver atenuada su responsabilidad o, incluso, quedar exenta de culpa¹⁶¹⁶. Por eso es preciso representarse la posibilidad de que la atribución de responsabilidad a un empleado subordinado sirva para proteger a la alta dirección y a la propia empresa de la exigencia de responsabilidad, lo cual interferiría negativamente en la justa asignación de la culpa¹⁶¹⁷.

Este riesgo para el efectivo descubrimiento de la verdad, en Estados Unidos, se ve en parte contrarrestado por la posibilidad de imputar a las personas jurídicas, y a sus empleados, delitos específicos de obstrucción a la justicia, cuando realizan acciones tendentes a oscurecer las investigaciones internas empresariales, a través de declaraciones inexactas u omisiones prestadas ante el abogado de empresa encargado de la investigación¹⁶¹⁸, así como por la negación jurisprudencial de la titularidad del derecho a no declarar por parte de las personas jurídicas. Sin embargo, en España, atendiendo a la regulación vigente, que reconoce a las personas jurídicas el derecho a no declarar, resulta muy discutible que las actuaciones tendentes a ocultar los hechos, total o parcialmente, o las declaraciones falsas que realice el representante especialmente

¹⁶¹⁴ En este sentido, señalan GREEN, B. A.; PODGOR, E. S., “Unregulated Internal Investigations...ob. cit., p. 118, que cuando las pruebas son proveídas por la entidad pueden aparecer sesgadas en su favor.

¹⁶¹⁵ LAUFER, W. S., *Corporate bodies and guilty minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, University of Chicago Press, Chicago, Chicago, 2006, pp. 130-155.

¹⁶¹⁶ En este sentido, cabe considerar que, tal y como manifiesta LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, p. 348, las medidas, preordenadas a incentivar la cooperación de los acusados, favorecen las acusaciones falsas contra inocentes.

¹⁶¹⁷ En este sentido. LAUFER, W. S., “Corporate Prosecution, Cooperation...ob. cit., pp. 652 y 657, desarrolla el concepto del *reverse whistleblowing*, que conlleva una suerte de deslizamiento de la responsabilidad hacia los eslabones más bajos de la jerarquía corporativa, a través de la concentración de responsabilidades en cabezas de turco, ya sea con consentimiento del injustamente inculcado, normalmente a cambio de una compensación económica, ya sea sin su consentimiento.

¹⁶¹⁸ En este sentido LOWELL, A. D.; MAN, C. D., “Federalizing Corporate Internal Investigations...ob. cit., pp. xix, refiere varios casos en los que el gobierno rechaza desestimar los cargos de obstrucción a la justicia por actuaciones obstaculizadoras de los empleados de una corporación en el marco de una investigación interna.

designado para actuar en el proceso en nombre de la entidad, no queden amparadas por el principio *nemo tenetur se ipsum accusare*, como instrumento del derecho de defensa.

A mayor abundamiento, en la lista tasada de delitos imputables a las personas jurídicas por la que ha optado el legislador no se ha incluido ningún delito contra la Administración de Justicia (Libro II, Título XX CP), tales como el encubrimiento (arts. 451 a 454 CP), la presentación de testigos falsos o peritos mendaces (art. 461 CP), el intento de influir en la actuación procesal de un tercero (art. 464 CP) y la destrucción de pruebas (art. 465 CP), ni tampoco los relativos a las falsedades documentales, consistentes en presentar en juicio documentos a sabiendas de su falsedad (art. 393 CP) o en falsear documentos privados (arts. 395 y 396 CP) o certificados (art. 399 CP). Por lo tanto, si la entidad, fraudulentamente, obstaculiza la investigación, manipulando o falseando las fuentes de prueba, de tales comportamientos no se derivará responsabilidad penal para la misma. Por eso, de *lege ferenda*, se propone que los delitos señalados sean incluidos entre los imputables a las personas jurídicas para que, aun respetando sus derechos de defensa y a la no autoincriminación, las conductas fraudulentas que emprenda para frustrar la investigación puedan ser perseguidas.

Otra forma de contrarrestar este riesgo para el descubrimiento de la verdad pasaría por realizar un estricto control público sobre la veracidad y la completitud de los resultados de las pesquisas privadas. Desde luego, las garantías del debido proceso y la imparcialidad del juzgador vendrían a contrarrestar los riesgos de una investigación preprocesal tendenciosa¹⁶¹⁹. En este sentido, cuando la persona jurídica realizase una investigación interna y, posteriormente, entregase a las autoridades públicas los resultados de la misma, aun cuando tales resultados contuviesen confesiones por parte de ciertos miembros de la organización, reconociendo su responsabilidad personal en los hechos, las autoridades públicas no deberían asumir acriticamente el resultado de las indagaciones privadas sino que, por el contrario, habrían de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento sobre la verdad de las mismas¹⁶²⁰. En definitiva, es preciso advertir que las investigaciones internas empresariales no deben ser sustitutivas de las investigaciones oficiales, ni eximen a las autoridades públicas de desarrollar sus funciones de investigación de los delitos, sino que han de ser entendidas, en su caso, si es que llegan a generalizarse, como un mero complemento para agilizar las investigaciones públicas.

¹⁶¹⁹ Sobre el debido proceso y la imparcialidad judicial, como garantías de la verdad, frente a la determinación de los hechos a través de acuerdos véase TARUFFO, M., *Simplemente la verdad: el juez y la construcción...* ob. cit. pp. 134-145.

¹⁶²⁰ En la misma línea, el art. 406 LECrim establece que la confesión del procesado no dispensará al Juez de Instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito, para lo cual deberá interrogar al procesado confeso a fin de que explique todas las circunstancias del delito, si fue autor o cómplice y si conoce a algunas personas que fueron testigos o tuvieron conocimiento del hecho.

4.2.2.2.- Los riesgos para los derechos de los trabajadores

Por otra parte, al no encontrarse las investigaciones internas reguladas ni supervisadas por un poder público, es posible que la entidad se extralimite en esa tarea de recopilación de elementos de prueba y de descubrimiento de delitos, sin observar el debido respeto a los derechos fundamentales de los sujetos investigados, en su afán por recabar pruebas incriminatorias frente a ellos.

En este punto, es preciso hacer referencia a los problemas que, en la práctica estadounidense, plantean tales investigaciones, donde muchas veces los individuos investigados son objeto de coerciones y engaños, en un contexto desregulado en el que no pueden invocar las protecciones que la Constitución les otorgaría en el marco de un proceso penal¹⁶²¹, tales como el derecho de asistencia letrada, el derecho a no declarar o el derecho a la presunción de inocencia, siendo sus únicas salvaguardias las proporcionadas por el Derecho laboral y por su contrato de trabajo¹⁶²².

Por otra parte, resulta evidente que la empresa que realiza una investigación interna puede acceder a las comunicaciones de sus empleados, al registro de sus llamadas o de páginas web visitadas, de un modo más sencillo que las autoridades públicas, por lo que, cabe afirmar que los costes de acceso a esa información son menores que en el proceso penal. Ahora bien, tales costes son menores en la misma medida en que lo son las garantías para los individuos investigados¹⁶²³. Esta concepción de la investigación pugna con la comprensión del proceso como sistema de garantías, en tanto que se prima la eficacia meramente formal, referida fundamentalmente al tiempo y al coste, frente a la eficacia material¹⁶²⁴, que atiende a la función del proceso penal, no como instrumento de represión, sino como garantía de la libertad¹⁶²⁵.

¹⁶²¹ En este sentido, GREEN, B. A.; PODGOR, E. S., “Unregulated Internal Investigations...ob. cit., pp. 76 y 88, señalan que las investigaciones corporativas internas, a diferencia de las conducidas por el gobierno, no están sujetas a las reglas del procedimiento, en tanto que tales normas se orientan a proteger a los individuos frente a las extralimitaciones del Estado.

¹⁶²² En este sentido, señalan COYNE, J. F.; BARKER, C. F., “Employees’ rights and duties during an internal investigation” en B. D. Brian; B.F. McNeil (eds.), *Internal Corporate Investigations*, 2ª ed., American Bar Association, United States of America, 2003, pp. 169-200, pp. 172-174, que la Constitución no limita el poder de los empleadores privados en una investigación interna porque tales inquisiciones no constituyen acción estatal. Por eso, los derechos de los empleados en el marco de la investigación estarán protegidos únicamente por los derechos derivados de su contrato de trabajo y, en su caso, por la protección que les otorga la legislación sobre *whistleblowing*; En la misma línea, se pronuncia GREEN, B. A.; PODGOR, E. S., “Unregulated Internal Investigations...ob. cit., p. 88, señalando como únicas garantías de los empleados las establecidas en el contrato de trabajo o las implícitas en la relación contractual.

¹⁶²³ Cfr. NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

¹⁶²⁴ Esta distinción entre la eficacia formal y material es claramente explicada por MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad...ob. cit.*, p. 147 y 150, quien advierte que, el proceso penal, concebido constitucionalmente como garantía de las personas en la aplicación del Derecho Penal, podría convertirse en algo que debe ser preferentemente evitado, y ello atendiendo a razones de economía de esfuerzos personales y de medios materiales. De este modo, el proceso mismo se convierte de hecho, no ya en garantía, sino en amenaza; el acusado no ve ya en el proceso la garantía básica de sus derechos, sino algo que utiliza la acusación como instrumento para la agravación de las penas; No se comparte, en este punto, la opinión de GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal...ob. cit.*, p. 63, cuando señala que las

En definitiva, aunque el nivel de protección de los derechos fundamentales no tiene porqué ser idéntico en la relación Estado-ciudadano y en la relación empleador-empleado, hay que partir de la base de que los derechos fundamentales constituyen un límite infranqueable para la actividad de *compliance* empresarial, lo que abarca las actividades de prevención, supervisión y control y también las de investigación y descubrimiento de los delitos¹⁶²⁶. Así pues, todas estas actividades, que la entidad debe desarrollar, para evitar incurrir en responsabilidad penal o para ver rebajada su condena, han de ser respetuosas con los derechos fundamentales de los sujetos investigados. A tal fin, se advierte la conveniencia de regular legalmente, o al menos en los códigos de conducta internos de las empresas, la forma en que tales investigaciones deben compatibilizarse con los derechos de los sujetos investigados, determinando si los derechos procesales previstos en el art. 24 CE resultarían reclamables en este contexto, así como delimitando el ámbito de protección de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los individuos.

4.3.- Derechos fundamentales, prueba ilícita e investigaciones internas

Tal y como acaba de manifestarse, uno de los riesgos más severos que presentan las investigaciones internas que desarrollan las empresas recae sobre los individuos investigados. Así, en Estados Unidos, las investigaciones internas vienen a constituir una suerte de “atajo” a través del cual, los fiscales consiguen las pruebas o evidencias precisas para proceder penalmente contra los responsables individuales de los delitos, sin necesidad de respetar los derechos constitucionales de tales individuos, que son interrogados por los abogados de empresa, sin derecho a no declarar y sin asistencia letrada, con técnicas no siempre acordes con la deontología profesional y que pocas veces llegan a ser revisadas por la autoridad judicial. Allí, la responsabilidad de las personas jurídicas es vista, por algunos, como un instrumento en manos del fiscal para forzar la cooperación de la entidad y para desvirtuar ciertas garantías que dificultan la persecución penal¹⁶²⁷. Los riesgos que esto supone no son en absoluto desdeñables. El

políticas legislativas tendentes simplificar los procedimientos, potenciando el sobreseimiento por razones de oportunidad o las conformidades, no han ocasionado merma alguna del derecho de defensa.

¹⁶²⁵ Sobre la protección del derecho a la libertad como función del proceso penal afirma GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal...* ob. cit., pp. 59-60, que, “en un Estado de Derecho, la función del proceso penal no puede identificarse exclusivamente con la aplicación del *ius puniendi*, y ello, por la sencilla razón de que también está destinado a declarar el derecho a la libertad del ciudadano inocente” e incluso a restablecerlo puntualmente a través del *habeas corpus*. Además, hay que tomar en consideración que el derecho a la libertad, en tanto que derecho fundamental y valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), ocuparía una posición preferente frente a la potestad jurisdiccional de imposición de penas.

¹⁶²⁶ Sobre el límite que los derechos fundamentales de los empleados supone para la actividad de cumplimiento normativo de la organización, véase NEIRA PENA, A. M^a., “Medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad en el seno de la empresa: *compliance programs* y persecución penal” en V. Gimeno Sendra; M.T. Regueiro García (dirs.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*, Universitas, Madrid, 2015, pp. 487-506

¹⁶²⁷ En este sentido, DISKANT, E. B., “Comparative corporate criminal liability...ob. cit., p. 132, critica la responsabilidad penal de las personas jurídicas por su conceptualización como herramienta en manos

fiscal tiene en sus manos, a través de la política de incentivos, la posibilidad de cambiar el marco jurídico que regula la obtención de información en un proceso penal, en tanto que las investigaciones internas se rigen por el Derecho del trabajo y parten de la relación de sujeción empresario-trabajador y no de la relación Estado-ciudadano investigado¹⁶²⁸.

Por eso, deben existir límites a los poderes de investigación del empresario¹⁶²⁹, sobre todo si se pretende que la información recabada en el marco de tales pesquisas internas acceda al proceso penal. De lo contrario, se correría el riesgo, no sólo de vulnerar los derechos de tales individuos, sino de entorpecer el descubrimiento de la verdad, así como el ejercicio del *ius puniendi*, en tanto que una investigación interna vulneradora de los derechos de los empleados, podría llegar a invalidar pruebas de cargo esenciales¹⁶³⁰.

No es posible ignorar que los sistemas de vigilancia y control, orientados a prevenir delitos, y las investigaciones internas como mecanismos reactivos, pueden suponer limitaciones o injerencias en los derechos fundamentales de los miembros de la entidad, o renunciaciones a los suyos propios, en orden a conseguir un trato penológico más favorable o, incluso, en el contexto norteamericano, en orden a evitar una acusación formal. Así pues, la obligación que pesa sobre las personas jurídicas, o sobre sus dirigentes actuando en su capacidad representativa, de ejercer el debido control sobre los agentes de la entidad, puede colisionar con los derechos fundamentales de estos últimos. Tales individuos poseen derechos como su libre autodeterminación, su libertad o su intimidad, de los que no pueden ser despojados y cuyas limitaciones en el entorno laboral deben de ser las mínimas imprescindibles para asegurar el correcto desempeño de sus funciones¹⁶³¹.

En este punto, resulta fundamental recordar que los derechos fundamentales de los miembros de la entidad constituyen un límite infranqueable a la actividad de *compliance* empresarial¹⁶³², al igual que limitan el resto de las facultades organizativas y de

del fiscal para manipular ciertos aspectos del proceso penal americano; También, en la misma línea, se puede ver NEIRA PENA, A. M^a., “Corporate Criminal Liability: Tool or obstacle...ob. cit., pp. 197-210.

¹⁶²⁸ NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

¹⁶²⁹ Desde un punto de vista extraprocesal NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit. recuerda que “no es posible asentar un Código basado en valores éticos si en las investigaciones internas se afectan garantías básicas del Estado de Derecho, como los derechos de defensa o el derecho a no autoincriminarse”.

¹⁶³⁰ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit., ejemplifica la cuestión diciendo que, si la empresa interroga a testigos esenciales o incluso a los sospechosos, ello puede hacer menos eficaz una investigación por parte del Ministerio Público. Igualmente, si accede a comunicaciones de los empleados, por ejemplo los correos electrónicos, violando sus derechos fundamentales, ello podría invalidar pruebas esenciales para la condena. Puede ocurrir también que la investigación interna no extraiga debidamente la información almacenada en los ordenadores de la empresa, con lo cual después en el proceso penal se ponga en duda su autenticidad.

¹⁶³¹ El TC en la STC 99/1994, de 11 de abril, F. J. 4, dispuso que, partiendo del principio de que el trabajador no pierde sus derechos por integrarse en una organización privada, no puede desconocerse que la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos, si bien tan sólo en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva (la cursiva es mía).

¹⁶³² Así lo entiende, igualmente, ALCÁCER GUIRAO, R., “Cumplimiento penal por la persona jurídica...ob. cit.

dirección y control del empresario¹⁶³³. Así pues, el celo por descubrir las malas prácticas corporativas no puede suponer el sacrificio de los derechos fundamentales de los individuos, por lo que, es preciso buscar un equilibrio entre los deberes de la entidad en orden al descubrimiento y la prevención de delitos y el necesario respeto a los derechos de sus agentes. Por eso, cuando una persona jurídica está desarrollando una investigación interna, debe acudir a las autoridades si, para investigar los hechos presuntamente delictivo, para poner fin a la actuación ilícita o para prevenir futuros delitos, considera necesario acordar medidas restrictivas de derechos, que escapan a sus facultades de vigilancia y control o, en su caso, acordar medidas cautelares frente a algún sujeto particular¹⁶³⁴.

Si el empresario se extralimita en sus medidas de vigilancia y control, vulnerando los derechos fundamentales de sus empleados, ya sea para proteger el patrimonio empresarial, el del resto de los trabajadores o para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, ya sea para prevenir y detectar conductas delictivas que puedan producirse en su seno, tal intromisión ilegítima en un derecho fundamental pueda tener consecuencias jurídicas en diversos ámbitos: así, en el ámbito laboral, donde puede suponer, por ejemplo, la improcedencia o nulidad de un despido, en el ámbito civil, en el que podría nacer una eventual responsabilidad patrimonial tutelada a través de la L. O. 1/1982, de 5 de mayo, de PCDHIPFPI¹⁶³⁵ o, incluso, en el ámbito penal, siempre que la conducta sea constitutiva de delito, pudiendo, previsiblemente, encajar en alguno de los tipos previstos en los arts. 197 y ss. CP, recogidos bajo la rúbrica del descubrimiento y revelación de secretos.

Por otra parte, la persona jurídica que implementa medidas de control demasiado invasivas, además de arriesgarse a cometer un delito de descubrimiento y revelación de secretos y a incurrir en una responsabilidad civil, no podrá beneficiarse de la atenuante del art. 31 quáter b) CP consistente en la aportación de pruebas decisivas para el esclarecimiento de las responsabilidades derivadas del delito, ya que se sobreentiende, aunque el CP no lo diga expresamente, que tales pruebas además de nuevas y decisivas habrán de ser lícitas, no pudiendo, por lo tanto, haberse obtenido con vulneración, directa o indirecta, de ningún derecho fundamental.

Además de tales consecuencias de orden material, la vulneración de un derecho fundamental por el empresario, en orden al descubrimiento de los delitos, también puede tener consecuencias o costes en el plano procesal¹⁶³⁶. En este sentido, aunque el art. 11.1 LOPJ, que consagra la ineficacia de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, encuentra su ámbito natural de aplicación en las

¹⁶³³ Cfr. STC 292/1993, de 18 de octubre, F. J. 4º.

¹⁶³⁴ RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde...* ob. cit., pp. 135-136.

¹⁶³⁵ L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (B.O.E núm. 115, de 14 de mayo de 1982); Sobre esta responsabilidad civil derivada de los daños a los derechos de la personalidad, véase YZQUIERDO TOSADA, M., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, Capítulo XXII, en AA.VV., L. F., Reglero Campos; J. M., Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 1366-1498.

¹⁶³⁶ En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, R., “Cumplimiento penal por la persona jurídica...ob. cit, distingue entre los costes penales y procesales de la actividad empresarial de vigilancia.

investigaciones estatales, las fuentes de prueba obtenidas por particulares y, por lo tanto, las recopiladas en las investigaciones internas, a pesar de su carácter extrajudicial y prejudicial, no resultan totalmente ajenas a tal regla legal¹⁶³⁷.

Habrà que convenir, por lo tanto, que, cuando haya habido una intromisi3n ilegítima en un derecho fundamental, las pruebas así obtenidas serán nulas de pleno derecho y, carentes, por tanto, de todo valor probatorio, con el consiguiente menoscabo para el interés público en la persecuci3n de los delitos, independientemente de que la vulneraci3n se haya producido en el marco de una investigaci3n pública o privada¹⁶³⁸, tomando en consideraci3n, además, que el art. 11.1 LOPJ no distingue si el autor de la vulneraci3n ha de ser un agente de la policí3a, de la fiscalí3a, de la judicatura o un particular. Y es que, entender que la obtenci3n de pruebas por la persona jurídica, en tanto que obtenidas por un particular, no est3 sujeta a límites, serí3a tanto como admitir que el legislador premia con efectos atenuantes, y por lo tanto incentiva jurídicamente, la vulneraci3n de los derechos de los empleados por parte de sus empleadores. Por eso, cuando tales pruebas se intenten hacer valer en el seno de un proceso penal para destruir la presunci3n de inocencia de los individuos a los que la investigaci3n interna seña3a como responsables, el Juez deber3 inadmitir aquellas que considere que se han obtenido ilícitamente.

La eficacia de los derechos fundamentales exige que tales investigaciones privadas se sujeten a una regulaci3n legal que establezca de qué forma deben compatibilizarse con los derechos de los sujetos investigados. En este sentido, serí3a preciso determinar, por un lado, si en el marco de tales investigaciones resultan de aplicaci3n los derechos procesales previstos en el art. 24 CE y, por otro, cuáles son los límites que el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de los individuos imponen, en relaci3n

¹⁶³⁷ De hecho, la STC 114/1984, de 29 noviembre, que fue la primera que se ocup3 de la ilicitud de las pruebas obtenidas con violaci3n de derechos fundamentales, se enfrent3 con un caso de este tipo, relativo a una infracci3n laboral que motiv3 un despido basado en unas declaraciones de un trabajador que fueron grabadas por el representante de la entidad; Así mismo, en la STS (Sala 2ª) núm. 206/1995, de 10 de febrero, RJ 1995/814, se consider3 ilícita la prueba obtenida con vulneraci3n del derecho al secreto de las comunicaciones por un particular que, creyéndose err3neamente el destinatario de la misma, abri3 una carta que contenía cocaína. De esta resoluci3n, deduce MIJANGOS GONZÁLEZ, J., “Prueba ilícita”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 2013, pp. 223-231, p. 231, que los efectos anulatorios se producen aunque la violaci3n de derechos fundamentales los haya producido un particular y no la autoridad; En la misma línea, HAIRABEDIÁN, M., “La prueba obtenida ilícitamente por particulares”, *Nueva Doctrina Penal*, 2001, núm. 2, pp. 663-676, pp. 668-672, sostiene que los argumentos axiol3gicos y de prevenci3n y disuasi3n que fundamentan la prueba prohibida, son extensible a aquellos casos en que las evidencias son obtenidas ilegalmente por particulares; Igualmente MUÑOZ CONDE, F., “Prueba prohibida y valoraci3n de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 96-123, pp. 110-111, asume que la regla del art. 11.1 LOPJ se aplica siempre que haya habido una vulneraci3n de derechos fundamentales en la obtenci3n de la prueba, sin distinguir entre particulares y poderes estatales; Tambi3n parece partir de su aplicaci3n extrajudicial, ASENCIO MELLADO, J. Mª., “La exclusi3n de la prueba ilícita en la fase de instrucci3n como expresi3n de garantía de los derechos fundamentales”, *Diario La Ley*, núm. 8009, 25 de enero de 2013, al referirse a un supuesto de prueba ilícita en el que un tercero hace una captaci3n de correos que envía al Juzgado y a los medios de comunicaci3n, sin necesidad de que tal tercero sea una autoridad pública.

¹⁶³⁸ En este sentido, NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit., afirma que la afectaci3n al derecho fundamental, ya sea a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, debe tener como consecuencia la inutilizaci3n de ese material probatorio, ya que la doctrina de la prueba prohibida debe tener idéntico contenido con independencia de si la vulneraci3n de derechos fundamentales en la investigaci3n se ha realizado en el marco de una investigaci3n pública o privada.

con las obligaciones de vigilancia y control, idóneas para prevenir delitos, que pesan sobre la entidad. Pues bien, como criterio general, cabe señalar que los particulares que invocan o ejercen un poder de interferencia en los derechos ajenos, en su relación con otros particulares, como señaladamente ocurre en el ámbito empresarial entre el empresario y el trabajador, quedarán vinculados por los derechos fundamentales¹⁶³⁹.

Respecto de los derechos sustantivos, concretamente el derecho a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, parece evidente que han de suponer un límite para las medidas de vigilancia y control del empresario, así como para la entidad que decide emprender una investigación interna. En este contexto, resultará clave el concepto de expectativa razonable de privacidad que ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Suprema americana¹⁶⁴⁰ e importado, primero, por el TEDH¹⁶⁴¹ y después por el TC español¹⁶⁴². Aun cuando en el entorno laboral se da una suerte de “relación de especial sujeción” del trabajador, que debe soportar determinadas medidas de control necesarias para que el empleador pueda cumplir con sus deberes de supervisión, vigilancia y control, esto no implica, que el empleado quede desprovisto de protecciones frente al empresario. En este sentido, es necesario tomar en consideración que *“el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones tiene lógicamente una distinta intensidad según su afectación tenga lugar en la relación estado-ciudadano que en la de empleado-empresario, pero una vez que se constata la vulneración de un derecho fundamental las consecuencias deben ser similares”*¹⁶⁴³.

Ahora bien, el problema de más difícil resolución, será determinar en qué medida tales investigaciones internas, sobre todo cuando se orientan a colaborar con la Administración de justicia en el descubrimiento y la persecución pública de los delitos, deben respetar los derechos procesales de los individuos investigados. En este sentido, se hace necesario aclarar si derechos tales como el ser informado de la acusación, el de asistencia letrada, el derecho a no declarar o el derecho a la presunción de inocencia, son extensibles al ámbito de las investigaciones internas empresariales.

4.3.1.- Los derechos procesales como límite a las investigaciones internas empresariales

Partiendo de la base de que las investigaciones internas constituyen una suerte de privatización del proceso penal, se plantean muchas dudas sobre las garantías de las que

¹⁶³⁹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Criterios de eficacia de los derechos...ob. cit., p. 203.

¹⁶⁴⁰ El concepto de *“reasonable expectation of privacy”* fue desarrollado originalmente en *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)

¹⁶⁴¹ En este sentido, la jurisprudencia del TEDH determina que el principio que debe guiar lo que abarca la información privada de una persona es que la persona tenga una razonable expectativa de privacidad en relación a la información en cuestión. Ver, por todas, STEDH de 18 enero 2011. Caso *Mgn Limited c. Reino Unido*, párrafo 87.

¹⁶⁴² Asimismo, véase, la STC 241/2012, de 17 diciembre, así como la evolución de la doctrina constitucional al respecto en RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “El principio de la expectativa razonable de confidencialidad en la STC 241/2012, de 17 de diciembre”, *Diario La Ley*, núm. 8122, 9 de julio de 2013.

¹⁶⁴³ NIETO MARTÍN, A; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

han de disfrutar los sujetos investigados. Y es que, careciendo tales investigaciones de regulación legal, no está claro si las garantías procesales previstas en el art. 24 CE les resultarían aplicables o no. Así pues, se hace preciso determinar si el trabajador que es interrogado en el marco de la relación laboral por su empleador o por el abogado de empresa goza del derecho a no declarar, del derecho de asistencia letrada o del derecho a la presunción de inocencia o si, al menos, podría alegar su derecho a no declarar para abstenerse de contestar a una determinada pregunta cuando sabe que el empresario pretende denunciarle ante las autoridades. Igualmente, no está claro si, tomando en consideración los derechos a no declarar y a la presunción de inocencia, el trabajador que se niega a colaborar en una investigación interna de la entidad podría ser despedido por tal motivo, o si sería posible utilizar sus declaraciones, prestadas bajo amenaza de despido, como pruebas en un proceso penal.

A primera vista, la respuesta a la aplicación de los derechos procesales en el marco de las investigaciones privadas de las empresas podría resultar negativa, en tanto que tales garantías responden a la finalidad de limitar el poder estatal de penar, que se ejerce a través del proceso, como instrumento exclusivo de aplicación del *ius puniendi*. Por lo tanto, en ausencia de un proceso penal público las garantías procesales carecerían de sentido. Por otra parte, también cabría argumentar que la prueba ilícita y, por lo tanto, la regla del art. 11.1 LOPJ, no se refiere a los derechos procesales, sino a los materiales, debiendo alegarse la vulneración de los derechos procesales por la vía del art. 240 LOPJ¹⁶⁴⁴.

A mayor abundamiento, extender la aplicación de los derechos fundamentales de carácter procesal, tales como el derecho a no declarar, a contextos ajenos a su natural ámbito de aplicación, cual es, el proceso penal público, puede implicar ciertos riesgos. En concreto, imponer a las entidades privadas requerimientos análogos a los que informan la actuación de las autoridades públicas a la hora de recopilar fuentes de prueba, podría incrementar las posibilidades de que pruebas importantes resultasen nulas, ya sea por errores en su adquisición, ya sea por malas prácticas de las corporaciones que, deliberadamente, pretendan invalidar ciertos materiales probatorios¹⁶⁴⁵.

Sin embargo, desde el punto de vista opuesto, se argumenta que negar la necesidad de respetar las garantías procesales en el marco de las investigaciones internas, incrementa el riesgo de que las autoridades usen a la entidad como agente o brazo ejecutor de sus investigaciones, empleando las indagaciones internas para acceder a las fuentes de

¹⁶⁴⁴ Así, entiende ASENCIO MELLADO, J. M^a, “La exclusión de la prueba ilícita...ob. cit., que la vulneración de los derechos procesales debería ser puesta de manifiesto por la vía del art. 240 LOPJ que sirve para decretar la nulidad de actos procesales violatorios de derechos procesales. Ahora bien, en el supuesto que se plantea aquí, la diferencia es que tales derechos procesales no son vulnerados por actos procesales, ni en el seno de un proceso, sino en una etapa extrajudicial y por los particulares.

¹⁶⁴⁵ En este sentido, advierte FIRST, H., “Branch office of the prosecutor...ob. cit., p. 80, que otorgar a las entidades privadas el poder de viciar de nulidad las declaraciones de sus agentes podría conducir a que éstas provocasen nulidades a propósito haciendo imposible la persecución de los ejecutivos de la entidad, fraude que el autor denomina gráficamente “*immunity baths*”.

prueba sin necesidad de respetar tales derechos¹⁶⁴⁶. De hecho, no falta quien interprete la autorregulación y las investigaciones internas como una forma de delegación a la empresa de la “*potestad -tanto material como procesal- de ejercer el ius puniendi sobre quienes se encuentran sometidos a su soberanía*”, esto es, sus trabajadores en sentido amplio¹⁶⁴⁷. En este sentido, se afirma que poner el foco en la obtención de pruebas del delito compromete sistemáticamente los derechos de los trabajadores, incluido el derecho a no declarar¹⁶⁴⁸.

El último riesgo referido se hace patente en Estados Unidos, donde la doctrina critica severamente el hecho de que las investigaciones internas sean empleadas por la Fiscalía para obtener información de los miembros de la entidad, muchas veces de contenido autoincriminatorio, sin ninguna de las garantías procesales del sistema de justicia penal que, de ordinario, asisten a quienes son acusados por un delito¹⁶⁴⁹. Esta situación resulta inaceptable dado que el aprovechamiento de las investigaciones internas, por parte del Estado, no debería servir para circunvalar las garantías del proceso penal y, en particular, el derecho a no declarar contra uno mismo¹⁶⁵⁰.

Si el encargado de la investigación en el seno de la empresa, que puede ser el *chief compliance officer*, el abogado interno u otro agente de la misma, fuerza a los empleados, directivos o demás integrantes de la entidad, a declarar sobre su participación en ciertos hechos presuntamente delictivos, bajo la advertencia de ser sancionados disciplinariamente, incluso con el despido, cabe interpretar que tales declaraciones no han sido prestadas de forma totalmente libre y voluntaria, con lo que su validez como prueba en un ulterior proceso penal podría ponerse en entredicho por haberse obtenido con vulneración del derecho de tales individuos a no declarar contra sí mismos. En este sentido, hay que reiterar que los particulares que invoquen en su favor una determinada función que les habilite para interferir en los derechos ajenos sin ser servidores públicos, en la medida en que invoquen y ejerzan tal poder en relación con otros particulares, quedarán vinculados por los derechos fundamentales, de tal forma que, si el poder privado puede sancionar deberá respetar garantías análogas a las del poder público¹⁶⁵¹.

Puede resultar útil, en este punto, traer a colación la STS de 1 marzo de 1996 en la que se inadmite como prueba una conversación mantenida por cuatro personas y grabada por uno de los interlocutores por vulneración del derecho a no declarar contra uno

¹⁶⁴⁶ Así pues, GRIFFIN, L. K. “Compelled cooperation and the new corporate...ob. cit., p. 360, sostiene que, aunque la coerción no sea directamente ejercida por los poderes públicos, en algunos casos, se puede entender que la corporación actúa como el brazo ejecutor del gobierno; En la misma línea, HAIRABEDIÁN, M., “La prueba obtenida ilícitamente por...ob. cit., p. 872, afirma que “*la valoración de las evidencias tomadas ilegalmente por particulares, puede constituir un atajo o invitación para que los agentes estatales utilicen a terceros en la adquisición de pruebas mediante mecanismos vedados y así lograr ingresarlos al proceso*”.

¹⁶⁴⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 233.

¹⁶⁴⁸ Cfr. LAUFER, W. S., “Corporate Prosecution, Cooperation...ob. cit., p. 652.

¹⁶⁴⁹ DUGGIN, S. H., “Internal Corporate Investigations...ob. cit., p. 952.

¹⁶⁵⁰ NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.; GRIFFIN, L. K. “Compelled cooperation and the new corporate...ob. cit., p. 360; DISKANT, E. B., “Comparative corporate criminal liability...ob. cit., p. 132.

¹⁶⁵¹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Criterios de eficacia de los derechos...ob. cit., pp. 203 y 206.

mismo. Para ello la citada resolución afirma que “*El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporada a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que si ésta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales es nula de pleno derecho. La Sala sentenciadora de acuerdo con esta doctrina proclamada expresamente prescinde por completo de cuantas manifestaciones se hicieron en la conversación grabada ya que, desde un punto de vista estrictamente procesal, se hicieron de manera provocada y sin estar revestidas de las garantías que aporta la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar a y no confesarse culpable*”. Lo mismo sucede, tal y como señala MUÑOZ CONDE, “*cuando se utilizan agentes encubiertos o confidentes que graban conversaciones con el presunto responsable (con el que, por ejemplo, conviven en la misma celda) y luego esas grabaciones se utilizan como pruebas en el proceso, pues está claro que en estos casos la Policía, o el agente estatal que sea, está incumpliendo su obligación de proporcionarle asistencia jurídica al sospechoso en su declaración y de advertirle a éste que todo lo que diga puede ser utilizado en su contra*”¹⁶⁵². Así pues, cabe advertir que, aunque el ámbito natural de aplicación del derecho a no declarar es el del proceso penal, cuando una conversación entre particulares se encuentra preordenada a aportar tales pruebas a un futuro proceso, la garantía puede encontrar cierta aplicación extrajudicial.

En cuanto a la procedencia o improcedencia del despido de quien se niega a colaborar en una investigación interna, se trata de una cuestión que debe ser resuelta de acuerdo con el Derecho Laboral. Hay que tomar en consideración, en este sentido, que sobre el empleado pesa el deber de rendir cuentas ante el empleador, en relación con las funciones que tiene encomendadas en el seno de la entidad, así como de cumplir las órdenes e instrucciones del empresario, en el ejercicio regular de sus facultades directivas¹⁶⁵³. Por eso, cabe entender que, cuando las preguntas que se le planteen estén directamente relacionadas con los cometidos del trabajador en la empresa, su negativa a colaborar o a contestarlas podría justificar su despido. En este contexto, el empleador tendría derecho a esa información y el derecho a no declarar carecería de sentido¹⁶⁵⁴. Por otra parte, si concurren indicios de que el trabajador en cuestión ha cometido o está cometiendo un delito con los medios o bajo la cobertura de la entidad, entraría dentro de las legítimas facultades disciplinarias de la entidad sancionarle, incluso, con el despido.

En definitiva, requerir la aportación de información sobre ciertos hechos ocurridos en el seno de la empresa, entraría dentro de las facultades de control del empresario, al menos cuando tales hechos pudiesen desencadenar la responsabilidad, penal o, incluso, civil, de la entidad, o sirviesen para verificar el correcto desempeño de los trabajadores en la entidad. Sin embargo, el empleado sólo vendría obligado a colaborar cuando las preguntas que se le planteasen estuviesen directamente relacionadas con sus funciones en la empresa, esto es, con las obligaciones laborales derivadas de su contrato de trabajo. Por consiguiente, cuando lo que se pretende es realizar una investigación sobre la comisión de un presunto hecho delictivo, salvo que exista una sospecha frente a un

¹⁶⁵² MUÑOZ CONDE, “Prueba prohibida y valoración de las...ob. cit., p. 107.

¹⁶⁵³ Así lo dispone el art. 5. b) ET, al detallar los deberes básicos del empleado.

¹⁶⁵⁴ NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

determinado trabajador, sólo aquellos empleados o directivos con facultades de supervisión, vigilancia y control, estarían directamente obligados a cooperar con la investigación, en tanto que, sólo a ellos corresponde el cometido de prevenir delitos y de mantener los riesgos criminales de la entidad en niveles jurídico-penalmente aceptables.

En este orden de ideas, cabría argumentar que, resultando legítimo el despido del trabajador por negarse a colaborar con una investigación relativa a delitos supuestamente cometidos en el desarrollo de sus funciones o respecto de los cuales se sospecha que podría ser el responsable, la presión a la que se ve sometido tal sujeto no invalidaría su declaración, en tanto que se encontraría legalmente justificada por la relación laboral subyacente. Ahora bien, resulta evidente que los trabajadores actúan bajo una enorme presión al ser amenazados con ser despedidos si no colaboran con la investigación¹⁶⁵⁵, lo que sin duda supone un cierto grado de coerción en la prestación de sus declaraciones o, al menos, revela que estas no son enteramente libres o espontáneas. Por eso, sobre todo cuando las investigaciones internas aparecen encaminadas a colaborar con un proceso en marcha, o auspiciadas por la Policía o la Fiscalía como órganos públicos de investigación, deberían respetar unas mínimas garantías en su obtención si pretenden ser, posteriormente, utilizadas como fuentes de prueba en el juicio penal, pudiendo, en otro caso, ser declaradas nulas.

Así pues, para atenuar esta tensión, NIETO MARTÍN propone que el investigador interno, antes de entrevistar a un empleado, le informe con claridad sobre su situación legal, sobre sus derechos y sobre el destino que pretende dársele a sus declaraciones, dejando absolutamente claro que el abogado representa en exclusiva los intereses de la entidad, que no tienen por qué coincidir con los del trabajador¹⁶⁵⁶. Con esta forma de proceder, se posibilitaría que los individuos investigados pudiesen negarse a declarar cuando entendiesen que sus manifestaciones podrían redundar en su autoincriminación, aunque de esta forma se arriesgasen a sufrir una sanción disciplinaria que podría implicar, incluso, su despido. Además, se legitimaría a la empresa para aportar, *a posteriori*, al proceso penal, la información dada por sus empleados, sin que pueda objetarse que la misma ha sido obtenida mediante coerción o engaño¹⁶⁵⁷. En definitiva, se trata de que el individuo pueda tomar una decisión libre e informada sobre si colaborar con la investigación o no y de que, al mismo tiempo, sus declaraciones puedan acceder como fuentes de prueba a un eventual proceso penal.

En definitiva, aunque a primera vista, los derechos a no declarar o a la presunción de inocencia, podrían parecer ajenos al procedimiento de recopilación de evidencias en el marco de una investigación intraempresarial, no es menos cierto que tales averiguaciones, como las realizadas en una fase pre-procesal, han de respetar todos los derechos fundamentales de los sujetos investigados, tanto los de carácter material como

¹⁶⁵⁵ GREEN, B. A.; PODGOR, E. S., “Unregulated Internal Investigations...ob. cit., p. 88.

¹⁶⁵⁶ Tales advertencias se han denominado “Miranda empresarial” por sus semejanzas con la instrucción de derechos que se hace a las personas detenidas en Estados Unidos antes de tomarles declaración, conocidas como “*Miranda Warnings*”. En España, recoge esta denominación, NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

¹⁶⁵⁷ Cfr. NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

los de carácter procesal, ya que, en caso contrario, bien el Juez de Instrucción¹⁶⁵⁸, bien el Tribunal sentenciador¹⁶⁵⁹, según la opinión doctrinal que se siga, deberán declarar ineficaces o de nulo valor probatorio las evidencias obtenidas con vulneración de aquéllos. Además, es preciso aclarar que, cuando en la obtención de las fuentes de prueba se vulnera un derecho fundamental, esa ilicitud o ineficacia no se subsana, simplemente, con la introducción en el proceso, de la información así obtenida, a través de un medio de prueba válido, practicado en el marco de un juicio oral, público y celebrado con todas las garantías¹⁶⁶⁰.

Pues bien, así las cosas, si el empresario o su representante interrogan al empleado con la finalidad de cooperar con la investigación penal, éste último puede encontrarse en la disyuntiva de colaborar con su propia condena o de ser despedido¹⁶⁶¹, resultando muy relevante, a efectos de determinar la validez probatoria de sus declaraciones, que el individuo tome una decisión libre e informada y no bajo coerción o engaño. En todo caso, si la sanción con que se advierte al declarante es legítima, o legalmente procedente, lo cual vendrá determinado, normalmente, por la regulación laboral, así como por la forma en que se haya realizado, en su caso, el interrogatorio, será difícil argumentar la nulidad de tal declaración como fuente de prueba. Cabe reiterar, llegados a este punto, que el derecho a la no autoincrimación no protege a los individuos de un despido injusto, sino que los protege del uso procesal de sus declaraciones, prestadas bajo amenaza de sanción, como pruebas para fundamentar su condena penal.

En cuanto al uso de los resultados de tales investigaciones internas en el seno de un proceso penal, en principio, los documentos internos que se pueden generar en el desarrollo de tales indagaciones, ya sean grabaciones u otros documentos que reflejen información sobre las operaciones de la entidad o, en su caso, declaraciones de los trabajadores, podrían ser tomados en consideración y valorados en juicio según las reglas de libre valoración de la prueba (art. 741.1 LECrim), sin perjuicio de que su licitud pueda ser puesta en entredicho por los interesados.

¹⁶⁵⁸ En este sentido, ASENCIO MELLADO, J. M^a., “La exclusión de la prueba ilícita...ob. cit., sostiene que la prueba ilícita no es una mera prohibición de valoración probatoria, sino de uso en general, por lo que su nulidad debe declararse formalmente, de modo inmediato una vez que se conozca, excluyendo físicamente los actos obtenidos con infracción de derechos fundamentales.

¹⁶⁵⁹ Por su parte, GIMENO SENDRA, V., “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)”, *Diario La Ley*, núm. 8021, 12 de febrero de 2013, en línea con la doctrina del TC, sostiene que la vulneración se produce al dar entrada en el proceso, o al utilizar como fundamento de la condena, una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, con lo que, en tales casos, a la inicial vulneración del derecho fundamental material, se añade la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías o del derecho a la presunción de inocencia, siendo el órgano jurisdiccional decisor el encargado de evitar tal vulneración, a través de la exclusión de tal prueba ilícitamente obtenida el acervo probatorio.

¹⁶⁶⁰ Sobre esta cuestión, advierte ASENCIO MELLADO, J. M^a., “La exclusión de la prueba ilícita...ob. cit., que la prueba ilícita es insubsanable, por lo que, “*declarada o conocida la ilicitud de una fuente, el medio no puede ser incorporado aunque se practique conforme a sus exigencias constitucionales y legales*”. Así pues, “*Si la fuentes es ineficaz por infracción de derechos fundamentales, será nulo todo medio a través del cual se incorpore al procedimiento*”.

¹⁶⁶¹ NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

4.3.2.- Los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones como límite a las investigaciones internas empresariales. La expectativa razonable de privacidad

Hasta ahora se ha intentado determinar si es posible y conveniente aplicar los derechos procesales a las investigaciones internas de las empresas, concluyendo que, aun cuando, como regla general, tales derechos resultan ajenos a la relación empleador-empleado, las declaraciones de los empleados, obtenidas en el marco de una investigación empresarial, con coerción o engaño, podrían resultar nulas como prueba, cuando se intenten hacer valer en un proceso penal.

Pues bien, con mayor motivo, cuando los derechos en pugna son materiales, singularmente el derecho a la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones, las pruebas obtenidas con vulneración de los mismos deberían ser consideradas nulas, en tanto que, no cabe duda de que el respeto de tales derechos incumbe igualmente a los particulares, y no sólo a las autoridades públicas. Además, las evidencias obtenidas lesionando tales derechos fundamentales tampoco podrán servir de base para la imposición por parte de la entidad de una sanción disciplinaria, de despido o de otro tipo.

A continuación, se intentará precisar qué criterio emplea la jurisprudencia para determinar cuándo las medidas de supervisión y control de la entidad sobre sus empleados suponen un nivel de injerencia aceptable o, por el contrario, vulneran sus derechos fundamentales determinando, por consiguiente, que las fuentes de prueba así obtenidas carezcan de valor probatorio.

Para establecer cuándo ha existido una extralimitación del empresario en el desarrollo de sus facultades de prevención y detección de los delitos, por vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad o al secreto de las comunicaciones de algún integrante de la misma, es necesario diferenciar dos niveles de análisis. En primer lugar, habrá que comprobar si la medida en cuestión interfiere en el contenido del derecho fundamental. Sólo si tal injerencia ha existido habrá que entrar en el segundo nivel de valoración que servirá para decidir si la injerencia fue proporcionada o no, lo cual determinará su licitud o ilicitud¹⁶⁶² y, por ende, su eficacia o ineficacia probatoria.

Con tal objeto es preciso diferenciar, claramente, el distinto ámbito de protección y régimen jurídico de los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones¹⁶⁶³. Así pues, mientras que la garantía del secreto, dado su carácter

¹⁶⁶² Esta forma de proceder es la empleada por ALCÁCER GUIRAO, R., "Cumplimiento penal por la persona jurídica...ob. cit., que escalamo el análisis en dos estratos: delimitación del derecho fundamental y proporcionalidad de su injerencia; También en VEGAS TORRES, J., *Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011, pp. 19-21.

¹⁶⁶³ Afirma LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., "Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes", AA.VV, *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 79-113, p. 87, en este sentido, que "el derecho al secreto de las comunicaciones, no constituye, frente a lo que es la idea generalmente expresada, una concreción o especie particular del más general derecho a la intimidad del artículo 18.1

formal, se extiende a aquellas comunicaciones que emplean un artificio técnico, que hace especialmente vulnerable la confidencialidad de la que se espera gozar en el proceso comunicativo¹⁶⁶⁴, independientemente del contenido de lo comunicado, la vulneración del derecho a la intimidad, dado su carácter material, dependerá de si el contenido de la comunicación desvela aspectos de la vida privada de los comunicantes, que quepa considerar pertenecientes a su intimidad personal y familiar¹⁶⁶⁵. En el ejercicio de deslinde entre ambos derechos, también es preciso tener en cuenta que la protección del primero de ellos sólo alcanza al proceso de comunicación mismo, pero finalizado éste, la protección constitucional de lo comunicado se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos¹⁶⁶⁶.

Por lo tanto, habrá determinadas medidas, como el registro del despacho de un empleado o de sus efectos personales, que sólo serán susceptibles de afectar al derecho a la intimidad¹⁶⁶⁷, mientras que las injerencias en comunicaciones ajenas podrían afectar simultáneamente al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. En tales casos, se propone analizar, en primer lugar, la vulneración del derecho al secreto, desde una perspectiva formal y, determinada la no injerencia en tal derecho, comprobar si se ha producido una vulneración del derecho a la intimidad¹⁶⁶⁸.

En cuanto a su régimen legal, cabe recordar que la injerencia en el secreto de las comunicaciones requiere siempre, según el art. 18.3 CE, de una autorización judicial. Por lo que, atendiendo a la literalidad del texto constitucional, nunca podría ser legítimamente afectado por el empresario, constituyendo pruebas ilícitas las derivadas

CE". En este punto vale la pena recordar cual es el ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones: se trata de un protección formal -en tanto que se protege lo comunicado independientemente de su contenido-, que garantiza la impenetrabilidad de la comunicación para terceros -y nunca para los propios interlocutores- y que afecta al proceso de comunicación que aún no se ha consumado -por lo que se excluya la protección de lo comunicado una vez que el proceso comunicativo ha finalizado - ver, por todas, STC 70/2002, de 3 de abril, F. J. 9º-. Por su parte, el derecho a la intimidad protege un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, y necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana -ver, por todas, STC 70/2009, de 23 de marzo, F. J. 2º-. Este derecho goza de una protección material, esto es, la protección se establece en función del contenido íntimo y personal del objeto protegido y frente a todos; En la misma línea, la STC 114/1984, de 29 de noviembre, F. J. 7º, señalaba que "*el concepto de secreto en el art. 18.3 tiene un carácter formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido, y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito persona, lo íntimo o lo reservado*" (sic.)

¹⁶⁶⁴ VEGAS TORRES, J., *Obtención de pruebas en ordenadores...* ob. cit., p. 65; Así mismo, sobre el carácter formal del derecho al secreto, véanse, SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 230/2007, de 5 noviembre, F. J. 3º, entre otras.

¹⁶⁶⁵ VEGAS TORRES, J., *Obtención de pruebas en ordenadores...* ob. cit., p. 23.

¹⁶⁶⁶ Ver, por todas, la STC 70/2002, de 3 abril, F. J. 9º; Sobre el tema de la delimitación entre el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad se volverá al tratar la titularidad del derecho al secreto por parte de las personas jurídicas, en el apdo. 5.2.2.1 de este mismo epígrafe.

¹⁶⁶⁷ En este sentido, cabe recordar que, según la jurisprudencia del TC, la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado, sino que existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, F. J. 5º). Así pues, se afirma expresamente que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FF. JJ. 6º a 9º; 186/2000, de 10 de julio, F. J. 5º).

¹⁶⁶⁸ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., "Reflexiones sobre los nuevos..." ob. cit., p. 3.

de tal injerencia¹⁶⁶⁹. Por lo tanto, en buena lógica, la persona jurídica, en principio, no podría establecer controles que implicasen intervenir comunicaciones actuales o en curso de sus empleados. Sin embargo, el TC en su sentencia 241/2012, de 17 diciembre, entendió que no existía expectativa razonable de confidencialidad y que, por lo tanto, no había vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, en el caso de dos trabajadoras que habían instalado un programa, con una operatoria similar a un sistema de telefonía, en un ordenador de uso común, en contra de la orden expresa de sus superiores de no instalar ese tipo de software¹⁶⁷⁰. En esta resolución se aplica el conocido *Katz-test* o juicio de la expectativa razonable de privacidad¹⁶⁷¹ que viene a derogar la reserva de jurisdiccionalidad en la interceptación de comunicaciones, al menos cuando la intervención es realizada por un particular.

Para entender mejor cuál es el ámbito del derecho al secreto de las comunicaciones, es preciso traer a colación la evolución de la jurisprudencia del TC. Así pues, *“en un principio, se entendía que la protección formal del derecho al secreto de las comunicaciones era absoluta, y se basaba en la fuerte presunción de que aquello que transmitíamos por los canales de comunicación no debía trascender sino a aquellos que fueran los destinatarios de la comunicación, o contaran con nuestro consentimiento”*¹⁶⁷². En este sentido, de acuerdo con la doctrina constitucional, bastaba con acreditar un acceso a los datos de tráfico o al contenido de lo comunicado, sin consentimiento del titular ni autorización judicial, para entender vulnerado el derecho¹⁶⁷³. En definitiva, de acuerdo con la jurisprudencia inicial del TC, se podía concluir fácilmente que la investigación interna de la empresa nunca podría interceptar comunicaciones sin autorización judicial¹⁶⁷⁴.

Frente a tal entendimiento del derecho al secreto de las comunicaciones, el acogimiento, por parte del TC, de la doctrina de la expectativa razonable de confidencialidad, habría provocado una *“fisura en la hasta ahora inexpugnable valladar de la protección que brinda el art. 18.3 CE”*¹⁶⁷⁵. En aplicación de tal doctrina, *“quedarían fuera del amparo*

¹⁶⁶⁹ En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, R., “Cumplimiento penal por la persona jurídica...ob. cit., nota 22, puntualiza que, aun cuando la conducta del empresario pudiese entenderse como causa de justificación del delito del art. 197 CP desde un plano jurídico-penal, por entender que se habría actuado en cumplimiento de un deber, procesalmente la prueba seguiría siendo ilícita.

¹⁶⁷⁰ Así, señaló el TC que *“no existiendo una situación de tolerancia (...) al uso personal del ordenador, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial”*. (STC 241/2012, de 17 diciembre de 2012, F. J. 6º); En la misma línea, se pueden ver las SSTs (Sala 4ª, Sección 1ª) de 26 septiembre de 2007, RJ 2007/7514; (Sala 4ª, Sección 1ª) de 6 de octubre de 2011, RJ 2011/7699 y STC 171/2013, de 7 de octubre.

¹⁶⁷¹ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Reflexiones sobre los nuevos...ob. cit., p. 11.

¹⁶⁷² RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Reflexiones sobre los nuevos...ob. cit., p. 9.

¹⁶⁷³ En esta línea, se puede ver, entre otras, la ya citada STC 230/2007, de 5 noviembre, F. J. 3º, en la que se considera que, acreditado y reconocido el presupuesto fáctico del acceso policial al registro de llamadas del terminal móvil intervenido al recurrente sin su consentimiento ni autorización judicial, dicho acceso no resulta conforme a la doctrina constitucional reiteradamente expuesta sobre que la identificación de los intervinientes en la comunicación queda cubierta por el secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE y, por tanto, que resulta necesario para acceder a dicha información, en defecto de consentimiento del titular del terminal telefónico móvil intervenido, que se recabe la debida autorización judicial.

¹⁶⁷⁴ ALCÁCER GUIRAO, R., “Cumplimiento penal por la persona jurídica...ob. cit.

¹⁶⁷⁵ RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Reflexiones sobre los nuevos...ob. cit., p. 11.

*del secreto de las comunicaciones aquellas conversaciones que se supieran accesibles al conocimiento de terceros, por no tomarse ningún género de cautela en cuanto a su ejecución*¹⁶⁷⁶. De ahí que, en la dimensión grupal (por ejemplo, empresarial o familiar) del derecho al secreto, los espacios comunes exigirían, para entrar en el ámbito de protección constitucional, actos inequívocos de los comunicantes, de los que se deduzca que pretenden hacer valer su derecho frente al resto de integrantes del grupo, o que, al menos, se trate de un contexto en el que pueda presumirse que la privacidad va a ser respetada por el grupo¹⁶⁷⁷.

Sin embargo, últimamente, la Sala 2ª del TS, frente a lo establecido por la Sala 4ª del mismo Tribunal, y por el propio TC en las referidas resoluciones, ha vuelto a entender que la autorización judicial es requisito ineludible para la interceptación de las comunicaciones, incluso en el ámbito empresarial. En este sentido, afirma que, el texto constitucional *“no contempla, ninguna posibilidad ni supuesto, ni acerca de la titularidad de la herramienta comunicativa (ordenador, teléfono, etc. propiedad de tercero ajeno al comunicante), ni del carácter del tiempo en el que se utiliza (jornada laboral) ni, tan siquiera, de la naturaleza del cauce empleado (“correo corporativo”), para excepcionar la necesaria e imprescindible reserva jurisdiccional en la autorización de la injerencia. Tampoco una supuesta “tácita renuncia” al derecho (...) puede convalidar la ausencia de intervención judicial, por un lado porque obviamente dicha “renuncia” a la confidencialidad, o secreto de la comunicación, no se produce ni es querida por el comunicante que, de conocer sus consecuencias, difícil es imaginar que lleve a cabo la comunicación objeto de intervención y, de otra parte, porque ni aun cuando se entienda que la “renuncia- autorización” se haya producido resultaría operativa ya que, a diferencia de lo que ocurre con la protección del derecho a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE), nuestra Carta Magna no prevé, por la lógica imposibilidad para ello, la autorización del propio interesado como argumento habilitante para la injerencia*¹⁶⁷⁸.

Por su parte, en relación con el derecho a la intimidad no hay reserva constitucional de jurisdiccionalidad, por lo que caben ciertas limitaciones de tal derecho por los particulares, sobre todo en ciertos ámbitos como el laboral, sin necesidad de autorización judicial y siempre que se respeten las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad. Considero que la diferente regulación constitucional de ambos derechos les atribuye un régimen jurídico distinto¹⁶⁷⁹, de modo que, mientras las intromisiones en la intimidad vendrían regidas por el debido respeto al principio de

¹⁶⁷⁶ Ídem., p. 12.

¹⁶⁷⁷ En este sentido, la STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland c. Reino Unido entiende que la actuación de la autoridad británica quebrantó la expectativa razonable de privacidad de la empleada demandante, dado el ambiente de libertad y permisividad con que se manejaba en su puesto de trabajo, que le había conducido a la creencia o expectativa de que estaba libre del escrutinio de sus comunicaciones por parte del empresario.

¹⁶⁷⁸ STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 528/2014, de 16 de junio, RJ\2014\3451, F. J. 1º. Esta resolución continúa diciendo *“bien claro ha de quedar que en el ámbito del procedimiento penal, (...), para que pueda otorgarse valor y eficacia probatoria al resultado de la prueba consistente en la intervención de las comunicaciones protegidas por el derecho consagrado en el art. 18.3 de la Constitución, resultará siempre necesaria la autorización e intervención judicial, (...), cualquiera que fueren las circunstancias o personas, funcionarios policiales, empresarios, etc., que tales injerencias lleven a cabo”*.

¹⁶⁷⁹ En la STC 70/2002, de 3 de abril, F. J. 10º, se hace hincapié sobre el distinto régimen jurídico existente en relación con la intervención de las comunicaciones y las injerencias en la intimidad.

proporcionalidad, las comunicaciones de los trabajadores no podrían ser nunca interceptadas por el empresario, en vista de la necesidad de autorización judicial siendo, en otro caso, ilícita la prueba así obtenida¹⁶⁸⁰.

Sin embargo, con la nueva línea jurisprudencial del TC, que aplica la doctrina de la expectativa razonable de confidencialidad al secreto de las comunicaciones, se difumina la diferencia entre el análisis tendente a determinar una vulneración en el derecho al secreto de las comunicaciones y en el derecho a la intimidad. Ambos se analizan desde la perspectiva de la proporcionalidad y la razonabilidad de las medidas de vigilancia y prevención¹⁶⁸¹. Por lo que la licitud o ilicitud de la injerencia del empresario en tales derechos, cuando ejerce facultades de control sobre sus empleados (art. 20.3 ET), pasa a depender, esencialmente, de la posibilidad de previsión de tales controles por parte del trabajador y, en definitiva, de si se ha respetado o no la expectativa razonable de privacidad de los destinatarios de las medidas de control.

Lo característico de este análisis, y lo que resulta más relevante a efectos de su aplicación en contextos organizativos, es que tal expectativa de confidencialidad puede verse afectada por las instrucciones dadas al trabajador, sobre los límites y condiciones de utilización de los medios telemáticos propiedad de la empresa y por los procedimientos de control que establezca el empresario, siempre y cuando los comunique de forma efectiva al trabajador. Así pues, en la esfera laboral, la expectativa razonable de confidencialidad del trabajador puede verse modulada, dentro de ciertos límites, respetuosos en todo caso con el contenido esencial de tales derechos, por lo establecido por el empresario por contrato, por convenio¹⁶⁸² o a través de otros instrumentos, tales como órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de conducta que, en todo caso, deberán tener un fin legítimo, superar el juicio de proporcionalidad y ser efectivamente comunicados a sus destinatarios¹⁶⁸³.

La propia AEPD insiste en que el art. 20.3 ET habilita al empleador a controlar el uso de los medios telemáticos de la empresa, pero siempre que previamente haya informado al trabajador de dicho extremo¹⁶⁸⁴. Ahora bien, hay que estar atento a la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre este extremo, ya que, en una sentencia reciente, el

¹⁶⁸⁰ STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 528/2014, de 16 de junio, RJ2014\3451, F. J. 1º ya citada.

¹⁶⁸¹ Cabe señalar, en este punto, que los criterios de razonabilidad, o las alusiones a la ponderación entre derechos, introducen una relatividad y una discrecionalidad muy peligrosa y particularmente desaconsejable cuando de derechos fundamentales se trata; Sobre el principio de razonabilidad, véase MASSIMO CUOMO, A., “Entre arbitrariedad y razonabilidad: Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo”, *Eunomia: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3, 2012, pp. 44-60; Así mismo, una exhaustiva crítica al principio de ponderación puede verse en GARCÍA AMADO, J. A.; ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima, 2012.

¹⁶⁸² ALCÁCER GUIRAO, R., “Cumplimiento penal por la persona jurídica...ob. cit.

¹⁶⁸³ En este sentido, la ya citada STS (Sala 4ª, Sección 1ª) de 6 de octubre de 2011, RJ 2011\7699, F. J. 4º, entendió que no existe derecho a la intimidad, por falta de la expectativa razonable de confidencialidad del trabajador que, en contra de la prohibición del empresario, o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales.

¹⁶⁸⁴ AEPD. Informe 0247/2008, , sobre el uso de los correos electrónicos de los trabajadores por parte de las empresas según la LOPD, disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/cesion_datos/common/pdfs/2008-0247_Acceso-por-el-empresario-al-correo-electr-oo-nico-de-los-trabajadores.pdf, última consulta 28/09/2015.

TC vino a entender que una prohibición genérica de uso de los ordenadores de empresa para fines personales contenida en el Convenio colectivo del sector era suficiente como para negar que el trabajador pudiese tener una expectativa razonable de privacidad en relación con tales comunicaciones, lo que condujo a entender que la copia del disco duro de su ordenador de empresa no afectaba a su derecho al secreto de las comunicaciones, ni a su derecho a la intimidad¹⁶⁸⁵.

En todo caso, para que no existan dudas acerca de donde se sitúa el umbral de ese uso normal o moderado de los instrumentos de trabajo para usos personales, lo más correcto será que la entidad establezca reglas precisas sobre los usos permitidos de los medios informáticos y de telecomunicaciones facilitados a los trabajadores. Así pues, si la empresa establece claramente tales protocolos, y los comunica de forma efectiva a todos los interesados, la presunción de confidencialidad pierde rigurosidad y la entidad se encuentra en una mejor posición para acceder a la información contenida en el ordenador o en el correo electrónico de sus trabajadores, basándose en su conocimiento previo sobre las condiciones de utilización de los mismos.

Ahora bien, en mi opinión, no cualquier medida de control, por el hecho de ser comunicada a los empleados, debiera ser considerada lícita. En este sentido, no hay que olvidar que los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones son derechos fundamentales de los individuos que no se pierden por el mero hecho de integrarse en una empresa. Tal y como ha dicho el TC, *“el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada”*¹⁶⁸⁶. Por lo tanto, incluso existiendo protocolos o sistemas de control debidamente comunicados a los empleados, si éstos destruyen por completo el ámbito de privacidad de los individuos, afectando al núcleo esencial de tales derechos, las medidas adoptadas al amparo de tales protocolos abusivos deberían considerarse igualmente ilícitas.

¹⁶⁸⁵ Así pues, en la STC 170/2013, de 7 de octubre, se estimó suficiente con que el art. 59.11 del XV Convenio Colectivo de la Industria Química tipificase como falta leve *«La utilización de los medios informáticos propiedad de la empresa (correo electrónico, Intranet, Internet, etc.) para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral»*. De lo cual dedujo el Alto Tribunal que no había vulneración del derecho a las comunicaciones ni a la intimidad de un trabajador cuyos mensajes de correo electrónico fueron revisados por la empresa, a pesar de que la misma no contaba con protocolos específicos sobre el uso de los ordenadores. En el F. J. 4º de la citada resolución se señala que *“no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial. La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe [arts. 5.a) y 20.2 y 3 LET]”*. Y un razonamiento similar se emplea en el F. J. 5º para rechazar la afectación del derecho a la intimidad. En mi opinión, esta doctrina resulta excesivamente restrictiva debiendo exigirse, para afectar la expectativa razonable de privacidad del trabajador, una comunicación efectiva al mismo, sin que el contenido del convenio resulte suficiente a estos efectos.

¹⁶⁸⁶ STC 88/1985, de 19 de julio, F. J. 2º.

Desafortunadamente, cuando se trata de uso de teléfonos, ordenadores u otros medios telemáticos propiedad de la empresa, no parece que esta sea la línea interpretativa sostenida por el TC en sus últimas resoluciones, en las que viene a admitir una facultad prácticamente omnimoda del empresario en orden a fijar el nivel de tolerancia de uso privado de tales medios. Con este proceder, parece desconocerse que tales medidas, además de ser comunicadas efectivamente a sus destinatarios para destruir la expectativa razonable de privacidad, deben de ser proporcionadas al fin legítimo que persiguen.

Así pues, para determinar cuándo una medida empresarial supone una injerencia lícita en el derecho a la intimidad personal de un empleado, o en sus comunicaciones, es necesario atender a los siguientes criterios: a) la existencia de una previsión legal que faculte a la entidad a acometer tales controles; b) la concurrencia de un fin legítimo que justifique la injerencia; c) la proporcionalidad de la medida en abstracto y en relación con el fin perseguido por la misma y d) el respeto a las legítimas expectativas de confidencialidad creadas por los protocolos empresariales sobre el uso permitido de los medios telemáticos de la empresa o, su defecto, por la tolerancia empresarial o la generalizada adecuación social entorno a un uso moderado de ciertos instrumentos telemáticos de la empresa para finalidades personales¹⁶⁸⁷.

- En cuanto a la necesidad de previsión legal se deben señalar los arts. 18 y 20.3 ET, que sirven de base a las facultades de control del empresario. Además, el nuevo régimen de responsabilidad penal impone a las personas jurídicas la carga de ejercer el debido control sobre sus miembros, so pena de incurrir en responsabilidad penal por sus actuaciones delictivas, y premia con eficacia atenuante la recopilación de pruebas para establecer las responsabilidades dimanantes de los delitos cometidos en su seno, así como la adopción de medidas eficaces para descubrirlos (art. 31 quáter b y d) CP), lo que supone un reforzamiento de la base legal para la adopción de medidas de investigación, supervisión y control del empresario sobre sus empleados.

- En cuanto al fin legítimo, resultan lícitas finalidades tales como la prevención de delitos, el descubrimiento de infracciones o la vigilancia del cumplimiento de los deberes laborales, aunque el interés comprometido en tales finalidades sea de distinto calibre. En este sentido, el juicio de proporcionalidad se verá afectado por cuál sea el fin que se persigue con la medida en cuestión, de tal forma que, por ejemplo, se justificarán medidas más invasivas cuando existan sospechas fundadas de la comisión de un delito que cuando se trate de meros controles preventivos. Este criterio se puede entrever en los arts. 18 y 20.3 ET, que ponen de manifiesto como la finalidad que se persiga con la medida de control, determina qué intensidad de injerencia, en los derechos fundamentales, resulta lícita.

¹⁶⁸⁷ Sobre el criterio de la adecuación social como criterio jurídico que sirve para delimitar los tipos penales y los riesgos que conlleva desde el punto de vista de la seguridad jurídica véase ROXIN, C., "Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VII, núm. 12, 2001, pp. 81-94.

En este sentido, hay que destacar que la finalidad propia de los *compliance programs*, prevenir y detectar delitos, parece, en principio, más relevante que el mero control del cumplimiento de los deberes laborales, por lo que todas las intervenciones amparadas por el art. 20.3 ET también serán legítimas cuando se realicen con la finalidad de prevenir delitos. Además, las facultades de control serán más amplias cuando se cuente con indicios de la comisión de un delito que se intenta descubrir, que cuando se trate de controles genéricos o prospectivos, con una finalidad meramente preventiva. Por eso, en tanto que las investigaciones internas se inician, normalmente, a raíz de la sospecha de haberse cometido o estarse cometiendo un delito, tales medidas investigativas podrán, en principio, ser más invasivas que las meramente preventivas o de control, orientadas a verificar, genéricamente, que se cumplen los protocolos de actuación de la entidad.

- Por su parte, el juicio de proporcionalidad¹⁶⁸⁸ que debe superar la medida de control o de investigación para ser considerada respetuosa con los derechos de los individuos investigados se desdobra en tres juicios. El juicio de idoneidad valora la aptitud de la medida para alcanzar el fin perseguido por la misma. En segundo lugar, el juicio de necesidad implica que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para alcanzar dicho fin. Y, por último, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que implica que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes.

Para llevar a cabo este triple juicio de proporcionalidad es necesario diferenciar dos niveles diversos de protección: la esfera personal y la esfera laboral¹⁶⁸⁹. Esta distinción tiene su reflejo en el ET que sólo faculta al empresario para intervenir sobre la esfera personal del trabajador -realizando registros sobre su persona, sus taquillas y sus efectos particulares- cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y de los demás trabajadores de la empresa (art. 18 ET), mientras que en el ámbito propiamente laboral -en el que se situaría el uso de los teléfonos o los medios informáticos titularidad de la empresa puestos a disposición del trabajador para el desarrollo de sus deberes laborales- se podrá vigilar y controlar su uso simplemente para verificar el cumplimiento de tales deberes contractuales (art. 20.3 ET). Por lo tanto, para interferir en la esfera personal, el riesgo a controlar debe ser superior que para interferir en la esfera laboral, en la que las facultades de control del empresario se derivan del carácter de instrumento de trabajo del ordenador o el teléfono de empresa, y en el que la expectativa de confidencialidad es menor. En este sentido, hay que tener en cuenta que existen diferentes grados de privacidad y, cuanto más íntimos son los aspectos de la vida privada sobre los que se produce la injerencia, mayor grado de justificación se requerirá para llevarla a cabo¹⁶⁹⁰.

- Por último, será preciso determinar si se ha vulnerado la expectativa razonable de privacidad, derivada de la política que la entidad haya comunicado a sus agentes,

¹⁶⁸⁸ Para un estudio exhaustivo sobre los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990, pp. 151-282.

¹⁶⁸⁹ Esta delimitación se puede ver en ALCÁCER GUIRAO, R., “Cumplimiento penal por la persona jurídica...ob. cit.

¹⁶⁹⁰ STEDH de 22 de octubre 1981. Caso Dudgeon c. Reino Unido, párrafo 45. 1.

especificando los usos lícitos de los instrumentos telemáticos que la entidad pone a su disposición, tales como un teléfono o un ordenador, así como de los espacios que les cede para el desarrollo de sus funciones, como escritorios, taquillas o despachos. Tal expectativa no dependerá exclusivamente de los protocolos *ad hoc* que la entidad haya comunicado a sus trabajadores, sino también de lo que se derive del entorno regulatorio en el que se desarrolla la actividad de la empresa en cuestión, así como de la “adecuación social” en relación con los usos de tales medios o espacios. En este sentido, las medidas de control deben respetar la expectativa de confidencialidad configurada, por una parte, por la tolerancia empresarial sobre el uso moderado de los instrumentos de trabajo para fines personales y, por otra, expresamente modulada por los procedimientos o protocolos, efectivamente comunicados a los empleados, sobre el uso permitido y prohibido de los instrumentos empresariales puestos a su disposición.

-

En definitiva, los datos recabados a través de las medidas empresariales de prevención y descubrimiento de delitos, podrán ser valorados como fuentes de pruebas lícitas, siempre y cuando tales controles respondan a un fin legítimo, resulten proporcionados y respeten la razonable expectativa de privacidad de los individuos investigados.

5.- Particularidades de las diligencias de investigación judicial limitativas de los derechos fundamentales en los procesos contra las persona jurídicas

5.1.- La persona jurídica como titular de los derechos fundamentales a la intimidad, a la inviolabilidad domiciliaria y al secreto de las comunicaciones

La diligencia de entrada y registro puede resultar especialmente útil en la investigación de delitos cometidos en el seno de una persona jurídica¹⁶⁹¹. Esto se debe a que las empresas, normalmente, documentan todas sus actividades en archivos internos, cuyo examen podría resultar enormemente valioso en la instrucción de determinados delitos. Por otra parte, al reconocer a las personas jurídicas el derecho a no declarar y a no colaborar con su propia autoincriminación, resulta legítimo que la entidad, requerida para aportar cierta documentación interna de contenido autoincriminatorio, se niegue a colaborar, por lo que las autoridades públicas se verán obligadas a acordar medidas más invasivas, como la entrada en su sede y la consiguiente incautación de la información pertinente.

Así mismo, la interceptación de las comunicaciones que se producen en el seno de una organización o entre sus miembros y terceras personas, puede aportar fuentes de prueba relevantes, no sólo para conocer los hechos delictivos e identificar a los responsables

¹⁶⁹¹ Sobre la posibilidad de practicar registros en el seno de la entidad, entiende GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 35, que “*si la persona jurídica es sujeto del proceso penal, también podrá ser destinataria de ciertas medidas de investigación –como los registros y, en especial, los registro de documentos–*”.

individuales, determinando, en su caso, quienes estaban al tanto de la actuación delictiva, sino también para conocer los procesos de toma de decisiones de la organización y para constatar si las medidas de supervisión, vigilancia y control diseñadas por el sistema de cumplimiento de la entidad, estaban funcionando de forma efectiva.

Pues bien, antes de entrar a analizar las diligencias de investigación consistentes en la entrada y registro en un domicilio y en la interceptación de comunicaciones, es preciso determinar si la persona jurídica es titular de los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE), a la inviolabilidad domiciliaria (art. 18.2 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE). Si se afirma su titularidad, la adopción de medidas limitativas de tales derechos, deberá rodearse de las necesarias garantías, en orden a respetar su contenido esencial, no sólo en relación con las personas físicas, sino también respecto de las personas jurídicas investigadas.

En este sentido, hay que partir de la base de que los titulares primigenios de los derechos fundamentales son las personas físicas. Así pues, la existencia del ser humano, en cuanto ser dotado de inteligencia, voluntad, libertad y dignidad, antecede al propio ordenamiento jurídico, de tal forma que el Derecho no tiene más remedio que reconocerlo¹⁶⁹². Por otra parte, los individuos, como seres sociales que son, se agrupan con el objetivo de lograr ciertos objetivos comunes que, individualmente, no podrían alcanzar, formando así individualidades o realidades sociales, que son reconocidas por el Derecho como exigencia del libre desarrollo de la personalidad humana en su dimensión social o colectiva¹⁶⁹³. Sin embargo, la personalidad y la subjetividad de estos entes jurídicos son reconocidas por el Derecho, no con mera eficacia declarativa, sino con efectos constitutivos.

En cualquier caso, tal y como ha quedado dicho en el apdo. 4 de este epígrafe, a pesar de que los derechos fundamentales corresponden, originariamente, a los individuos, las personas jurídicas también son reconocidas como titulares de ciertos derechos, en particular, y en palabras del TC, de aquellos que “*resulten necesarios y complementarios para la obtención de sus fines, para proteger su existencia, identidad y asegurar el libre desarrollo de su actividad, y que admitan ser ejercidos por una persona moral*”¹⁶⁹⁴. Por lo tanto, para determinar si un determinado derecho corresponde o no a una persona jurídica será preciso aplicar un juicio de compatibilidad entre la naturaleza y contenido del derecho y la naturaleza y los fines de la entidad en cuestión.

¹⁶⁹² Cfr. SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit.; En este sentido, BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astera, Buenos Aires, 1991, p. 72, afirma que “*para hablar de dignidad del hombre hay que admitir que ella es inherente a su ser, a su esencia, a su naturaleza*”.

¹⁶⁹³ Cfr. SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit., p. 3; Sobre la dimensión social del ser humano, resultan interesantes las reflexiones de ZUBIRI, X., *Tres dimensiones del ser humano: individual, social, histórica*, fundación Xavier Zubiri, Madrid, 2006; SIERRA GARAVITO, S. P., “Concepción del ser humano en la organización del S. XXI”, *Revista de la Facultad de Trabajo Social*, núm. 25, 2009, pp. 148-167.

¹⁶⁹⁴ Por todas, STC 139/1995, de 26 de septiembre, F. J. 4º. Para un estudio de esta jurisprudencia, véase ROSADO IGLESIAS, G., *La titularidad de derechos...*ob. cit., pp. 44 y ss.

5.2.- Diligencias de investigación limitativas del derecho a la intimidad, a la inviolabilidad domiciliar y a las comunicaciones

5.2.1.- La persona jurídica y el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliar

5.2.1.1.- Titularidad del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad domiciliar por parte de las personas jurídicas

Según reiterada jurisprudencia constitucional, “*el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana*”¹⁶⁹⁵. Por lo tanto, dada la estrecha relación de este derecho con la dignidad humana y su contenido, referido a un ámbito íntimo y personal propio de los seres humanos, en principio, cabría pensar que su naturaleza no resulta compatible con la de las personas jurídicas¹⁶⁹⁶.

No obstante, tal afirmación, no implica que las personas jurídicas carezcan de un interés legítimo en excluir del conocimiento de terceros ciertas actuaciones o informaciones sensibles sobre su organización o sobre sus actividades, protección que, normalmente, será otorgada por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva, constitucionalmente decretada¹⁶⁹⁷. Así, existen otros derechos, titularidad de la persona jurídica, distintos a la intimidad personal y familiar, en sentido estricto, que vendrían a proteger ese ámbito privado, esto es, reservado al conocimiento de terceros, del que sí podrían gozar las personas jurídicas, tales como el derecho a la inviolabilidad domiciliar, al secreto de las comunicaciones o al secreto industrial. En este sentido, existen resoluciones que reconocen la protección que merece la “intimidad” de la empresa, sosteniendo que la entidad es propietaria de la documentación de contabilidad, contratación con clientes, comunicaciones de la empresa u otros datos sobre su clientela, que son parte esencial de su intimidad y que, también respecto de las personas jurídicas, deben ser objeto de protección en esa vertiente de intimidad o privacidad¹⁶⁹⁸.

¹⁶⁹⁵ Ver, por todas, STC 170/2013, de 07 octubre 2013, F. J. 5º.

¹⁶⁹⁶ En este sentido, se pronuncia NOYA FERREIRO, Mº. L., *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 91, quien fundamenta tal exclusión en la consideración de la dignidad humana como fundamento último del derecho a la intimidad, considerado inherente a la propia esencia de la persona.

¹⁶⁹⁷ ATC 241/1985, de 17 de abril de 1985; STC 137/1985, de 17 de octubre, F. J. 2º.

¹⁶⁹⁸ En este sentido, se expresa la SAP Valencia (Sección 1ª, Penal) núm. 323/2012, de 30 mayo, ARP\2012\704, en la que se condena a un trabajador por acceder a datos reservados de su empresa sin el consentimiento de sus representantes legales (art. 200 CP), al hacerse con la historia clínica de los pacientes y con la contabilidad de una entidad dedicada a realizar intervenciones de cirugía estética, con la finalidad de destapar ciertas irregularidades en la actividad de la corporación. La citada resolución, que entiende vulnerada la intimidad de la empresa, hace la siguiente reflexión al respecto “¿qué otro tipo de

A mayor abundamiento, aun cuando se negase a las personas jurídicas el derecho a la intimidad personal y familiar, lo que podría justificarse en atención a su especial entronque con la personalidad humana, habría que advertir que ciertas medidas limitativas de derechos, orientadas a investigar a una persona jurídica, podrían conculcar el derecho a la intimidad de los sujetos individuales que actúan en su seno y que, evidentemente, no pierden por integrarse en la corporación. En este sentido, cabe recordar que la intimidad, protegida por el art. 18.1 CE, no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado, sino que, existen otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en el que también se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada¹⁶⁹⁹. No cabe desconocer, por lo tanto, que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales¹⁷⁰⁰.

Al contrario de lo que ocurre con el derecho a la intimidad personal, la titularidad del derecho a la inviolabilidad domiciliar por parte de las personas jurídico-privadas ha sido reconocida en numerosas sentencias del TEDH¹⁷⁰¹, así como por la jurisprudencia del TC¹⁷⁰². De hecho, según la jurisprudencia constitucional, incuestionable que la Carta Magna no circunscribe la inviolabilidad del domicilio a las personas físicas, siendo aplicable a las personas jurídicas, cuya naturaleza en nada repugna a tal extensión¹⁷⁰³. En concreto, a las personas jurídicas se les reconoce tal derecho, desde el momento en que “*vengan a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatible con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo*”¹⁷⁰⁴. En este sentido, el TC realiza una extensión de la privacidad propia del domicilio, a las personas jurídicas, como una exteriorización de la privacidad de las personas físicas.

Por otra parte, en la medida en que los entes colectivos son instrumentos jurídicos diseñados para la consecución de ciertos fines por parte de las personas físicas, el interés constitucionalmente protegido por el derecho a la inviolabilidad domiciliar de las personas jurídicas se encuentra íntimamente relacionado con el aseguramiento de la consecución de su objeto social y de su libertad de autoorganización. En este sentido, la inviolabilidad domiciliar de las personas jurídicas se relaciona con la libertad de asociación, esto es, con la libertad de los individuos para constituir sociedades y para adoptar decisiones sobre su funcionamiento sin injerencias irrazonables por parte del

datos objetivos pueden ser más íntimos para una persona jurídica que desarrolle una actividad empresarial con ánimo de lucro, que los referentes a su actividad empresarial o económica?”.

¹⁶⁹⁹ STC 12/2012, de 30 de enero, F. J. 5º.

¹⁷⁰⁰ SSTC 98/2000, de 10 de abril, FF. JJ. 6º a 9º; 186/2000, de 10 de julio, F. J. 5º.

¹⁷⁰¹ Por todas, STEDH de 28 de junio de 2007. Caso *Association for European integration and Human Rights and Ekimdzhev c. Bulgaria*.

¹⁷⁰² Se pueden citar, a modo de ejemplo, las SSTC 137/1985, de 17 de octubre; 144/1987, de 23 de septiembre; 228/1997, de 16 de diciembre y 69/1999, de 26 de abril, resolución esta última en la que se inspira claramente la definición legal del art. 554.4 LECrim introducido por la LMAP. Constatación que también realiza GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 115.

¹⁷⁰³ Véanse, en este sentido, entre otras las SSTC 137/1985, de 17 de octubre; 69/1999 de 26 abril y, más recientemente, STC 54/2015 de 16 marzo.

¹⁷⁰⁴ STC 137/1985, de 17 de octubre, F. J. 3º.

poder público. Así pues, desde esta perspectiva, cabe entender que protegiendo el ámbito de privacidad domiciliar de las personas jurídicas, se está protegiendo, mediatamente, el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, en su dimensión colectiva.

Ahora bien, la extensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas, por parte del TC, ha sido posteriormente matizada en el sentido de que, tal reconocimiento no implica que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido idéntico al que se predica para las personas físicas, pues respecto de éstas el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, ya que lo que se protege no es sólo un espacio físico, sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada, lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas, que aunque también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se realiza, requieren una protección frente a la intromisión ajena, gozan de una menor protección, lo cual se traduce, a su vez, en una menor intensidad del control a realizar por el Juez sobre la licitud de la medida, en atención a la menor incidencia de la injerencia en los derechos de libertad de los ciudadanos¹⁷⁰⁵. En este sentido, cabe afirmar que el núcleo esencial del derecho viene constituido por la morada de las personas físicas, como reducto de su intimidad personal y familiar, si bien, hay otros ámbitos, como el centro de dirección de las personas jurídicas o el lugar donde custodian su documentación, que también gozan de protección, aunque esta sea de una intensidad menor, precisamente, por la falta de esa estrecha vinculación con la vida personal y familiar, sólo predicable de las personas físicas¹⁷⁰⁶.

Consecuentemente, considero que la falta de entronque entre el domicilio de una persona jurídica, y ese ámbito privado, constituido por la intimidad personal y familiar reconocida exclusivamente a los individuos, permitiría una mayor libertad interpretativa al acotar el espacio físico protegido, y vendría a garantizar un nivel de protección de menor intensidad que el previsto para el domicilio de las personas físicas, lo que podría reflejarse en el juicio de proporcionalidad que ha de efectuarse al acordar la autorización para la entrada y registro¹⁷⁰⁷. Así mismo, al ser menos grave la intromisión

¹⁷⁰⁵ STC 69/1999, de 26 de abril, F. J. 2º, que parte de las afirmaciones de la STC 137/1985, de 17 de octubre, ambas ya citadas previamente. En la misma línea, en relación con el sistema estadounidense, sostiene HENNING, P. J., "The conundrum of corporate criminal...ob. cit., pp. 821, 830-831 y 841, que, a pesar de que a las corporaciones se les niega el derecho a no autoincriminarse (V Enmienda), se les reconoce el derecho a estar libres de registros e incautaciones irrazonables (IV Enmienda), derecho que vendría a ser análogo al derecho a la inviolabilidad del domicilio del art. 18.2 CE. Pero, tal derecho no goza de una protección equiparable a la de los individuos, sino que se reconoce, sobre todo, para evitar las denominadas *fishing expeditions*, que podrían constituir claros abusos por parte del gobierno. Este distinto nivel de protección se puede explicar porque la IV Enmienda protege una razonable expectativa de privacidad, y la privacidad es un término aplicable a los individuos y no a las corporaciones. Por lo tanto, en realidad, la IV Enmienda protege a las corporaciones sólo en la medida en que el gobierno podría abusar de su poder sobre ellas, pero no crea un área protegida o ajena al escrutinio del soberano.

¹⁷⁰⁶ SERRANO ZARAGOZA, O., "Contenido y límites del derecho a la no...ob. cit.

¹⁷⁰⁷ En este sentido, la STC 69/1999, de 26 de abril, F. J. 4º, afirma que es posible integrar en el juicio de proporcionalidad el peculiar modo en que se configura el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando su titular es una entidad mercantil. Continúa diciendo, la citada resolución, que, en relación con una entrada en el domicilio de una persona jurídica, dado que tal entrada en modo alguno puede considerarse como aflictiva de otro derecho que el de la inviolabilidad domiciliar misma, esto justificaría una menor intensidad del control judicial a efectuar sobre la solicitud de la Administración.

en el domicilio de una persona jurídica que en un domicilio particular, la gravedad del delito a investigar podrá ser menor y los indicios requeridos para acordar tal medida podrán ser, igualmente, menos sólidos.

A mayor abundamiento, la modificación que se produjo en la LECrim, en orden a dotar a las personas jurídicas de un estatuto procesal penal, introdujo un concepto específico de domicilio para éstas (art. 554.4º LECrim), a efectos de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, lo cual constituye un argumento de derecho positivo a favor del reconocimiento de las personas jurídicas como titulares de un ámbito de protección domiciliaria. Sin embargo, hay que advertir que el nuevo precepto no cierra el debate sobre la extensión de la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas como derecho fundamental, dado que se trata de una cuestión de carácter constitucional que, por lo tanto, no puede ser dejada al arbitrio del legislador, limitándose la LECrim a introducir las exigencias de consentimiento o autorización judicial, para las injerencias en estos espacios, cuando la persona jurídica está imputada¹⁷⁰⁸.

5.2.1.2.- Delimitación del concepto de domicilio de la persona jurídica

El concepto de domicilio constitucionalmente protegido ha sido originariamente concebido y delimitado atendiendo a las personas físicas, entendiéndose por tal el lugar cerrado en que puede transcurrir la vida privada¹⁷⁰⁹. Las notas básicas del concepto de domicilio son, por lo tanto, que se trate de un lugar cerrado, no sometido a la fiscalización indiscriminada de terceros sino a las facultades dispositivas de su morador y en el que se desarrolle la vida íntima o familiar, satisfaciendo dicho lugar necesidades de habitación, ya sea de forma habitual o transitoria¹⁷¹⁰. Sin embargo, para el caso de las personas jurídicas, el TC, también ha venido reconociendo un ámbito especial digno de

¹⁷⁰⁸ MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 70; Análogamente, argumenta PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit., que la definición de domicilio de la Propuesta CPP, que lo conceptuaba como “*el lugar cerrado que sirva de morada a una persona física, aunque sea ocasionalmente*” (art. 335 Propuesta CPP), no es apta para excluir a las personas jurídicas del ámbito de protección del derecho en cuestión, aunque esta parece ser la intención del legislador. No se puede ignorar que la delimitación del domicilio constitucionalmente protegido no puede quedar a la discrecionalidad legislativa, en tanto que se trata de una cuestión de legalidad constitucional y no de un derecho de configuración legal. En este sentido, cabe entender que, en virtud del art. 18.2 CE, el domicilio de la persona jurídica es inviolable, siendo un derecho protegido constitucionalmente que exige una autorización judicial si se pretende acceder al mismo sin consentimiento del representante legal.

¹⁷⁰⁹ Así se ha ido delimitando por el TS en diversas resoluciones: SSTS (Sala 2º) de 14 de enero de 1992, RJ 1992\154, extendiendo la protección a una habitación de hotel; STS (Sala 2º) núm. 2539/1993, de 14 de noviembre, RJ 1993\8575, excluyendo un cuarto trastero de la inviolabilidad domiciliar; STS (Sala 2º) núm. 1089/1995, de 6 de noviembre, RJ 1995\80156, F. J. 2º, que hace un resumen de los lugares que pueden ser considerados domicilio y de cuáles no, usando como criterio el destino de habitación o morada, ayudando así a la delimitación del concepto. En la misma línea, véase la STC 10/2002, de 17 de enero, entre otras.

¹⁷¹⁰ Sobre el concepto de domicilio, con numerosas referencias jurisprudenciales, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...*ob. cit., pp. 345-350.

la protección propia de la inviolabilidad domiciliaria¹⁷¹¹ que, evidentemente, sólo en parte, puede integrar en su definición las notas propias del domicilio de las personas físicas, en tanto que la persona jurídica ni tiene que satisfacer necesidades de habitación ni goza de la intimidad personal y familiar propia de las personas físicas¹⁷¹².

El legislador, consciente de la indeterminación de lo que ha de considerarse como domicilio constitucionalmente protegido para las personas jurídicas, con los consiguientes problemas de legitimidad que podrían surgir en las diligencias de entrada y registro cuando la investigación penal se dirigiese a una entidad colectiva, ha decidido delimitar legalmente ese espacio digno de especial protección, amparando la expectativa razonable de privacidad de la empresa. Con esta intervención legislativa, se da cumplida respuesta a las exigencias del principio de legalidad, según el cual las medidas limitativas de los derechos fundamentales deben estar previstas en una norma con rango de ley¹⁷¹³ que, además, debe de ser lo suficientemente clara y específica como para cumplir con las exigencias de accesibilidad y previsibilidad requeridas por el TEDH¹⁷¹⁴.

Pues bien, la LECrim, acogiendo en su articulado la doctrina del TC al respecto¹⁷¹⁵, ha venido a delimitar el ámbito domiciliar de las personas jurídicas, como “*el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que quedan reservados al conocimiento de terceros*” (art. 554.4º LECrim). Con este precepto, se pretende delimitar el área susceptible de especial protección, para cuyo registro, en defecto de consentimiento de su titular, será precisa autorización judicial. Sin embargo, hay que señalar que el concepto constitucional de domicilio no puede ser discrecionalmente delimitado por el legislador que, como poder público, se encuentra limitado, en su actuación, por el texto constitucional (art. 9.1 CE). En este sentido, si la ley pretendiese eliminar la inviolabilidad domiciliaria de las personas jurídicas o reducirla a la mínima

¹⁷¹¹ Véanse, en este sentido, las SSTC 137/1985, de 17 de octubre; 144/1987, de 23 de septiembre; 69/1999, de 26 de abril; 10/2002, de 17 de enero y 54/2015, de 16 de marzo, entre otras.

¹⁷¹² En este sentido, tal y como se refirió antes, afirma el TC que lo que se protege, en el caso de las personas físicas, no es sólo un espacio físico, sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas. Aunque no es menos cierto, sin embargo, que éstas también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena (STC 69/1999, de 26 de abril, F. J. 2º, que se basa en el concepto de domicilio delimitado en la STC 22/1984, de 17 de febrero). En la misma línea, véase ATC 171/1989, de 3 de abril, F. J. 2º, que excluye del ámbito de protección del art. 18.2 CE las oficinas o almacenes de una sociedad, por no constituir, tal especie, ese ámbito de emanación de la persona o de la esfera privada de ella en que se fundamentaría la referida protección constitucional.

¹⁷¹³ STC 49/1999, de 5 de abril, F. J. 4º.

¹⁷¹⁴ STEDH de 30 de julio de 1998. Caso Valenzuela Contreras c. España.

¹⁷¹⁵ Esta definición se ha inspirado, claramente, en la STC 69/1999, de 26 de abril, F. J. 2º según la cual, “*la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas (...) sólo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros*”. Así pues, con el precepto citado se positiviza el concepto constitucional de domicilio, aunque omite la primera parte de la resolución que exigiría una interpretación restrictiva del art. 554.4º LECrim.

expresión, sin tomar en consideración la doctrina constitucional al respecto, el TC podría considerar inconstitucional tal regulación legal.

Esta delimitación legal del domicilio empresarial implica, tal y como ya dijera el TC, que no todo local sobre cuyo acceso posea poder de disposición su titular ha de ser considerado domicilio a los fines de la protección constitucional otorgada por el art. 18.2 CE¹⁷¹⁶, quedando excluidos, en general, los establecimientos abiertos al público, tales como bares, tabernas, restaurantes, pubs, talleres o locales comerciales¹⁷¹⁷. Tampoco las fábricas o los almacenes son considerados domicilio a estos efectos, dado que no se trata de espacios destinados a habitación, donde pueda transcurrir la vida privada¹⁷¹⁸.

El fundamento de tal delimitación radica en el derecho fundamental aquí considerado, que trata de proteger el ámbito más íntimo de las personas jurídicas, esto es, su centro de dirección o aquel lugar en el que se custodian sus documentos internos, sin que su patrimonio, su capacidad competitiva o, incluso, su derecho al honor, resulten dignos de amparo por esta vía. En definitiva, el poder de exclusión que se reconoce a las personas jurídicas, en relación con el espacio definido en el art. 554.4º LECrim, tiene como exclusiva finalidad respetar la expectativa razonable de privacidad¹⁷¹⁹ de la entidad, materializada en aquel ámbito físico en el que actúa con la legítima confianza de que su actuación no está siendo fiscalizada por terceros y cuya protección se considera indispensable para permitirle desarrollar los fines para los que fue creada.

Por otra parte, resulta dudoso si los lugares en que se custodien documentos que la entidad deba producir *ex lege*, señaladamente su contabilidad, caerían o no dentro de ese ámbito de especial protección. Cabe argumentar que, respecto de los mismos, existiendo una obligación legal de llevanza y de exhibición, no existe una razonable expectativa de

¹⁷¹⁶ En este línea, véanse SSTC 149/1991, de 4 de julio, F. J. 6º; 76/1992, de 14 de mayo, F. J. 3º; 69/1999, de 26 de abril, F. J. 2º. En esta última resolución, afirma el TC que *“la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros”*.

¹⁷¹⁷ En definitiva, como señala la STS (Sala 2ª) núm. 591/2002, de 1 de abril, RJ 2002\5444, F. J. 5º, *“Los lugares públicos no amparan la intimidad que protege el domicilio y quienes se encuentran en ellos no tienen una pretensión de privacidad, que el lugar no les puede proporcionar”*, lo cual lleva a excluir de la protección los locales de recreo tales como pubs, bares o restaurantes. En la misma línea, se pueden véanse las SSTs (Sala 2ª) núm. 2773/1993, de 9 de diciembre, RJ 1993\9272; (Sala 2ª) núm. 627/1997, de 8 de mayo, RJ 1997\4040, entre muchas otras.

¹⁷¹⁸ En este sentido, la STC 228/1997, de 16 de diciembre, F. J. 7º, señala que *“no todo recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales. Por esta razón, tal concepto y su correlativa garantía constitucional no es extensible a aquellos lugares cerrados que, por su afectación (...) tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad”*. El mismo argumento se emplea para excluir, de este ámbito de especial protección, a los trasteros (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 457/2007, de 29 de mayo, RJ 2007\4816).

¹⁷¹⁹ La evolución de este concepto tiene su origen en la doctrina de la Corte Suprema norteamericana, en el caso *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967) que, posteriormente, tuvo su reflejo en la jurisprudencia del TEDH y de nuestro TC. Sobre esta evolución, véase RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *“El principio de la expectativa razonable...ob. cit.*

privacidad¹⁷²⁰. Sin embargo, si se atiende a la definición legal de domicilio y a la jurisprudencia relacionada, se hace preciso concluir que tales espacios también deberán ser objeto la protección domiciliaria. En este sentido, la ley se refiere a aquellos lugares en que se custodien los soportes de la vida diaria del ente, mientras que alguna resolución judicial, razona que, los datos referentes a la actividad empresarial y económica, entre los que, obviamente, se contaría la documentación contable, para una persona jurídica que desarrolle una actividad empresarial con ánimo de lucro, constituyen, precisamente, el núcleo de su intimidad¹⁷²¹. No resulta extraña su inclusión en el ámbito domiciliario si se repara en que esta protección constitucional no se orienta a la protección del derecho a no declarar, sino a la protección de la privacidad.

La delimitación legal del domicilio de las personas jurídicas, al igual que en el caso de las personas físicas, responde a un criterio funcional o instrumental¹⁷²², es decir, atiende, principalmente, a las actividades que se desarrollan en tal espacio y a su carácter privado, considerando como tales aquellas que son especialmente sensibles para la organización de la entidad y para el desarrollo de sus fines sociales. Se trata, por lo tanto, de espacios que demandan quedar reservados a la intromisión de terceros en razón de la actividad a la que los mismos se destinan, que puede ser la efectiva dirección y administración de la sociedad o la custodia de su documentación interna, y todo ello con independencia de que tales espacios no se identifiquen con su domicilio fiscal, su domicilio social o su sede principal¹⁷²³. Se opta, de este modo, por una concepción material del domicilio, frente a una concepción formal.

¹⁷²⁰ En este sentido, el voto particular a la STS (Sala 3ª, Sección 1ª) de 23 abril 2010, RJ\2010\3636 (Pte. Excmo. Sr. Magistrado D. Rafael Fernández Montalvo) acoge un concepto de domicilio más restringido. La postura mantenida por el mismo entiende que el domicilio de las personas jurídicas, no siendo considerado como tal un local en el que se encuentre la documentación contable y donde se desarrolle cierta actividad laboral relacionada con aquella -es decir, donde se lleve la contabilidad-, será tan sólo aquel espacio donde se adopten las decisiones fundamentales relacionadas con la actividad empresarial o con secretos comerciales o industriales que pertenezcan a la estricta reserva de la persona jurídica.

¹⁷²¹ Véase, en este sentido, SAP Valencia (Sección 1ª, Penal) núm. 323/2012, de 30 mayo, ARP\2012\704, F. J. 1º.

¹⁷²² En este sentido, se entiende que la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que abarca los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por eso se excluyen aquellos lugares, que aunque estén cerrados, por su afectación tienen un destino o sirven a cometidos incompatibles con la idea de privacidad, tales como, almacenes, fábricas, oficinas, locales comerciales o de esparcimiento (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición etc. Otros espacios excluidos del ámbito de protección constitucional serían las dependencias abiertas al público en los espacios comunes o abiertos, tales como bares u otros lugares de recreo (STC 283/2000, de 27 de noviembre; ATC 171/1989, de 3 de abril y STS (Sala 2ª) núm. 1089/1995, de 6 de noviembre, RJ 1995\80156), salvo que exista un espacio diferenciado, reservado a la intimidad y destinado a satisfacer las necesidades de vivienda o habitación (STS (Sala 2ª) núm. 11/2002, de 16 de enero, RJ 2002\1068). Esta delimitación negativa del concepto de domicilio puede verse, así mismo en, En la misma línea, véase LUZÓN CUESTA, J. Mª., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000, pp. 16 y 26; ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 96.

¹⁷²³ STS (Sala 3ª, Sección 1ª) de 23 abril de 2010, RJ\2010\3636, F. J. 7º; En la misma línea, afirma el TC que no existe una plena correlación entre el concepto legal de domicilio de las personas jurídicas, por ejemplo, el establecido por la legislación mercantil, con el del domicilio constitucionalmente protegido, ya que éste es un concepto de mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo. (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FF. JJ. 2º y 5º; 50/1995, de 23 de febrero, F. J. 5º y 69/1999, de 26 de abril, F. J. 2º, entre otras).

Siguiendo con la delimitación del espacio domiciliario constitucionalmente protegido, creo que la definición legal *ut supra* referida debe ser entendida restrictivamente, en tanto que interpretaciones amplias pueden llevar a una protección desproporcionada de la entidad, que podría dificultar sobremedida la investigación, sin que resulte lógico que, en términos generales, la protección otorgada a las personas físicas resulte más restringida que la otorgada a las personas jurídicas, en tanto que sólo las primeras son titulares del derecho a la intimidad en sentido estricto. Así pues, es preciso partir de que, los titulares primigenios del derecho a la inviolabilidad domiciliaria son las personas físicas, mientras que las personas jurídicas, tal y como en su momento señaló el TC, serán titulares de tal derecho *sólo en la medida indispensable para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas* siendo, además, admisible, en el caso de las personas jurídicas, una protección de menor intensidad¹⁷²⁴.

En este sentido, se observa que la concepción legal es bastante extensa, pues siendo uno de los elementos concluyentes para su determinación “*la custodia de documentos o soportes de la vida diaria*” y la “*voluntad de excluirlas del conocimiento de terceros*”, es posible que, en la práctica, sean muchos los lugares que encuentren cabida en tal noción¹⁷²⁵ cuya concreción, además, se deja, en cierto modo, al arbitrio de la propia entidad. De hecho, algunas de las interpretaciones que propone la doctrina resultarían, en mi opinión, excesivamente amplias, incurriéndose en el riesgo de desvirtuar el fundamento de la protección, que no es otro que el de permitir el desarrollo de la actividad social sin intrusiones improcedentes. Por ejemplo, PORTAL MANRUBIA entiende incluidos en el art. 554.4º LECrim el domicilio social, aunque no coincida con su domicilio fiscal y no se desarrolle en él ningún tipo de actividad, el centro en el que se reúnan sus responsables y el espacio físico en que se conserve toda la documentación o parte de ella, lo que incluiría, en su caso, el despacho del profesional contratado como gestor o asesor de la organización¹⁷²⁶. A mayores, siempre según el citado autor, en los supuestos en que la empresa no ostente espacio físico alguno reservado para llevar a cabo su dirección, contando con un único espacio abierto al público en que obra toda su documentación, éste será considerado como su domicilio¹⁷²⁷.

Otra posibilidad, a mi juicio más acertada, sería la de acotar el espacio protegido por vía de interpretación teleológica, tal y como lo hace el TC¹⁷²⁸, de tal forma que sólo quedasen protegidos aquellos lugares en los que, o bien se toman decisiones o se realizan actividades vinculadas con la dirección de la entidad, o bien se conservan documentos internos que, por su contenido y su vinculación con el desarrollo de la actividad de la entidad, deben ser excluidos del conocimiento de terceros. Con esta delimitación, se serviría mejor el interés de la justicia en la persecución de los delitos y, al mismo tiempo, se respetaría la noción constitucional de domicilio de las personas

¹⁷²⁴ STC 69/1999, de 26 de abril, F. J. 2º.

¹⁷²⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 115; En la misma línea, DEL MORAL GARCÍA, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal...* ob. cit., p. 51, se cuestiona “*por qué siendo una persona jurídica se extiende tanto el concepto de domicilio, cuando el registro de una oficina aneja a una tienda, donde también se guardan soportes de la vida de la industria o negocio que no son exhibibles, no exigirá mandamiento judicial si el titular del local es una persona física*”.

¹⁷²⁶ PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...” ob. cit.

¹⁷²⁷ Idem.

¹⁷²⁸ STC 69/1999, de 26 de abril, F. J. 2º.

jurídicas que, tal y como ha quedado dicho, según reiterada doctrina constitucional, debe extenderse sólo a donde sea imprescindible para permitir el desarrollo de la actividad de la entidad sin intromisiones ajenas.

5.2.1.3.- El consentimiento de la persona jurídica a través de sus representantes como presupuesto para la entrada y registro de su domicilio sin autorización judicial

Una vez delimitado el espacio protegido al que, por lo tanto, las autoridades públicas no podrán acceder sin consentimiento del titular del derecho¹⁷²⁹ o, en su defecto, sin un mandamiento judicial, se hace preciso determinar quién está facultado para prestar, en su caso, el consentimiento válido a la entrada domiciliaria en nombre de la persona jurídica investigada. La cuestión se plantea en los términos siguientes. Si se reconoce a la persona jurídica un ámbito reservado, del que puede excluir a los terceros, negándoles, la entrada, cuando carezcan de autorización judicial, habrá que determinar qué concretas personas físicas están legitimadas para ejercitar tal poder de exclusión y, por ende, para renunciar al mismo, consintiendo legítimamente la entrada de la policía o de los órganos de investigación o inspección.

En este punto, cabe recordar, una vez más, que la actitud colaborativa de la persona jurídica que aporta pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos, se premia con la atenuación de la condena que eventualmente llegue a dictarse (art. 31 quáter b) CP). Por lo tanto, la entidad puede estar interesada en consentir una entrada y registro, a través de sus representantes legales, dando acceso a las autoridades de persecución penal a elementos de prueba relevantes para el esclarecimiento de las responsabilidades dimanantes del delito, toda vez que, de este modo, podría ver atenuada su responsabilidad, demostrando su compromiso con el cumplimiento de la legalidad y con la realización de la justicia.

Pues bien, aunque según el CP, la colaboración en el descubrimiento del delito, para atenuar la condena de la entidad, debe llevarse a cabo a través de sus representantes legales (art. 31 quáter CP), hay que tener en cuenta que, tales representantes, siendo varios, pueden no estar de acuerdo en la decisión de permitir el registro del domicilio de la persona jurídica. En este sentido, en orden a determinar quién está facultado para prestar tal consentimiento, una opción pasaría por exigir, en todo caso, la autorización judicial, en tanto que, existiendo un interés supraindividual en excluir el espacio

¹⁷²⁹ Sobre este requisito, véanse las SSTs (Sala 2ª) núm. 1522/1998, de 2 de diciembre; (Sala 2ª) núm. 183/2005, de 18 de febrero, RJ 2005\5295 y (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1246/2009, de 30 de noviembre, RJ 2009\5963, entre otras muchas. Así como la jurisprudencia constitucional contenida en las SSTC 22/1984, de 17 de febrero. De estas y otras resoluciones se deduce que el consentimiento ha de ser consciente, libre e informado, por lo tanto, no viciado por violencia, intimidación o engaño. Además puede ser expreso o tácito, aunque en este último caso debe deducirse de actos inequívocos. Así pues, cuando el consentimiento no es expreso se entiende prestado cuando, una vez ofrecida la información del derecho a negar la entrada, el titular del derecho no realiza ningún acto del que se desprenda la oposición.

domiciliario de la fiscalización de terceros, ningún sujeto individual podría consentir válidamente¹⁷³⁰. No se comparte esta interpretación, en tanto que, al igual que ocurre con las declaraciones de la entidad, con su confesión o con la posibilidad de que se conforme con la pena, su naturaleza incorpórea no debe impedirle manifestar su voluntad en el marco del proceso penal a través de sus representantes legales o de un sujeto designado a tal fin. Se impone, por lo tanto, también en esta fase de investigación o de instrucción penal, la necesidad de articular la voluntad del ente a través de las personas físicas facultadas para tomar decisiones y para actuar en su nombre.

Otra opción pasaría por considerar como válido el consentimiento prestado por cualquier empleado que se encuentre presente en el lugar en el que se pretende efectuar el registro, aun cuando careciese de capacidad para representar a la entidad y de comprometer la voluntad social. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina ha optado por entender que sólo el consentimiento del representante legal puede permitir la entrada y registro sin autorización judicial¹⁷³¹. Por lo tanto, si no está presente ninguna persona facultada para autorizar la entrada, el consentimiento eventualmente prestado por un empleado, carente de facultades de representación o decisión en la entidad, resulta insuficiente para legitimar la diligencia de investigación¹⁷³².

La jurisprudencia del TS sostiene, en la misma línea, que sólo el representante legal de la persona jurídica puede permitir la entrada y registro en el centro de dirección, sin que sea necesaria la autorización del órgano instructor¹⁷³³. Se constata, en este sentido, la insuficiencia del consentimiento de un empleado ocasional que se encontraba presente en el momento del registro, de tal forma que, ante la ausencia de autorización judicial y de consentimiento del representante legal, se entiende vulnerado el principio

¹⁷³⁰ Aunque en relación con otra cuestión, esta interpretación podría encontrar cierto apoyo en la argumentación de BACIGALUPO SAGESSE, S.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de...* ob. cit., p. 47, según la cual, el consentimiento, como causa de justificación, justifica sólo cuando quien lo presta es el lesionado, por lo que en los delitos societarios, en donde existe en realidad el bien jurídico societario supraindividual, no podrá operar el consentimiento personal con efectos liberadores.

¹⁷³¹ Entre otros, se manifiestan en esta línea, BANACLOCHE PALAO, J., “Las diligencias de investigación...” ob. cit., p. 213, quien hace extensiva tal facultad para consentir la entrada al responsable o directivo que está al cargo de la dependencia u oficina donde a la que se pretenda acceder; PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...” ob. cit.; GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...” ob. cit., p. 25; PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...” ob. cit., p. 165; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 115.

¹⁷³² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 118.

¹⁷³³ En este sentido, véase la STS (Sala 3ª, Sección 1ª) de 23 de abril de 2010, RJ2010/3636, FF. JJ. 7º y 8º, en la que se apreció la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica por los funcionarios de la Agencia Tributaria que admitieron que, sin autorización judicial, se personaron en el domicilio social de la empresa y, al no encontrar a ningún representante de la empresa, se dirigieron a quien dijo ser jefa de contabilidad, la cual les manifestó que no estaba autorizada por los representantes de la empresa, solicitándoles que esperaran a su llegada, no obstante lo cual los Inspectores comenzaron el registro sin atender a dicha súplica; En la misma línea, la STS (Sala 3ª, Sección 1) de 23 de abril de 2010, RJ 2010/4721, entendió que la entrada de los inspectores en las oficinas de la entidad inspeccionada, no amparada por mandamiento judicial, supuso una vulneración de la inviolabilidad del domicilio, en vista de la insuficiencia del consentimiento de un empleado ocasional que se encontraba presente, afirmando que el consentimiento debe ser dado por el titular, no por un empleado ni por un encargado de unas obras

constitucional de inviolabilidad del domicilio y las pruebas así obtenidas se consideran nulas¹⁷³⁴.

Ahora bien, siempre que quien consienta en la entrada sea un administrador o un representante legal, no será preciso que cuente con un poder especial a tal efecto, ni se requerirá que conste el consentimiento expreso de todos los representantes de la entidad, presentes y ausentes. En este sentido, debe presumirse que el administrador de una sociedad de capital es una persona facultada para autorizar un registro en dependencias de la empresa, en tanto que el mismo ejerce el poder de representación de la entidad, en juicio y fuera de él (art. 233.1 TRLSC). Por lo tanto, salvo que la ley (art. 233 TRLSC) o los estatutos de la entidad señalen lo contrario, no será precisa una actuación colegiada o mancomunada de todos los representantes para consentir la entrada al domicilio del ente.

Por último, cabe plantearse qué ocurre si, habiendo varios representantes presentes, no se ponen de acuerdo en consentir la entrada o, incluso, si el representante personalmente investigado por el delito, a pesar de encontrarse en una situación de conflicto de intereses, podría consentir la entrada en el domicilio del ente. En tales casos, el instructor deberá valorar la concurrencia de situaciones de conflicto, pudiendo ser necesario la autorización judicial, para evitar nulidades probatorias¹⁷³⁵. El motivo radica en que, siendo el derecho a la inviolabilidad domiciliaria un derecho de exclusión, en tanto que su contenido esencial consiste, precisamente, en excluir a los terceros del ámbito domiciliar digno de protección constitucional, en caso de conflicto de intereses, debe prevalecer, la voluntad de quien niega el consentimiento a la entrada¹⁷³⁶. En definitiva, si existe divergencia de opiniones entre los representantes presentes, debe prevalecer la voluntad del que se opone a la entrada, ya que, en otro caso, se vulneraría el derecho de la persona jurídica a excluir a los terceros de ese espacio reservado a intromisiones ajenas.

¹⁷³⁴ Véanse, en este sentido, las SSTS (Sala 3ª, Sección 2ª) de 22 de noviembre de 2010, RJ 2011\1018; (Sala 3ª, Sección 1) de 23 de abril de 2010, RJ 2010\4721 ya citada.

¹⁷³⁵ Cfr. GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., pp. 77-78; Del mismo autor, *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 116-117; ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., pp. 95-96.

¹⁷³⁶ Para resolver esta cuestión se puede acudir a la jurisprudencia del TS y del TC según la cual, en condiciones normales, cualquiera de los titulares del derecho puede consentir el registro del domicilio sin recabar el consentimiento del otro y, en todo caso, los elementos de prueba hallados podrán ser usados en el juicio contra cualquiera de ellos ((STS (Sala 2ª) núm. 340/1997, de 7 de marzo, RJ 1997\1958; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 922/2010, de 28 de octubre, RJ 2010\8177). Sin embargo, cuando hay una situación de conflicto o de divergencia de intereses entre ambos sujetos, la respuesta no es tan sencilla. En este sentido, la jurisprudencia apreció vulneración del derecho a la inviolabilidad domiciliar en un registro autorizado por el esposa del interesado, en trámites de separación, que llama a la policía para denunciar que el marido tenía armas en casa, precisamente, por el conflicto grave de intereses entre el imputado y su esposa (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 798/2010, de 24 de septiembre, RJ 2010\7633). En la misma línea, la STC 22/2003, de 10 de febrero, entendió vulnerado el derecho a la inviolabilidad domiciliar por una entrada y registro en el domicilio y la habitación del imputado, consentido por la parte acusadora, que era la ex-cónyuge y, además, la víctima del delito. Así pues, el TC argumentó que el contenido de este derecho es fundamentalmente negativo, garantizando, ante todo, la facultad del titular de excluir a otros de ese ámbito espacial reservado, de impedir o prohibir la entrada o la permanencia en él de cualquier persona y, específicamente, de la autoridad pública para la práctica de un registro (F. J. 3º).

Por otra parte, es posible que la diligencia de entrada y registro afecte a derechos concurrentes de la persona física y de la persona jurídica. En este punto, cabe recordar, una vez más, que la actitud colaborativa de la persona jurídica puede constituir una circunstancia atenuante, al igual que para la persona física responsable, si así lo contempla el tipo penal correspondiente, por lo que alguno de las dos podría verse incentivada a consentir la entrada y el registro en ausencia de autorización judicial¹⁷³⁷. En este sentido, resulta perfectamente factible que la persona jurídica, para aprovechar las ventajas derivadas de colaborar con la investigación, autorice un registro que afecte, no sólo a sus derechos propios, sino también a los de la persona física investigada o viceversa.

En el caso de que se pretenda realizar un registro en un despacho o espacio equivalente, asignado de forma estable a un directivo o empleado, en el que se custodien documentos u otros soportes de la vida de la entidad, que permitan calificar tal espacio como domicilio de la misma, se podría afectar, simultáneamente, al derecho a la intimidad del individuo y al derecho a la inviolabilidad domiciliaria de la entidad¹⁷³⁸. Cabe preguntarse, por lo tanto, si, en tal supuesto, bastaría con el consentimiento del representante de la persona jurídica, si sería preciso recabar también el consentimiento del usuario de tal despacho o si la respuesta a tal pregunta dependería de a quien incumbiesen los hechos que se estuviesen investigando¹⁷³⁹. Considero que, el deslinde de los hechos no constituye un criterio adecuado, entre otras cosas, por la dificultad que existe para determinar, *a priori*, quién se verá afectado por los resultados que arroje la diligencia en cuestión, sobre todo en las fases iniciales de la investigación. En este sentido, se debe asumir que las diligencias de investigación que se practiquen irán conformando un material probatorio que, si ha sido legalmente obtenido, podrá ser usado, indistintamente, en la persecución penal de ambos sujetos¹⁷⁴⁰. Ahora bien, evidentemente, su validez probatoria sólo podrá ser impugnada, por aquel sujeto frente al que se pretenda hacer valer en juicio como prueba de cargo.

Volviendo a la cuestión de la legitimidad y la suficiencia del consentimiento, tal y como quedó expresado *ut supra*, si el despacho, o el espacio de que se trate, pudiese ser considerado domicilio de ambos, esto es, de la persona física y de la persona jurídica, en caso de conflicto entre ellos, prevalecería la voluntad de quien niega la entrada. Sin embargo, en vista de las distintas concepciones que existen de los domicilios de las personas naturales y morales, esa no será la situación habitual, salvo que los documentos internos de la entidad se custodien en la morada de uno de sus miembros.

Ello no obsta a que el registro del despacho de un trabajador puede afectar, simultáneamente, al derecho a la inviolabilidad domiciliaria de la entidad y a la intimidad del empleado¹⁷⁴¹. En este contexto, la facultad de exclusión de este último podría hacerse depender de que existiese, por su parte, una expectativa razonable de

¹⁷³⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 117.

¹⁷³⁸ Cfr. Ídem. pp. 115-116.

¹⁷³⁹ Cfr. Ídem. p. 116.

¹⁷⁴⁰ Cfr. Ídem. pp. 116-117.

¹⁷⁴¹ En esta línea, el TS ha dicho que el despacho de un ciudadano pertenece a su esfera de privacidad protegida por la Constitución, aunque no esté situada en el lugar donde el ciudadano tiene su domicilio particular, en sentido estricto (STS (Sala 2ª) núm. 2206/1993, de 11 de octubre, RJ 1993/7371, F. J. 1º).

privacidad o no¹⁷⁴², la cual, como se refirió *ut supra*, es susceptible de modulación, en el ámbito empresarial, a través del establecimiento de reglas internas o protocolos de actuación¹⁷⁴³. Sin embargo, considero que la mera expectativa razonable de privacidad del trabajador, no es suficiente para negar la entrada y registro a las autoridades de persecución penal, en tanto que tal poder de exclusión se limita al ámbito domiciliario que goza de una especial protección y que, en el caso de las personas físicas, no suele corresponderse con el despacho profesional.

En este sentido, el trabajador no puede negar la entrada a las autoridades de persecución penal a su despacho profesional, al igual que no puede impedir el registro de un automóvil o un trastero de su propiedad, aun cuando el registro de tales espacios pueda vulnerar su intimidad. En definitiva, aun cuando el directivo tenga en su despacho informaciones íntimas o privadas, y goce de una razonable expectativa de privacidad, el representante de la entidad podrá consentir válidamente sobre su registro, en tanto que espacio integrante del domicilio de la persona jurídica. Ahora bien, la legalidad de los hallazgos, de tal registro lícito, podría ser exitosamente impugnada por la persona individual, frente a la que pretendiesen esgrimirse como pruebas de cargo, si su intimidad, que no su inviolabilidad domiciliaria, hubiese sido vulnerada durante la práctica de la diligencia en cuestión.

En vista de las anteriores reflexiones, cabe concluir que, siempre que una situación de flagrancia o urgencia no lo impida, es recomendable que exista una autorización judicial habilitante para la entrada y registro del domicilio de una persona jurídica. En primer lugar, porque la existencia de voluntades concurrentes aptas para actuar por la entidad podría llevar a un conflicto, si unos consienten y otros niegan la entrada, que resultaría en la necesidad de solicitar una orden judicial. En segundo lugar, porque la delimitación de los espacios dotados de protección constitucional es imprecisa¹⁷⁴⁴, con lo que, solicitando una orden judicial, se asegura la legalidad de la diligencia en cuestión. En

¹⁷⁴² Tal y como afirma RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “El principio de la expectativa razonable...ob. cit., el TC, en recientes sentencias, tales como las SSTC 12/2012, de 30 de enero y 74/2012, de 16 de abril, ha hecho propia la esencia misma del “concepto de expectativa razonable de privacidad; que reside en derivar los contornos mismos del derecho fundamental concernido del entorno de la privacidad, no tanto en su configuración formal, como en ese poder que todo ciudadano tiene de hacerlo valer frente a los poderes públicos o al resto de la sociedad: el llamado derecho de exclusión”.

¹⁷⁴³ En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 117-118, considera que para determinar la licitud del registro autorizado por la persona jurídica en dependencias, despachos o espacios similares utilizados por empleados, y por lo tanto la licitud de las fuentes de prueba así obtenidas, entra en juego la “expectativa razonable de privacidad” del empleado. En consecuencia, si el desarrollo normal de la actividad de la empresa, permite a los empleados inferir que sus despachos, o similares, son inmunes a la actuación de la entidad, entonces no se legitimaría la inspección de tales espacios por parte de la entidad, ni sería válido el consentimiento de los representantes de la misma para una entrada y registro por parte de las autoridades de persecución penal. Por el contrario, si existen protocolos o reglas de uso de tales espacios que advierten de la facultad inspectora de la empresa en tales espacios, se destruiría la expectativa razonable de privacidad, facultando a los representantes de la entidad para consentir el registro policial del despacho del empleado, sin vulnerar el derecho a la intimidad de este último.

¹⁷⁴⁴ En este sentido, en la STS (Sala 2ª) núm. 860/1995, de 6 de julio, RJ 1995\5387, F. J. 3º, se recomienda que, dada la imprecisión que puede existir respecto de si el órgano judicial reputará domicilio o no el lugar registrado, como medida de prudencia, que la policía acuda al Juzgado para obtener la correspondiente autorización judicial cuando de oficinas, despachos o establecimientos mercantiles se trate.

tercer lugar, porque pudiendo concurrir derechos diversos al de la inviolabilidad del domicilio de la persona jurídica, parece prudente que sea un Juez el que pondere y valore la necesidad y la intensidad de la intervención. Sin embargo, dicho esto, nada obsta para que, en determinados casos, la entrada y registro se entienda válidamente efectuada tras el consentimiento de alguno de los representantes de la entidad, que podrá estar presente durante el trascurso de la diligencia en cuestión (art. 569 LECrim)¹⁷⁴⁵.

En cuanto a la forma en que se ha de prestar tal consentimiento¹⁷⁴⁶, la regla general es que debe ser inequívoco, pero no tiene por qué ser expreso, entendiéndose que concurre el consentimiento presunto cuando el requerido ejecuta los actos necesarios que de él dependan para que se produzca la entrada y registro, sin invocar la inviolabilidad domiciliaria¹⁷⁴⁷. Ahora bien, hay que tener en cuenta que, como regla general, el problema de si hubo o no consentimiento ha de ser interpretado de manera ciertamente restrictiva, esto es, de la forma más favorable para el titular domiciliario (*in dubio libertatis*), debiendo analizarse racionalmente el comportamiento del propio interesado, “antes, durante y después”, así como las manifestaciones de cuantos pudieron estar presentes cuando el registro se llevó a cabo¹⁷⁴⁸.

En este punto, parece conveniente reflexionar sobre los vicios que podrían invalidar el consentimiento del representante, como sujeto mayor de edad, capaz y facultado para actuar en nombre de la entidad, que serían el error esencial, la violencia y la intimidación. En relación con las personas jurídicas, la novedad de la reforma, así como la indefinición de los espacios que se consideran protegidos, podría tener relevancia en cuanto a la apreciación de error en el consentimiento por parte del representante¹⁷⁴⁹. Por lo tanto, resulta aconsejable, a fin de evitar nulidades probatorias posteriores, que los agentes que pretendan llevar a cabo un registro sin autorización judicial le informen de su facultad de negar la entrada en el domicilio de la entidad.

Por último, señalar que, en cuanto a la práctica del registro, el art. 569 LECrim establece que el mismo se hará a presencia del interesado, o de la persona que legítimamente le represente y que si éstos se resisten a presenciarlo podrán cometer un delito de desobediencia grave a la autoridad (art. 556.1 CP), sin perjuicio de que la

¹⁷⁴⁵ Se afirma, en tal sentido, que existe la obligación de notificar el auto a la persona interesada (arts. 550 y 566 LECrim) necesaria, entre otras cosas, para permitir la presencia del interesado o de quien legítimamente le represente (art. 569 LECrim).

¹⁷⁴⁶ Véase, sobre el consentimiento a la entrada, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., pp. 350-353, con numerosas citas jurisprudenciales.

¹⁷⁴⁷ En este sentido, el TS afirma que la duda sobre el consentimiento presunto hay que resolverla en favor de la no autorización, en tanto que el problema de si hubo o no consentimiento ha de ser interpretado de manera restrictiva, de la forma más favorable para el titular domiciliario (SSTS (Sala 2ª) núm. 340/1997, de 7 de marzo, RJ 1997\1958, F. J. 3º; (Sala 2ª) núm. 633/1998, de 26 de junio, RJ 1998\5598, F. J. 4º); Sobre esta cuestión pueden verse, así mismo, las reflexiones de LUZÓN CUESTA, J. Mª., *La prueba en el proceso penal*...ob. cit., p. 41.

¹⁷⁴⁸ Ver, entre otras, SSTS (Sala 2ª) núm. 340/1997, de 7 de marzo, RJ 1997\1958, F. J. 3º; (Sala 2ª) núm. 633/1998, de 26 de junio, RJ 1998\5598, F. J. 4º, Sobre esta cuestión, véase LUZÓN CUESTA, J. Mª., *La prueba en el proceso penal*...ob. cit., p. 40.

¹⁷⁴⁹ En este sentido, la STS (Sala 2ª) núm. 204/1995, de 15 de febrero, RJ 1995\865, en el caso de una habitación de hotel, entendió que las dudas sobre el error acerca de su consideración como domicilio debieron haber beneficiado a los acusados.

diligencia se practique igualmente. Pues bien, la amenaza de incurrir en responsabilidad penal, en mi opinión, no resulta aplicable a los representantes de las personas jurídicas, en tanto que, las diligencias de la instrucción que autorizan o requieren la presencia del investigado, en el caso de los entes colectivos, pueden practicarse sólo con el abogado defensor, pudiendo estar ausente el representante del ente (art. 120 LECrim), lo cual no invalidará, en absoluto, los resultados arrojados por la diligencia, siempre y cuando tal ausencia se deba a una decisión deliberada de los órganos de la entidad y no a la falta de citación válida para acudir al registro.

5.2.2.- La persona jurídica y el derecho al secreto de las comunicaciones

5.2.2.1.- Titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones por parte de las personas jurídicas

El derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), aunque tiene cierta relación con el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), en realidad constituye un derecho autónomo e independiente de aquél¹⁷⁵⁰. De hecho, el fundamento de la protección constitucional de ambos derechos, su ámbito de protección y su régimen jurídico son distintos¹⁷⁵¹. En este sentido, en cuanto a la caracterización general de ambos derechos fundamentales, atendiendo a la doctrina del TC¹⁷⁵², ha de subrayarse que la noción de intimidad constitucionalmente protegida es un concepto de carácter objetivo o material, mediante el cual el ordenamiento jurídico otorga protección al área que cada uno se reserva para sí o para sus íntimos, un ámbito reservado de la vida de las personas, excluido del conocimiento de terceros. Por el contrario, el secreto de las comunicaciones, que la Constitución garantiza salvo resolución judicial, responde a un concepto rigurosamente formal, en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido, que no tiene por qué ser necesariamente íntimo, reservado o personal¹⁷⁵³. Por otra parte, la especial protección que se otorga, constitucionalmente, al secreto de las comunicaciones responde, particularmente, a la vulnerabilidad de las mismas cuando se producen, en canal cerrado, a través de la intermediación técnica de un tercero, pretendiéndose, con la garantía constitucional, que todas las comunicaciones, incluidas las electrónicas, puedan realizarse con libertad.

A los efectos que aquí interesan, resulta destacable que tanto la doctrina¹⁷⁵⁴ como la jurisprudencia¹⁷⁵⁵ se muestran prácticamente unánimes a la hora de afirmar la titularidad

¹⁷⁵⁰ En este sentido, la STC 281/2006, de 9 de octubre, F. J. 3º, se refiere al diferente y autónomo ámbito de protección de los derechos fundamentales a la intimidad personal (art. 18.1 CE) y al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) que se proyecta sobre el régimen de protección constitucional de ambos derechos. Se afirma, así mismo, que este reconocimiento autónomo del derecho al secreto de las comunicaciones no impide, naturalmente, que pueda contribuir a la salvaguarda de otros derechos, libertades o bienes constitucionalmente protegidos, como el secreto del sufragio activo, la libertad de opinión, ideológica y de pensamiento, la libertad de empresa, la confidencialidad de la asistencia letrada o el derecho a la intimidad personal y familiar: Por su parte, LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Las intervenciones telefónicas en el proceso...ob. cit., p. 87, desmiente que el derecho al secreto de las comunicaciones constituya una concreción o especie del derecho a la intimidad.

¹⁷⁵¹ Así se desprende, en primer lugar, de su reconocimiento en la CE en dos apdos. distintos del art. 18. Así pues, el 18.1 CE se refiere al derecho a la intimidad personal y familiar, mientras que el 18.3 CE se refiere al secreto de las comunicaciones estableciéndose, sólo en este último, la necesidad de autorización judicial para su limitación; Igualmente, este distinto contenido y régimen jurídico se refleja en la jurisprudencia constitucional (ver SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 281/2006, de 9 de octubre, entre otras).

¹⁷⁵² Ver, por todas, STC 170/2013, de 7 octubre, F. J. 4º.

¹⁷⁵³ Sobre esta distinción entre el carácter material del derecho a la intimidad y el carácter formal del secreto, se pueden consultar, así mismo, las siguientes resoluciones: STC 114/1984, de 29 de noviembre; ATS (Sala 2ª) de 18 de junio de 1992, RJ 1992/6102; STS (Sala 1ª, Sección1ª) núm. 678/2014, de 20 de noviembre, RJ 2014\6116.

¹⁷⁵⁴ LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Las intervenciones telefónicas en el proceso...ob. cit., p. 87; NOYA FERREIRO, Mº. L., *La intervención de las comunicaciones orales directas...*ob. cit., pp. 92-93; LÓPEZ BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid,

del derecho al secreto de las comunicaciones por parte de las personas jurídicas, al contrario de lo que ocurre con la intimidad personal y familiar. Así pues, cabe afirmar que el secreto de las comunicaciones presenta, como objeto directo de protección el proceso de comunicación en libertad¹⁷⁵⁶, por lo que se considera compatible, y por ende extensible, a los entes colectivos. De igual manera, la configuración de este derecho, como merecedor de una protección abstracta y de carácter formal, esto es, desvinculada del contenido íntimo de lo comunicado, facilita su extensión a las personas jurídicas, a pesar de que carezcan de intimidad en sentido estricto. En este sentido, para poder afirmar que la persona jurídica es titular del derecho al secreto de las comunicaciones será suficiente con que aparezca como emisora o receptora de una comunicación sin que, en principio, el contenido íntimo de la misma resulte relevante a efectos de la protección que el derecho otorga.

A mayor abundamiento, como la persona jurídica es titular del derecho al secreto de las comunicaciones que se realizan en su nombre y por su cuenta, o a través de los medios telefónicos o telemáticos de su titularidad, pero no es titular del derecho a la intimidad¹⁷⁵⁷, cabe afirmar que, practicada una determinada diligencia de investigación, y descartada la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, las fuentes de prueba obtenidas serán consideradas lícitas como prueba de cargo contra la entidad, sin perjuicio de que puedan vulnerarse otros deberes de reserva o, incluso, el derecho a la intimidad de una concreta persona física. Así, por ejemplo, habiéndose incautado ciertos archivos o cierta documentación, que se hallaba fuera del domicilio de la persona jurídica, sin que ello suponga interceptación de comunicaciones actuales realizadas a través de un artificio técnico, tales documentos podrán considerarse legítimamente obtenidos, en tanto que, descartada la vulneración de los derechos a la inviolabilidad domiciliar y al secreto de las comunicaciones, y no siendo la entidad titular del derecho a la intimidad, queda descartada la vulneración de derechos fundamentales en su obtención.

2011, p. 121; RIVES SEVA, A. P., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 31; DE URBANO CASTRILLO, E., *El derecho al secreto de las comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 145-146; ROMERO PAREJA, A., "Intervención de las comunicaciones", *Diario La Ley*, núm. 7816, 12 de marzo de 2012, entre otros.

¹⁷⁵⁵ Se pueden ver, a modo de ejemplo, las SSTS (Sala 2ª) núm. 1463/1997, de 2 de diciembre, RJ 1997\8762, F. J. 1º; (Sala 2ª) núm. 579/1998, de 22 de abril, RJ 1998\3811, F. J. 2º; También STEDH de 2 de agosto de 1984. Caso Malone c. Reino Unido; STEDH de 16 de febrero de 2000. Caso Amman c. Suiza.

¹⁷⁵⁶ SSTC 114/1984, de 29 de noviembre; 281/2006, de 9 de octubre y 170/2013, de 7 octubre, F. J. 4º, entre otras.

¹⁷⁵⁷ Según el TC el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 CE se relaciona con un ámbito propio y exclusivo de las personas físicas, ya que por su propio contenido y naturaleza se refiere a la vida privada de las personas individuales y sin que, en principio, las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades quedará, en su caso, protegida por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada (ATC 257/1985, de 17 de abril, F. J. 2º y STC 137/1985, de 17 de octubre, F. J. 2º).

5.2.2.2.- Ámbito de protección del derecho al secreto de las comunicaciones

Según DEL MORAL GARCÍA, el hecho de que la persona jurídica puede ocupar la posición de sujeto pasivo en un proceso penal no debería afectar al régimen de intervenciones telefónicas¹⁷⁵⁸. Hasta ahora la regulación vigente permitía, cuando se daban los presupuestos y requisitos para ello, y era necesario para la investigación, adoptar ese tipo de medidas, aunque el titular del local o del teléfono fuese una persona jurídica. Por lo que, siempre según el citado autor, el mismo nivel de protección será exigible antes y después de la reforma¹⁷⁵⁹. Afirmación, esta última, de la que disiento dado que, tal y como se refirió *ut supra*, al aparecer la persona jurídica sujeta a un proceso penal y ser pasible de penas, estando, por lo tanto, en juego su patrimonio, su libertad de autoorganización o, incluso, su existencia jurídica, el ámbito de protección de sus derechos podría verse fortalecido. En este sentido, otros autores consideran conveniente regular específicamente la intervención de las comunicaciones de las personas jurídicas investigadas, por ser éstas titulares del derecho al secreto, en tanto que destinatarias o remitentes de misivas, mensajes electrónicos y comunicaciones telefónicas, lo cual ha de ser tomado en consideración por el Juez que autoriza la interceptación¹⁷⁶⁰.

Como se indicó en el apdo. anterior, la titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones por parte de las personas jurídicas es afirmado de forma prácticamente unánime. Sin embargo, resulta evidente que la persona jurídica no se comunica por sí misma, sino que lo hace a través de las personas físicas que actúan en su seno. Por este motivo, en la mayoría de los casos en que exista una interceptación de comunicaciones de los medios telemáticos, telefónicos o postales de una persona jurídica, se dará una superposición de titularidades del derecho objeto de injerencia¹⁷⁶¹. Resulta necesario, por lo tanto, reflexionar sobre cómo, los límites y el contenido de tal derecho, pueden verse afectados por esa duplicidad de titularidades de la persona física que se comunica y de la persona jurídica, que ostenta la titularidad de los medios de comunicación o en nombre de la cual se realizan las comunicaciones interceptadas.

Hay partir de que el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones es personal y se concede al usuario de un determinado servicio de comunicaciones, independientemente de quien sea el abonado. Esto implica reconocer plena autonomía al interlocutor frente al titular de los medios de comunicación¹⁷⁶². Por lo tanto, el

¹⁷⁵⁸ DEL MORAL GARCÍA, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal...* ob. cit., p. 51; Así mismo, GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...” ob. cit., p. 24, sostiene que no es absolutamente necesario modificar el régimen de intervención de comunicaciones por el hecho de que la persona jurídica pudiese resultar imputada.

¹⁷⁵⁹ DEL MORAL GARCÍA, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal...* ob. cit., p. 51

¹⁷⁶⁰ Cfr. PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...” ob. cit., p. 164.

¹⁷⁶¹ En este sentido, GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...” ob. cit., p. 35, observa que esta materia parece especialmente difícil, pues la necesaria actuación de la persona jurídica a través de personas físicas hace que confluyan los derechos y garantías reconocidos la persona jurídica como tal con los que se reconocen a la persona física en su condición de representante de la entidad.

¹⁷⁶² En este sentido, argumenta RODRIGUEZ LAINZ, J. L., “Identificación del terminal y sujeto pasivo en la intervención judicial de comunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 6585, 7 de noviembre de 2006, que se trata de un derecho subjetivo y personal que corresponde al usuario del servicio de telecomunicación,

empleado, usuario del medio de comunicación de que se trate, podrá ver vulnerado su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, aun cuando la interceptación telefónica o telemática de los medios de titularidad de la persona jurídica se acuerde exclusivamente para investigar la responsabilidad de la persona jurídica.

Así pues, lo primero que se debe determinar es cuáles son las comunicaciones que se consideran “de la persona jurídica”, esto es, cuales son los procesos comunicativos respecto de los que la entidad colectiva puede afirmar ser titular del derecho al secreto de las comunicaciones. La respuesta a esta pregunta viene determinada por el carácter formal del derecho al secreto, que protege el proceso comunicativo en cuanto tal, y no en atención al contenido de lo comunicado. Por lo tanto, se considerarán protegidas por el derecho al secreto de titularidad de la persona jurídica aquellas comunicaciones en las que sea la entidad la que aparezca formalmente como remitente o destinataria, independientemente de que el contenido de lo comunicado se refiera a cuestiones empresariales o a cuestiones personales de los miembros de la entidad, íntimas o banales, secretas o de público conocimiento. Piénsese, por ejemplo, en comunicaciones postales que, sin identificar a la persona física emisora o destinataria, se dirijan o se remitan indicando sólo la identidad corporativa de la persona jurídica. Igualmente cabe presumir que se encuentran protegidas por el derecho al secreto de las comunicaciones de la entidad las realizadas en su nombre y por su cuenta, por sus dirigentes o representantes.

Ahora bien, sólo cuando aparezca como única destinataria o remitente la propia persona jurídica, o sus órganos en cuanto tal, se podrá considerar que la única titular del derecho es la entidad¹⁷⁶³. Por el contrario, siempre que resulte determinable la identidad del concreto comunicante, aunque las líneas sean de titularidad de la persona jurídica o el contenido de lo comunicado haga referencia a datos empresariales, se verá afectado, igualmente, el derecho a las comunicaciones del interlocutor, persona física, independientemente de que esté siendo investigado por la comisión del delito o no. Consecuentemente, las comunicaciones que se realicen por un representante o administrador, incluso si se comunica actuando en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en atención a su cargo, siempre que tal individuo resulte identificable, “pertenece a ambos sujetos”, en el sentido de que su interceptación supondrá una injerencia en la esfera jurídica de sendas personas.

Esto se aprecia más claramente en las comunicaciones telefónicas, en las que la persona física comunicante, normalmente, se identifica de forma personal, aun cuando realice o reciba la llamada en atención al puesto que ocupa en la entidad¹⁷⁶⁴. Por lo tanto, cuando se intervienen líneas telefónicas, de titularidad de la persona jurídica, pero asignadas al uso de determinados directivos o empleados, se afectará al derecho fundamental de la persona física usuaria, y no sólo al de la entidad, aunque la investigación se dirija,

es decir, al comunicante, independientemente de que sea la parte relacionada contractualmente con el prestador de tal servicio.

¹⁷⁶³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 112.

¹⁷⁶⁴ En este sentido, FGE, Circular 1/2011, p. 105, señala que, en el caso de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, deberían respetarse las mismas exigencias que para las personas físicas, por cuanto, aun a pesar de ser las líneas de titularidad de la persona jurídica, son las personas que las utilizan los titulares del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

exclusivamente, a determinar la responsabilidad de la persona jurídica o, incluso, los hechos internos que la fundamentan¹⁷⁶⁵, tales como el defecto de organización o el ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control.

Por el contrario, en una comunicación electrónica o postal es muy posible que figure como única destinataria la entidad, sin identificarse el concreto miembro que envía o recibe la comunicación. Cabe sostener, por lo tanto, que, en el caso de la intervención de las comunicaciones postales y electrónicas, habrá que diferenciar en función del remitente y del destinatario, siendo el titular del derecho al secreto la concreta persona física a la que vaya dirigida la correspondencia, en caso de que se le remita a título personal, aunque sea en atención al cargo que ocupa. En cambio, será titular la persona jurídica, cuando se trate de correspondencia de carácter institucional, remitida por, o dirigida a, la propia entidad o, de forma genérica, a sus cargos en la organización o a su órgano de gobierno¹⁷⁶⁶.

En todo caso, para investigar un delito imputable a la persona jurídica, la intervención debería limitarse, en la medida de lo posible, a las comunicaciones de ésta, evitando, la afectación del derecho al secreto de las personas físicas que la integran¹⁷⁶⁷. Esta duplicidad de titularidades, en relación con la misma comunicación, implica que el destinatario de la medida no es el único sujeto que se ve afectado por la misma, lo cual tiene relevancia desde tres puntos de vista diferentes que serán objeto de desarrollo en el siguiente epígrafe. En primer lugar, en cuanto a la identificación que el Juez de Instrucción debe hacer de los sujetos pasivos en el auto por el que se acuerde la medida de interceptación. En segundo lugar, en cuanto a qué sujetos están legitimados para impugnar la ilicitud de la medida. Y en tercer lugar, a la hora de determinar quiénes son terceros en relación con ese proceso comunicativo.

5.2.2.3.- Sujetos afectados por la limitación procesal al secreto de las comunicaciones. Legitimidad procesal

Uno de los problemas que plantea esta diligencia, y que parece agudizarse en las investigaciones seguidas frente a las personas jurídicas, sería la falta de coincidencia plena entre los sujetos investigados y los que se ven afectados por la interceptación de comunicaciones. Así pues, en ocasiones, resultará necesario restringir los derechos fundamentales de sujetos ajenos a la dinámica delictiva, por el mero hecho de que mantienen una relación orgánica, laboral o funcional con la entidad investigada. En este sentido, es preciso determinar si resulta legítimo restringir los derechos de una persona física, no investigada, para determinar la responsabilidad de una persona jurídica. Y a la inversa, cabría plantearse si es lícito interceptar comunicaciones de la persona jurídica para determinar las responsabilidades individuales, aun cuando la persona jurídica no

¹⁷⁶⁵ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...ob. cit.*, p. 111.

¹⁷⁶⁶ *Idem.*, p. 112.

¹⁷⁶⁷ Cfr. FGE, Circular 1/2011, p. 105.

resulte sospechosa, por ejemplo, por tratarse de la investigación de un delito no imputable a las entidades colectivas.

A tal fin, lo primordial, en cada caso, será determinar a quién corresponde la titularidad del derecho fundamental afectado por la diligencia de investigación y no tanto a quien implican los hechos que se quieren investigar, cuyo deslinde en la fase de instrucción, y especialmente en sus inicios, resultaría complicado¹⁷⁶⁸. Por eso, desde el punto de vista subjetivo, hay que partir de la base de que la medida de interceptación de comunicaciones no tiene por qué limitarse, estrictamente, a los sujetos investigados o sospechosos, sino que puede extenderse a otras personas, cuando se justifique su necesidad para la investigación, pudiendo ser empleadas las fuentes de prueba, así obtenidas, frente a cualquiera de los investigados.

Esta interpretación, con la recientemente derogada regulación de la interceptación de comunicaciones, podía encontrar ciertos inconvenientes derivados de un entendimiento estricto de la literalidad del caduco texto legal, que sólo permitía extender tal diligencia de investigación a las personas sobre las que existiesen indicios o sospechas y a las comunicaciones de las que se sirviesen para la realización de sus fines delictivos (art. 579.3 LECrim). Tal base positiva resultaría insuficiente para interceptar las comunicaciones de terceros ajenos a la dinámica delictiva. A pesar de ello, la jurisprudencia, tanto del TC como del TS, ya se orientaba en la dirección de la regulación actual, en el sentido de no limitar la medida de interceptación, de forma exclusiva, a los sujetos investigados¹⁷⁶⁹. En este sentido, según el TC, la previa

¹⁷⁶⁸ En ese sentido, se expresa GASCÓN ICHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 109-110, concluyendo que “no hace falta (...) que coincidan la persona cuyos derechos fundamentales se vulneran y la persona que es protagonista de los hechos objeto de investigación”.

¹⁷⁶⁹ Así pues, según consolidada opinión jurisprudencial, como regla general, la interceptación de las comunicaciones sólo debería afectar a los presuntos autores o partícipes del delito investigado, esto es, a las personas sobre las que recaigan los indicios acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave, determinándose con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas. Así pues, el TC afirma que “la conexión entre la causa justificativa de la limitación pretendida –la averiguación de un delito– y el sujeto afectado por ésta –aquél de quien se presume que pueda resultar autor o partícipe del delito investigado o puede hallarse relacionado con él– es un “*prius*” lógico del juicio de proporcionalidad”, del que depende la legitimidad constitucional de la medida en cuestión (En este sentido, ver, entre otras, las SSTC 14/2001, de 29 de enero, F. J. 5º; 253/2006, de 11 de septiembre, F. J. 2º; 219/2006, de 3 de julio, F. J. 3º; 197/2009, de 28 de septiembre, F. J. 4º). Ahora bien, no es menos cierto que la jurisprudencia, en ciertos supuestos, ya venía admitiendo la interceptación de las comunicaciones de aquellos que se comunicaban con el imputado, siempre y cuando la interceptación resultase *ex ante* apta para aportar datos esclarecedores sobre las responsabilidades penales dimanantes de los hechos objeto de investigación o para descubrir a nuevos sospechosos (SSTS (Sala 2ª) núm. 1463/1997, de 2 de diciembre, RJ\1997\8762, F. J. 1º; (Sala 2ª) núm. 1052/1998, de 21 de septiembre, RJ 1998\7497, F. J. 1º; (Sala 2ª) núm. 442/2005, de 11 de abril, RJ 2005\4351, F. J. 1º). En esta línea, se afirma que del conjunto de la jurisprudencia del TC “no se desprende que la previa identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir resulte imprescindible para entender expresado el alcance subjetivo de la medida, excluyendo la legitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas que, recayendo sobre sospechosos, se orienten a la identificación de los mismos u otorgando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir. A la vista de los avances tecnológicos en el ámbito de la telefonía –por ejemplo, con la aparición de teléfonos móviles y tarjetas prepago, que dificultan la identificación de los titulares y usuarios, facilitando el intercambio de los teléfonos– esas exigencias resultarían desproporcionadas por innecesarias para la plena garantía del

identificación de los titulares o usuarios de las líneas telefónicas a intervenir no resulta imprescindible, excluyendo la ilegitimidad constitucional de las intervenciones telefónicas tendentes a identificar a los sospechosos, aun no individualizados, y restando relevancia constitucional a cualquier error respecto de la identidad de los titulares o usuarios de las líneas a intervenir¹⁷⁷⁰.

Sin embargo, la nueva regulación de la LECrim permite intervenir los terminales o medios de comunicación que sean usados, ocasional o habitualmente por el investigado, ya como emisor, ya como receptor de las comunicaciones (art. 588 ter b) 1 LECrim) o, incluso, cuando el investigado sea, simplemente, el titular de los equipos y no el usuario (art. 588 ter b) 2 LECrim). Por otra parte, se regula la afectación de terceros por la medida de interceptación disponiendo que, aunque los terminales pertenezcan a terceras personas, distintas del investigado, se admitirá la interceptación, si existe constancia de que tales equipos son usados por el investigado para comunicarse o cuando el titular de los mismos, colabore con el investigado en sus fines ilícitos o se beneficie de su actividad (art. 588 ter c) LECrim).

Este nuevo marco normativo sirve de base legal para intervenir los teléfonos de propiedad de la persona jurídica investigada, independientemente de qué concretas personas físicas los usen, en tanto que la titularidad de los mismos, por parte del investigado, resulta suficiente para justificar la interceptación (art. 588 ter b) 2 LECrim). A mayor abundamiento, es posible entender que cualquier integrante de la entidad es usado por la persona jurídica investigada *para transmitir o recibir información*, único requisito exigible para interceptar terminales o medios de comunicación de terceros (art. 588 ter c) 1º LECrim), sin necesidad de que exista un uso instrumental de tales sujetos, no investigados, para la realización de fines delictivos. Esta disposición podría servir, así mismo, para interceptar las comunicaciones de los terminales o medios de comunicación personales de ciertos trabajadores de la entidad, aun cuando el proceso se dirigiese, exclusivamente, frente a la persona jurídica.

En este sentido, el hecho de que sólo fuese investigada una persona jurídica no impediría que se interceptasen las comunicaciones de algunos de sus trabajadores o representantes¹⁷⁷¹ o, incluso, de todos ellos o de los miembros de un determinado departamento o de una división de la organización. Ahora bien, resulta imprescindible que tal medida, para ser respetuosa con el derecho al secreto de las comunicaciones,

derecho y gravemente perturbadoras para la investigación de delitos graves, especialmente cuando éstos se cometen en el seno de estructuras delictivas organizadas” (STC 150/2006, de 22 de mayo, F. J. 3º).

¹⁷⁷⁰ En sentido contrario, PELAYO JIMÉNEZ, R. C., “Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente: intromisión ilegítima en el derecho a la defensa”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 795, 2010, pp. 1-6, p. 4, afirma que para entender motivada la medida de intervención (además de una previsión legal), se exige que, en la resolución judicial que la ordene, se exterioricen los datos objetivos sobre la posible comisión de un hecho delictivo grave y la conexión de los afectados con los hechos investigados, por lo que una indeterminación subjetiva de la intervención ordenada revelaría su radical ilegitimidad.

¹⁷⁷¹ Sin embargo, la FGE, Circular 1/2011, p. 105, parece mantener una postura contraria ya que sostiene que “*en lo que respecta a las intervenciones postales, será exigible la intervención judicial previa y la proporcionalidad que aseguren que el objeto de la intervención viene referido exclusivamente a datos comunicados por la persona jurídica, evitando que se afecte al secreto postal de las personas físicas que la integran*”. Añadiendo a continuación que respecto de las comunicaciones telefónicas y telemáticas debería mantenerse un criterio aún más estricto.

cumpla con las exigencias de especialidad, idoneidad, excepcionalidad¹⁷⁷², necesidad y proporcionalidad¹⁷⁷³ (art. 588 bis a) 1 LECrim)¹⁷⁷⁴. Por lo tanto, si una persona jurídica está siendo investigada, en principio, no será necesario, para interceptar las comunicaciones que se producen en su seno, que todas y cada una de las personas físicas comunicantes estén siendo personalmente investigadas, sin embargo, en virtud de los principios de necesidad e idoneidad, el ámbito de la interceptación ha de limitarse al estrictamente necesario para los fines de la investigación. Además, en la medida en que tales datos resulten conocidos, en la solicitud de autorización judicial para practicar la intervención, deberá especificarse, no sólo la identidad del investigado, sino también la de cualquier otro afectado por la diligencia (art. 588 bis b) 2. 1º LECrim).

La nueva regulación de la interceptación de comunicaciones permite, así mismo, grabar las conversaciones que, en relación con una determinada cuestión, se hayan mantenido en el seno de la persona jurídica, con independencia de la identidad de las personas físicas autoras de las mismas, por ejemplo, interviniendo todas las líneas telefónicas o toda la correspondencia electrónica de una división o de un departamento de la

¹⁷⁷² La excepcionalidad implica que no es tolerable la petición sistemática de las medidas de injerencia, debiendo acreditarse, en todo caso, una previa y suficiente investigación policial que, por las dificultades que presenta, necesite de la intervención de la comunicación (Cfr. STS (Sala 2ª) núm. 1698/2001, de 10 de noviembre, RJ 2002/561). Y, además, implica que no existan otros medios menos gravosos para avanzar en la investigación. Así pues, la necesidad, excepcionalidad e idoneidad de la medida, suponen que, partiendo de la existencia de indicios de delito y de la intervención del sospechoso, “suficientemente consistentes, aquélla *solo debe acordarse cuando, desde una perspectiva razonable, no estén a disposición de la investigación, en atención a sus características, otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales del investigado y, potencialmente, también útiles para la investigación*” (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 740/2012, de 10 de octubre, RJ 2012/9473, F. J. 2º).

¹⁷⁷³ La proporcionalidad de la medida implica que quede reservada a los delitos de mayor entidad o gravedad, para cuya determinación se atenderá, no solo a la gravedad de la pena, sino también a su trascendencia y repercusión social (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 740/2012, de 10 de octubre, RJ 2012/9473, F. J. 2º; En la misma línea, STC 104/2006, de 3 de abril, F. J. 8º). Este requisito, implica, además, en primer lugar, que la medida sea idónea para alcanzar el fin constitucionalmente legítimo perseguido por ella, esto es, la investigación del delito (juicio de idoneidad); en segundo lugar, que sea necesaria o imprescindible para ello, esto es, que no existan otras medidas menos gravosas que, sin imponer sacrificio alguno de derechos fundamentales o con un sacrificio menor, sean igualmente aptas para dicho fin (juicio de necesidad); y, por último, que se deriven de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o intereses en conflicto o, dicho de otro modo, que el sacrificio impuesto al derecho fundamental no resulte desmedido en relación con la gravedad de los hechos y las sospechas existentes (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) (STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. J. 3º). Por su parte, el art. 588 bis a) 5 LECrim dispone que “*Las medidas de investigación (...) solo se reputarán proporcionadas cuando, tomadas en consideración todas las circunstancias del caso, el sacrificio de los derechos e intereses afectados no sea superior al beneficio que de su adopción resulte para el interés público y de terceros. Para la ponderación de los intereses en conflicto, la valoración del interés público se basará en la gravedad del hecho, su trascendencia social o el ámbito tecnológico de producción, la intensidad de los indicios existentes y la relevancia del resultado perseguido con la restricción del derecho*”.

¹⁷⁷⁴ Un exhaustivo resumen de los requisitos que la jurisprudencia venía exigiendo en relación con la medida de interceptación de comunicaciones puede verse en el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de L.O. de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica, disponible en <http://pdfs.wke.es/2/1/8/8/pd0000102188.pdf>, pp. 30-33. Tales requisitos serían: exclusividad jurisdiccional, finalidad estrictamente probatoria, proporcionalidad, limitación temporal, excepcionalidad, especialidad del hecho delictivo que se investigue, existencia previa de indicios de la comisión de un delito, existencia previa de un proceso de investigación penal, motivación suficiente de la resolución judicial y control judicial en la ordenación, desarrollo y cese de la medida de intervención.

entidad¹⁷⁷⁵. En este sentido, podría acordarse una interceptación de comunicaciones dirigida a poner de manifiesto la ausencia de las debidas medidas de supervisión, vigilancia y control o su falta de implementación efectiva por el órgano encargado de supervisar la eficacia de los controles internos de la entidad (31 bis 2. 2º, 31 bis 2. 4º y 31 bis 4 CP). Aunque tal falta o insuficiencia de medidas preventivas no constituye un delito autónomo, es un elemento constitutivo de la responsabilidad de la entidad, cuya acreditación resulta, por lo tanto, necesaria para comprobar el hecho investigado o para determinar a sus autores, finalidades que legitiman la medida de interceptación (art. 588 bis a) 4 b) LECrim).

Ahora bien, como regla general, la interceptación sólo será admisible cuando se esté investigando un delito grave¹⁷⁷⁶, debiendo minimizarse, en la medida de lo posible, en atención a los principios de idoneidad, excepcionalidad y necesidad, la afectación del derecho al secreto de las comunicaciones, sobre todo, en relación con aquellos sujetos no investigados sobre los que no recae sospecha criminal alguna pero que, por su relación con el investigado y por su condición de titular de los medios de comunicación objeto de interceptación, resultan, igualmente, afectados por la medida.

Del mismo modo, desde el punto de vista opuesto, el hecho de que sólo haya sospechas sobre una determinada persona física no impide que sean interceptadas las comunicaciones que se realizan a través de los medios de titularidad de la empresa, aun cuando se trate de un delito no imputable a las personas morales. En este sentido, la nueva regulación de esta medida admite, tal y como se señaló *ut supra*, la posibilidad de intervenir terminales o sistemas de comunicación, aun cuando sólo sean usados por el investigado ocasionalmente (art. 588 ter b) 1 LECrim) o, incluso, si pertenecen a una tercera persona, cuando haya constancia, o bien de que el sospechoso se sirve de aquella para transmitir o recibir información (art. 588 ter c) a) LECrim), o bien de que el titular de los medios de comunicación se beneficia de la actividad del investigado (art. 588 ter c) b) LECrim), como ocurrirá, habitualmente, en el caso de la persona jurídica, que se aprovecha de la actividad ilegal de sus trabajadores.

Hay que tener en cuenta, además, que la regulación material de la responsabilidad penal de las personas jurídicas implica que éstas responden penalmente de los delitos cometidos por determinadas personas físicas lo cual, unido a la legítima finalidad de la medida de interceptación de comunicaciones, consistente en el descubrimiento de quienes puedan estar involucrados en la comisión de los hechos ilícitos investigados¹⁷⁷⁷,

¹⁷⁷⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica...* ob. cit., p. 111, se muestra favorable a admitir la posibilidad de intervención generalizada de comunicaciones telefónicas y/o telemáticas en el seno de la empresa.

¹⁷⁷⁶ En este sentido, el art. 588 ter a) LECrim, por remisión al art. 579.1 LECrim, limita esta medida a delitos dolosos castigados con pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión, a delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal, a delitos de terrorismo y delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación. Además, el art. 588 bis a) 5 LECrim dispone que la gravedad del hecho y su trascendencia social se valorarán a efectos de determinar la proporcionalidad del sacrificio en los derechos e intereses de los afectados.

¹⁷⁷⁷ El determinación de los autores del delito es una finalidad legítima de la medida de interceptación de comunicaciones de acuerdo con la jurisprudencia del TS (ver, por todas, STS (Sala 2ª) núm. 1052/1998,

hace posible que, ante la sospecha de haberse cometido un delito en el seno de una empresa, se use la interceptación del correo electrónico corporativo o de las líneas telefónicas de la entidad, precisamente, para determinar a los responsables individuales, siempre que el delito investigado sea grave y que tal medida resulta necesaria para su investigación. En este punto, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no supondría un cambio sustancial.

En definitiva, no pueda exigirse, en todo caso, que todos los sujetos afectados por la medida de interceptación estén predeterminados desde el principio de la investigación en el auto judicial que acuerda la intervención de las comunicaciones¹⁷⁷⁸, so pena de anular la utilidad de la diligencia como medida de investigación tendente a identificar a los presuntos culpables y a esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos. Ahora bien, cuando, como consecuencia de las escuchas o de la interceptación de las comunicaciones, se conozca la identidad de sujetos relacionados con los hechos investigados, a los que, inicialmente, no se dirigía la investigación, deberá producirse una concreción subjetiva del objeto del proceso, es decir, deberá dictarse la correspondiente autorización judicial complementaria, que atribuya al nuevo sospechoso el estatus de investigado, de acuerdo con las exigencias propias del principio de proporcionalidad¹⁷⁷⁹ y del derecho de defensa¹⁷⁸⁰.

Como recapitulación, cabe afirmar que es preciso evitar, en la medida de lo posible, interceptar las comunicaciones de aquellos sujetos que no están siendo investigados¹⁷⁸¹, aunque, en ocasiones, por la propia naturaleza de esta diligencia de investigación, resulta ineludible la injerencia en el derecho al secreto de los terceros que se comunican con el investigado o que emplean los medios telemáticos de su titularidad. En todo caso, para evaluar la legitimidad constitucional de la medida en cuestión, lo relevante será que en la motivación de la resolución de interceptación se haga explícito el juicio de proporcionalidad que justifique la necesidad de la intromisión y la idoneidad de su

de 21 septiembre, RJ 1998\7497, F. J. 1º) y ahora también expresamente prevista en el art. 588 bis a) 4 b) LECrim.

¹⁷⁷⁸ La solución contraria, según la STS (Sala 2ª) núm. 1052/1998, de 21 septiembre, RJ 1998\7497, F. J. 1º, determinaría, sin más, algo tan absurdo como que quedaran fuera de los efectos policiales, procesales y penales todas aquellas personas a quienes la intervención telefónica hubiera identificado como partícipes en la actividad delictiva objeto de la investigación; En el mismo sentido, la STS (Sala 2ª) núm. 442/2005, de 11 de abril, RJ 2005\4351, F. J. 1º, legitima la intervención de comunicaciones con terceros que participan en los hechos investigados, aun cuando su identidad sea conocida como consecuencia de las escuchas telefónicas, de forma que pueda apreciarse razonablemente la conexión entre el sujeto o sujetos que van a verse afectados por la medida y el delito investigado. En todo caso, hay que partir de la base de que la interceptación de las conversaciones de terceros no investigados debe ser algo excepcional.

¹⁷⁷⁹ En este sentido se pronuncia LÓPEZ BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones...* ob. cit., pp. 124-125.

¹⁷⁸⁰ Del mismo modo, la continuación de la medida para la investigación del delito casualmente descubierto durante la interceptación requiere autorización del Juez competente. En este sentido, el TC afirma que *“los hallazgos casuales son válidos, pero la continuidad en la investigación de un hecho delictivo nuevo requiere de una renovada autorización judicial”* (STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 740/2012, de 10 de octubre, RJ 2012\9473, F. J. 2º). Esta regla, recientemente, se ha positivizado en el art. 579 bis 3 LECrim.

¹⁷⁸¹ En este sentido, el ATS (Sala 2ª) de 18 de junio de 1992, RJ 1992/6102, F. J. 11º, señala que la autoridad judicial debe precisar en qué habrá de consistir la medida, procurando que su realización se lleve a cabo con el mínimo de gravamen para la persona afectada, evitando, en la medida de lo posible, la injerencia respecto de aquellas otras personas no sometidas a intervención

ámbito, objetivo y subjetivo, respetando, el carácter excepcional de esta medida, así como el principio de especialidad, en virtud del cual debe acordarse para investigar la comisión de un determinado delito¹⁷⁸², sin que quepan las escuchas prospectivas o preventivas que supondrían una inaceptable *inquisitio generalis* (art. 588 bis a) 2 LECrim)¹⁷⁸³. De tales exigencias legales se desprende que, cuanto más amplio sea el círculo de sujetos afectados por la medida, mayor ha de ser el interés público al que sirve la interceptación, ya sea por la gravedad del delito, la solidez de los indicios o la importancia del resultado perseguido con la diligencia.

Además, la resolución judicial en que se acuerde la interceptación debe de especificar, entre otros extremos, el hecho punible investigado, la identidad de los investigados y de cualquier otro afectado, en caso de ser conocido, la extensión de la medida, su duración, la forma y periodicidad en que se informará a la autoridad judicial y la finalidad perseguida con la misma (art. 588 bis c) 3 LECrim)¹⁷⁸⁴.

En cuanto a la posibilidad de invocar la ilicitud de la interceptación de comunicaciones, por entender que la misma no es legal, ya sea por insuficiencia de la motivación judicial, ya sea por irregularidades en su práctica o por otros motivos, cabe plantear la

¹⁷⁸² En todo caso, la autorización de esta medida debe respetar los siguientes principios rectores: especialidad, excepcionalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad (art. 588 bis a) LECrim). Tales principios exigen que la medida se haya adoptado para la investigación de un delito concreto, que se acote lo máximo posible su ámbito objetivo, subjetivo y temporal, que no existan otras medidas menos gravosas para los derechos fundamentales afectados e igualmente útiles para la investigación, que la interceptación de comunicaciones resulte necesaria, al menos desde una perspectiva *ex ante*, para descubrir o comprobar el hecho investigado, para determinar a su autor o autores, para averiguar su paradero o para localizar los efectos del delito y que sea una medida proporcionada, en el sentido de que, de su adopción se deriven más beneficios para el interés público y de terceros que sacrificio para los derechos e intereses afectados por la interceptación.

¹⁷⁸³ Sobre la *inquisitio generalis* como práctica propia del modelo inquisitivo, actualmente vedada, véase AGUILERA MORALES, M., *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho español*, Aranzadi, Navarra, 2008; En este sentido, la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 228/2015, de 21 de abril, RJ 2015\2376, que confirmó la condena al Juez Elpidio Silva por prevaricación, entre otras cosas, le atribuye el haber mutado radicalmente el inicial objeto del proceso de investigación, abriéndose una causa general en la que se investigaba todo el proceso de gestión al frente de la Caja de ahorros antes de su intervención por el Estado. La actuación del Juez habría consistido en ordenar, entre otras diligencias de investigación, la reclamación de tres grupos de direcciones de correos electrónicos corporativos: los de los propios imputados, los de los inspectores del Banco de España encargados de la supervisión de Caja Madrid entre los 2002 y 2010, y los de los miembros del Comité de Riesgos, del Comité Financiero y Comisión Ejecutiva Delegada de Caja Madrid entre 2003 y 2010. Igualmente, se reclamaba el contenido de los correos electrónicos recibidos o remitidos desde esas direcciones en igual periodo de tiempo, sin que, a pesar de la solicitud de uno de los imputados de separación de los correos que tenían relación con el préstamo objeto de la denuncia del resto de la correspondencia, se proveyera en tal sentido por el Juez posteriormente condenado.

¹⁷⁸⁴ Con la anterior regulación, tanto el TS como el TC, ya señalaban, en relación con el contenido del auto de interceptación de comunicaciones, requisitos análogos. En concreto, según la jurisprudencia, tal resolución judicial debe expresar o exteriorizar las razones fácticas y jurídicas que apoyan la necesidad de la intervención, esto es, cuáles son los indicios que existen acerca de la presunta comisión de un hecho delictivo grave por una determinada persona, así como determinar con precisión el número o números de teléfono y personas cuyas conversaciones han de ser intervenidas, el tiempo de duración de la intervención, quiénes han de llevarla a cabo y cómo, y los periodos en los que deba darse cuenta al Juez para controlar su ejecución. (Ver, en este sentido, SSTC 49/1996, de 26 de marzo, F. J. 3º; 14/2001, de 29 de enero, F. J. 5º; 253/2006, de 11 de septiembre, F. J. 2º y SSTS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 363/2008, de 23 de junio, RJ 2008\5478, F. J. 1º).

posibilidad de que la persona cuyo derecho se conculca extraprocesalmente para avanzar en la investigación, y aquella otra frente a la cual pretenden hacerse valer en el proceso los resultados de la interceptación, no coincidan, siendo esta última la única legitimada para pretender la ineficacia procesal de tal interceptación¹⁷⁸⁵.

En relación con este aspecto, parece oportuno recordar, aunque pudiera resultar evidente, que la legitimación para impugnar la validez probatoria de una interceptación telefónica, junto con la atribuida al MF en tanto que garante de la legalidad, corresponde al sujeto frente al cual se pretenden usar las fuentes de prueba derivadas de tal diligencia sumarial. Es decir, estará legitimado para impugnar tales diligencias el sujeto cuya responsabilidad se pretenda probar a través de las mismas. No basta, por lo tanto, con ser el titular del teléfono intervenido, ni con haber sido interlocutor de la comunicación interceptada, sino que es necesario, para que exista un interés legítimo en que se declare la nulidad de la interceptación, que tales fuentes de prueba pretendan ser empleadas para sostener la acusación del sujeto en cuestión o para destruir su presunción de inocencia. Así pues, cabe afirmar que la legitimación para impugnar viene dada por el uso de tales pruebas en orden a fundamentar su responsabilidad penal, esto es, por la condición de parte procesal del sujeto recurrente. El motivo se encuentra en que el derecho fundamental concernido, como consecuencia de haberse valorado pruebas directamente obtenidas con vulneración de un derecho fundamental, es el derecho a un proceso con todas las garantías y, en caso de que la condena se haya fundado únicamente en tales pruebas, el derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)¹⁷⁸⁶, derechos cuyo ejercicio corresponde a las partes procesales y, en concreto, al acusado en un proceso penal.

En este aspecto sí se produce una modificación importante con la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas dado que, antes de la reforma del año 2010, al no ser la persona jurídica parte legitimada pasivamente en el proceso penal, no podía impugnar la validez de las fuentes probatorias derivadas de la interceptación del correo electrónico corporativo o de sus líneas telefónicas, acordadas en el marco de una investigación, referida a uno de sus administradores o trabajadores. Así pues, la persona jurídica no estaba legitimada para impugnar la validez de tales fuentes de prueba, por no ser parte en el proceso y como consecuencia, por carecer de un interés personal y directo en la declaración de ineficacia de tales elementos probatorios. Es, precisamente, la sujeción de la entidad al proceso penal, el fundamento para ampliar su derecho de defensa y, por ende, sus posibilidades procesales de actuación. Así pues, con la citada regulación, la persona jurídica, como nuevo sujeto pasivo del proceso penal, se convierte necesaria y automáticamente en interesada y, por ende, en legitimada, en hacer valer procesalmente sus derechos, cuando éstos son vulnerados con la intención de recabar pruebas que puedan fundamentar su futura acusación y su eventual condena ya que, en otro caso, se le provocaría una situación de indefensión constitucionalmente proscrita.

¹⁷⁸⁵ En este sentido, el TC ha declarado que, en la alegación de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de un tercero no recurrente en amparo, puede encontrarse un interés legítimo a los efectos del art. 162.1 b) CE. Así en SSTC 70/2002, de 3 de abril, F. J. 3º; 137/2002, de 3 de junio, F. J. 3º; 165/2005, de 20 de junio, F. J. 2º.

¹⁷⁸⁶ Así lo establecen, entre otras, la SSTC 165/2005, de 20 de junio, F. J. 2º; 197/2009, de 28 septiembre, F. J. 10º.

En orden a hacer efectiva esa posibilidad de impugnación de la persona jurídica, cuando la misma está siendo investigada, debe informarse al representante defensivo del ente, o en su defecto, a su abogado, sobre la facultad de examinar los actos, escuchar los registros y tomar conocimiento de los flujos de comunicación informática o telemática intervenidos¹⁷⁸⁷. En este punto, conviene recordar que la notificación de cualquier acto procesal sólo tiene justificación respecto de las partes del proceso. De hecho, esa notificación adquiere una dimensión constitucional muy singular cuando se trata del sujeto pasivo del proceso, ya que condiciona el principio de contradicción y el derecho de defensa, careciendo de relevancia, en orden a la integridad del derecho al secreto de las comunicaciones o a la tutela judicial efectiva, la falta de notificación a los terceros afectados por la medida que, sin embargo, no son investigados¹⁷⁸⁸.

Por otra parte, la titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones, en relación con una concreta comunicación o, en otras palabras, determinar quién es el titular del derecho afectado por la interceptación de determinados flujos comunicativos, es importante para, por exclusión, conocer quién es tercero en relación con la comunicación de que se trate. La relevancia de estas reflexiones radica en que, en principio, la aportación al proceso penal de comunicaciones grabadas por uno de los interlocutores no supone vulneración del derecho al secreto, que se constituye como una protección formal *frente a terceros* ajenos al proceso comunicativo. En este sentido, el TC ha dicho que el derecho al secreto de las comunicaciones no puede oponerse a quien tomó parte en la comunicación misma¹⁷⁸⁹.

La indeterminación de quien es interlocutor y quien tercero en relación con las comunicaciones de la persona jurídica plantea la siguiente problemática. Si en una comunicación entre dos directivos de una entidad se relatan actividades ilegales que se están desarrollando en el seno de la misma ¿podría un representante o un administrador de esa entidad aportar, en nombre de la persona jurídica, esa conversación al proceso penal, sin vulnerar el derecho al secreto de los comunicantes? Y si son los propios directivos interlocutores los que aportan la conversación en el marco de un proceso judicial ¿se vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones de la entidad?

Antes de dar respuesta a tales cuestiones, merece la pena recordar, una vez más, que si la entidad aporta al proceso, a través de sus representantes, pruebas nuevas o decisivas para esclarecer las responsabilidades penales concurrentes, podrá beneficiarse de una atenuante (art. 31 quáter b) CP), por lo que puede verse incentivada a grabar las conversaciones de algunos de sus miembros para, posteriormente, entregarlas a las autoridades de persecución penal. Por otra parte, el empleado también puede tener

¹⁷⁸⁷ Así lo entiende también la doctrina italiana. Ver, por todos, VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 283.

¹⁷⁸⁸ De esta forma tan contundente se expresa la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 487/2007, de 29 mayo, RJ 2007\3597, F. J. 2º, que continúa diciendo que “*carecería de sentido postular el deber institucional de notificación a todos aquellos que, sin relación alguna con el objeto del proceso, pudieran convertirse en ocasionales interlocutores del imputado cuyas comunicaciones han sido intervenidas*”.

¹⁷⁸⁹ SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, F. J. 7º; 56/2003, de 24 de marzo, F. J., 3º; 281/2006, de 9 de octubre, F. J. 3º.

interés en colaborar con la justicia, inculpando a la entidad, para que se module su pena de multa (art. 31 ter 1 CP), para compartir con la persona jurídica la responsabilidad civil derivada del delito (art. 116.3 CP) o, en su caso, para ver atenuada su propia responsabilidad penal por colaboración con la justicia, cuando así se prevea en el concreto tipo de la Parte Especial del CP que se le impute.

Para determinar la titularidad del derecho al secreto, en relación con una determinada comunicación, es preciso recordar la naturaleza formal de esta garantía, que se proyecta sobre el propio proceso comunicativo y sobre su contenido, independientemente de que éste no pertenezca la esfera de lo íntimo¹⁷⁹⁰. Este carácter convierte en irrelevante la naturaleza institucional, corporativa, empresarial, personal o íntima del contenido de lo comunicado, siendo el único dato a considerar, a efectos de determinar la titularidad del derecho al secreto de las comunicaciones, la identidad de los interlocutores. En consecuencia, sólo si la persona jurídica consta como única remitente o destinataria de la comunicación de que se trate, sus representantes legales podrán aportarla al proceso, actuando en nombre de aquélla, sin que ello implique una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones de los interlocutores individuales. Un ejemplo de tal supuesto sería un correo electrónico, enviado o recibido, usando la dirección electrónica de uso corporativo de la entidad, sin identificar al remitente o destinatario individual o haciéndolo de forma impersonal, sólo en atención a su cargo en la organización. La solución sería contraria si el correo identificase como receptor o emisor a título personal a un directivo o administrador ya que, en tal caso, el titular del derecho al secreto sería también esa concreta persona física¹⁷⁹¹.

En el segundo supuesto planteado, es decir, si uno de los directivos que ha intervenido personalmente en el proceso de comunicación, postal, telefónica o telemática, decide aportarla al proceso, tampoco se vulneraría el derecho al secreto de las comunicaciones de su interlocutor, ni el de la persona jurídica, ya que la norma del art. 18.3 CE se dirige a garantizar la impenetrabilidad por terceros, ya sean autoridades públicas o particulares, ajenos a la comunicación misma¹⁷⁹², y resulta evidente que tal directivo, en su condición de interlocutor, no sería tercero, aun cuando la comunicación se refiriese, exclusivamente, a cuestiones de índole empresarial.

Estas afirmaciones se realizan sin perjuicio de que pueda concurrir un deber de reserva o secreto, bien en atención al contenido de lo comunicado, cuya revelación pudiese atentar contra otros bienes jurídicos, tales como el secreto empresarial o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)¹⁷⁹³, bien en atención a la profesión de los comunicantes, como ocurre, por ejemplo, con las comunicaciones mantenidas con el abogado. Así pues,

¹⁷⁹⁰ STC 114/1984, de 29 de noviembre, F. J. 7º; 281/2006, de 9 de octubre, F. J. 3º.

¹⁷⁹¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*...ob. cit., p. 112.

¹⁷⁹² STC 114/1984, de 29 de noviembre, F. J. 7º.

¹⁷⁹³ Cabe recordar, en este punto, que el derecho a la intimidad, en principio, se predica sólo de las personas físicas. Así pues, el ATC 257/1985, de 17 de abril, F. J. 2º, sostiene que “*el derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la CE por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, (...) sin que en principio las personas jurídicas, como las Sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas Entidades, quedarán, en su caso, protegidas por la correspondiente regulación legal, al margen de la intimidad personal y subjetiva constitucionalmente decretada*”.

cuando se trata de aportar al proceso comunicaciones con el abogado de la entidad hay que ser especialmente cauteloso, en tanto que entran en juego otros derechos fundamentales, tales como el derecho de defensa o el derecho a no declarar contra uno mismo¹⁷⁹⁴. Además, el abogado que revela las comunicaciones mantenidas con su cliente, no sólo actúa de forma contraria a las normas deontológicas que han de informar su ejercicio profesional, sino que podría llegar a cometer un delito (arts. 199 y 467.2 CP). Igualmente, resulta reprochable que, el miembro de la entidad que se comunica con el abogado, solicitando asesoramiento jurídico para la defensa de la organización, posteriormente, desvele las comunicaciones mantenidas con tal profesional, dado que tal revelación afectaría, no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones de la persona jurídica, sino también a su derecho de defensa.

Por otra parte, continuando con esa especial protección que merecen las comunicaciones mantenidas con el letrado, hay que señalar que si la autoridad pública pretende interceptar las conversaciones o telecomunicaciones mantenidas entre los miembros de la entidad con el abogado de la misma, deberá motivar y justificar los indicios con que cuenta para considerar que el abogado es sospechoso de estar colaborando o encubriendo las presuntas actividades delictivas de su cliente¹⁷⁹⁵. Además, de forma previa a la intervención, debería comunicarse al abogado y a su cliente la imputación de aquél, de tal forma que la entidad pueda adoptar las medidas necesarias para salvaguardar su derecho de defensa, dándole la oportunidad de poner fin a su relación profesional y encargar la defensa de sus intereses a otro profesional¹⁷⁹⁶.

La precedente argumentación es válida, al menos en relación con el abogado independiente o externo que ejerce funciones de asesoramiento, defensa y representación de sus clientes corporativos. Ahora bien, no resulta tan claro que gocen de esa especial protección las conversaciones con el abogado interno, en tanto que su

¹⁷⁹⁴ En este sentido, la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 79/2012, de 9 de febrero, RJ/2012\199, en un caso de interceptación de comunicaciones de varios presos con sus abogados, afirmó que tal actuación judicial restringió profundamente el derecho de defensa, que es un elemento estructural esencial del proceso justo, por lo que no se trataría, simplemente, de la validez de un elemento de investigación o de prueba, sino que, con tal actuación, se habría afectado la estructura del proceso penal del Estado de Derecho (F. J. 11º). Así mismo, en relación con el derecho a no autoincriminarse, la referida resolución, señala que “*la comunicación con el letrado defensor se desarrolla en la creencia de que está protegida por la confidencialidad, de manera que en ese marco es posible que el imputado, solo con finalidad de orientar su defensa, traslade al letrado aspectos de su conducta, hasta llegar incluso al reconocimiento del hecho, que puedan resultar relevantes en relación con la investigación. Es claro que el conocimiento de tales aspectos supone la obtención indebida de información inculpatoria por encima del derecho a guardar silencio*” (F. J. 5º).

¹⁷⁹⁵ Así lo exige el art. 118.4 III LECrim, que excluye el carácter confidencial propio de las comunicaciones entre investigado y abogado, en aquellos casos en que “*se constate la existencia de indicios objetivos de la participación del abogado en el hecho delictivo investigado o de su implicación junto con el investigado o encausado en la comisión de otra infracción penal*”; En la misma línea, la STS (Sala 2ª) núm. 2026/2001, de 28 de noviembre, RJ 2001\10328, F. J. 9º, dispone que “*El secreto profesional que protege a las relaciones de los abogados con sus clientes, puede, en circunstancias excepcionales, ser interferido por decisiones judiciales que acuerden la intervención telefónica de los aparatos instalados en sus despachos profesionales. Es evidente que la medida reviste una inquestionable gravedad y tiene que ser ponderada cuidadosamente por el órgano judicial que la acuerda, debiendo limitarse a aquellos supuestos en los que existe una constancia, suficientemente contrastada, de que el abogado ha podido desbordar sus obligaciones y responsabilidades profesionales integrándose en la actividad delictiva, como uno de sus elementos componentes*”.

¹⁷⁹⁶ PELAYO JIMÉNEZ, R. C., “Intervención de las comunicaciones entre...ob. cit., p. 6.

dependencia y su vinculación con las estrategias de la entidad a la que asesora, impide, según el TJUE, que sus conversaciones queden protegidas por la confidencialidad propia de la relación abogado cliente¹⁷⁹⁷. En cualquier caso, tal y como se concluyó en el apdo. correspondiente al estudio de la confidencialidad abogado-cliente¹⁷⁹⁸, lo adecuado sería proteger todas aquellas comunicaciones derivadas de la solicitud y de la prestación de asesoramiento jurídico, independientemente de la relación laboral o de servicios que una al profesional con la entidad.

En definitiva, cabe concluir que con la reciente modificación de la LECrim se ha pasado a regular de forma exhaustiva y adecuada la medida de interceptación de las comunicaciones, cumpliendo con la doctrina del TS y del TC al respecto¹⁷⁹⁹, aun cuando no se ha introducido ninguna referencia expresa a la práctica de esta diligencia de investigación en entornos corporativos. A pesar de ello, la nueva regulación cumple con los requerimientos de legalidad, previsibilidad y certeza que deben informar las normas reguladoras de las diligencias de investigación limitativas de derechos

¹⁷⁹⁷ En este sentido, STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, *Caso Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión y otros, rec. C-550 P/2007*, constata que, *de los ordenamientos jurídicos de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, no puede deducirse ninguna tendencia preponderante a favor de la protección de la confidencialidad de las comunicaciones en el seno de las empresas o de los grupos de empresas con sus abogados internos* (apdo. 74).

¹⁷⁹⁸ Esta cuestión fue analizada al tratar la confidencialidad de la relación abogado-cliente, al hilo del estudio del derecho de defensa, en el apdo. 4.1.2.2., del epígrafe III de este capítulo.

¹⁷⁹⁹ Cabe recordar, en este punto, las críticas, tanto del TS como del TC, a la anterior regulación de la interceptación de comunicaciones, respecto de la cual se afirmó, en reiteradas ocasiones, que la carencia de cobertura legal suficiente suponía una vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 18.3 CE, autónoma e independiente de cualquier otra, que sólo el legislador podía remediar, estableciéndose una interpretación jurisprudencial correctora para suplir la deficiente e incompleta regulación legal. En este sentido, el ATS (Sala 2ª), de 18 de junio de 1992, RJ 1992/6102, indica que *“en sede de intervenciones telefónicas, las limitaciones, a las que acabamos de hacer referencia, vienen establecidas, desde luego insuficientemente, en el art. 579 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que condiciona la legitimidad de la intervención a la presencia de estos requisitos: a) Que sea el Juez quien la acuerde. b) Que lo haga mediante una resolución motivada en los términos ya vistos, es decir, exteriorizando de manera suficiente el proceso de reflexión interna que le lleva a tomar, en correspondencia con el principio de proporcionalidad, tan excepcional y grave medida. c) Unido a lo anterior, que haya indicios (referidos al hecho antecedente y al camino que ha de recorrerse para llegar a su conocimiento), es decir, probabilidad de obtener por este medio el descubrimiento o comprobación del hecho o de una circunstancia de éste, y d) Que aquél o ésta sean importantes en la causa, lo que impide, como ya se indicó, la interceptación prospectiva o en busca genérica de infracciones penales”*; Por su parte, el TC, en las SSTC 49/1999, de 5 de abril, F. J. 5º y 184/2003, de 23 de octubre, F. J. 5º, ponía de manifiesto las carencias del anterior art. 579 LECrim, por adolecer de vaguedad e indeterminación en aspectos esenciales y por no satisfacer los requisitos exigidos por el art. 18.3 CE, para la protección del derecho al secreto de las comunicaciones, interpretado conforme a los arts. 10.2 CE y 8.1 y 2 CEDH. La citadas resoluciones reclamaban, por lo tanto, una nueva regulación legal en la que se contemplase *“la definición de las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a escucha judicial; la naturaleza de las infracciones susceptibles de poder dar lugar a ella; la fijación de un límite a la duración de la ejecución de la medida; el procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas; las precauciones a observar, para comunicar, intactas y completas, las grabaciones realizadas a los fines de control eventual por el Juez y por la defensa; las circunstancias en las cuales puede o debe procederse a borrar o destruir las cintas, especialmente en caso de sobreseimiento o puesta en libertad”*; Pues bien, según el referido Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de L.O. de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica, pp. 33-34, la nueva regulación de la interceptación de las comunicaciones vendría a dar cumplida respuesta a tales demandas jurisprudenciales y doctrinales.

fundamentales¹⁸⁰⁰, determinando en qué supuestos y con qué finalidades puede acordarse esta medida, cuál será el contenido del auto que acuerde la interceptación, cuál será su duración máxima y la forma en que ha de practicarse en orden a garantizar la integridad de sus resultados.

Así mismo, se ha introducido, tal y como demandaba el art. 4 de la Directiva 2013/48, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales¹⁸⁰¹, una habilitación legal expresa para intervenir las conversaciones con el abogado (art. 118 4 III LECrim)¹⁸⁰². Según la opinión sostenida en este trabajo, tal regulación legal, sería extensiva a las comunicaciones mantenidas entre la entidad y su letrado, ya sea este interno o externo, siempre que preste asesoramiento jurídico. Este régimen específico de interceptación de comunicaciones vendría a salvaguardar, por un lado, el derecho de defensa y el derecho a no declarar contra uno mismo del sujeto pasivo del proceso y, por otro, la confianza inherente a la relación abogado-cliente.

La necesidad de una regulación específica para la interceptación de estas comunicaciones especiales radica, básicamente, en los diferentes derechos que se encuentran en juego, señaladamente en la afectación del derecho a la defensa¹⁸⁰³. En

¹⁸⁰⁰ No puede olvidarse que, conforme a lo dispuesto en el art. 8 CEDH, todas las actividades de investigación que puedan afectar al secreto de las comunicaciones exigen previsión legal; exigencia en la que ha abundado el TC, que ha declarado, con reiteración, que “*toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas (...) precisa una habilitación legal*” (SSTC 49/1999, de 5 de abril, F. J. 4º; 184/2003, de 23 de octubre, entre otras muchas).

¹⁸⁰¹ Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DOUE núm. 294, de 6 de noviembre de 2013, Ref. DOUE-L-2013-82319).

¹⁸⁰² El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de L.O. de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica, pp. 91 y 137, señala que la citada Directiva demandaba tal regulación legal, al establecer la obligación de respetar la confidencialidad de las comunicaciones entre los sospechosos o acusados y sus letrados, que incluyen las reuniones, la correspondencia, las conversaciones telefónicas y otras formas de comunicación permitidas.

¹⁸⁰³ En este sentido, PELAYO JIMÉNEZ, R. C., “Intervención de las comunicaciones entre...ob. cit., p. 6, afirmaba, en relación con la regulación anterior, que “*el art. 579 no puede permitir la intervención de las comunicaciones de una persona con su abogado defensor so pena de vulnerar el art. 24 CE, por las siguientes razones. El art. 24 contempla la existencia del derecho al secreto profesional como parte integrante, inescindible e inseparable del derecho a la defensa; y este derecho al secreto –recogido también en el art. 542.3 LOPJ– sería infringido por la intervención*”. Tal intervención también podría vulnerar el derecho a un proceso con todas las garantías y al derecho a no declarar contra sí mismo, que carecería de valor si las confidencias con el letrado llegasen a conocimiento de terceros ajenos a la relación de confidencialidad abogado-cliente. En definitiva, intervenir las comunicaciones de una persona con su abogado, vulnera casi todos los derechos del art. 24 que configuran el derecho de defensa; En una línea similar, se pronuncia LÓPEZ BARAJAS PEREA, I., “El secreto de las comunicaciones con el abogado defensor en la nueva sociedad de la información” en AA.VV., A. J. Pérez Cruz Martín; X. Ferreiro Baamonde (co-dirs.) A. Neira Pena (coord.) *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, pp. 517-530, pp. 521-524, al señalar que la interceptación de las comunicaciones del cliente con su abogado no sólo afecta al secreto formal a las comunicaciones, sino también al derecho a no declarar, al derecho de defensa, a la intimidad y a la confianza del cliente en el abogado, por lo que tales comunicaciones sólo podrían ser intervenidas “*en circunstancias muy excepcionales y rodeándose de las mayores garantías*”.

este sentido, creo que la ubicación sistemática del precepto que regula esta interceptación de comunicaciones privilegiadas¹⁸⁰⁴, pone de manifiesto su íntima relación con el derecho de defensa, en tanto que se integra en el título V que lleva por rúbrica “*Del derecho de defensa y de la asistencia jurídica gratuita en los juicios criminales*”, y no en el título VIII del Libro II, donde se regula, de forma general, la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, bajo el título “*De las medidas de investigación limitativas de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución*”¹⁸⁰⁵. Sin perjuicio de su distinta regulación, parece evidente que la interceptación de las comunicaciones entre el investigado o encausado y su cliente, cuando sea admisible de acuerdo con el art. 118.4 LECrim, habrá de respetar, celosamente, los requisitos contemplados en los arts. 588 bis a) y ss. LECrim, siendo ambas normativas complementarias.

6.- Recapitulación

En este epígrafe se han abordado las especialidades que presentan las investigaciones penales en entornos corporativos y, en particular, cuando el sujeto investigado es la corporación. Así pues, constatadas las específicas dificultades que, para las autoridades públicas, presentan las investigaciones de los delitos de empresa, debido, entre otras cosas, a la opacidad que otorga el velo de la persona jurídica a sus integrantes y a la dificultad de examinar la gestión interna de ciertas organizaciones, se concluye con la necesidad de reforzar los medios al servicio de la instrucción penal y, en su caso, de buscar nuevas vías para descubrir y perseguir tales delitos.

Pues bien, en este contexto surge la denominada autorregulación que, a los afectos que aquí interesan, consiste en una suerte de cooperación público-privada en las tareas de prevención y descubrimiento de los delitos. Esta noción de autorregulación, que implica una clara tendencia privatizadora en el control del delito, supone atribuir a las personas jurídicas, potencialmente responsables, deberes de prevenir delitos en su seno, así como de descubrirlos y de sancionarlos. En este sentido, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas estaría orientado, no tanto a su efectivo castigo, como a incentivar a sus destinatarios para que adopten instrumentos de prevención delictiva y sistemas de organización y gestión que mantengan el riesgo delictivo en niveles jurídico-penalmente aceptables. Se pretende, así mismo, que la organización cuente con instrumentos de detección de delitos, tales como los sistemas de denuncia interna, que le

¹⁸⁰⁴ Esta ubicación ha cambiado respecto de la prevista en el Anteproyecto de L.O. de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación, presentado en el año 2014, que la situaba en los arts. 588 bis o) y 588 ter d), para las comunicaciones telefónicas y telemáticas y para las comunicaciones orales, respectivamente.

¹⁸⁰⁵ En este sentido, la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 79/2012, de 9 de febrero, RJ\2012\199, que condenó al ex – magistrado Garzón por prevaricación por interceptar las comunicaciones de un conjunto de presos con sus abogados en prisión afirmaba lo siguiente “*Lo que aquí se examina es una actuación judicial que restringe profundamente el derecho de defensa, que, como se dijo, es un elemento estructural esencial del proceso justo. No se trata de la validez de un elemento de investigación o de prueba, sino de la estructura del proceso penal del Estado de Derecho. La supresión de la defensa no afecta solo a la validez de lo actuado, sino a la misma configuración del proceso*” (F. J. 11º).

permitan sancionar, disciplinariamente, a los responsables individuales de dichos ilícitos.

En este contexto, aparecen las investigaciones internas, como máxima expresión de esas tendencias autorreguladoras, que consisten en procedimientos desarrollados internamente por la corporación, ante la sospecha de haberse cometido o estarse cometiendo un delito en su seno, en orden a esclarecer los hechos y a determinar a los responsables individuales. Estos procedimientos permiten a la entidad mostrar su compromiso con la legalidad y con la represión de la delincuencia, como forma de quedar exenta, o al menos de ver atenuada su responsabilidad penal. Además, conducen a que los costes de tales investigaciones sean internalizados por las personas jurídicas, lo que podría redundar en una resolución más ágil y menos costosa de tales crímenes. Sin embargo, no cabe desconocer que las investigaciones internas también presentan importantes riesgos, señaladamente, para el descubrimiento de la verdad, que podría ser ocultada o adornada por la entidad que conduce la investigación, y para los derechos de los integrantes de la entidad, que se ven sometidos a una investigación, en un entorno privado y desregulado, en el que sus derechos fundamentales, tanto de carácter sustantivo como procesal, podrían resultar vulnerados o simplemente ignorados.

Por lo tanto, en vista de los riesgos que presentan estas tendencias privatizadoras en el control de los delitos, es preciso llamar a la atención sobre la importancia de que sean las autoridades públicas las encargadas de perseguir y reprimir su comisión, sobre todo cuando se trata de conductas gravemente lesivas para la sociedad. Además, es necesario que las personas jurídicas, en el desarrollo de sus funciones de supervisión, control e investigación de hechos ilícitos, respeten el infranqueable límite constituido por los derechos fundamentales de sus miembros.

A continuación se han analizados las especialidades que presentan algunas diligencias de investigación clásicas, cuando el sujeto pasivo del proceso penal es una persona jurídica. En primer lugar, se estudia la diligencia de entrada y registro, haciendo especial hincapié en la definición de domicilio que, para las personas jurídicas, recoge la LECrim, así como en el resto de derechos, de titularidad de la entidad y/o de sus miembros, que podrían verse limitados por tal diligencia. Seguidamente, se analizan las posibilidades interceptar las comunicaciones telefónicas y/o telemáticas que se producen en el seno de una organización, a la luz de la reciente regulación prevista en la LECrim, que ha venido a responder a las exigencias del principio de legalidad que debe observar toda medida limitativa de derechos fundamentales. Así pues, la nueva regulación señala, entre otras cosas, los principios que han de regir la práctica de tal medida investigativa, el contenido de la resolución por la que se solicita y se decide su adopción, así como la posibilidad de que terceros, distintos del sujeto investigado o encausado, puedan verse afectados por tal diligencia, resultando, esta última disposición, de trascendental importancia para el caso de las personas jurídicas, en tanto que, difícilmente, se podrán interceptar las comunicaciones de una entidad incorporada sin afectar, simultáneamente, al secreto de las comunicaciones de sus miembros.

V.- Las medidas cautelares frente a las personas jurídicas imputadas

1.-Planteamiento

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene una marcada naturaleza preventiva¹⁸⁰⁶. En este sentido, se entiende que uno de los principales objetivos de la reforma es incentivar a las personas jurídicas para que adopten medidas, organizativas y de gestión, orientadas a la prevención de delitos. En este contexto, las medidas cautelares cobran una importancia central como mecanismos que permiten anticipar esa finalidad preventiva a los estadios iniciales del proceso, además de responder a las tradicionales funciones cautelares, tales como, el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias de la entidad o la conservación de las fuentes de prueba que, de otro modo, podrían resultar destruidas o inutilizadas.

El objetivo de este epígrafe es estudiar la regulación positiva que existe en relación con las medidas cautelares que cabe imponer frente a una persona jurídica imputada, determinar el catálogo de medidas cautelares imponibles a las personas jurídicas, indagar sobre su carácter real o personal, así como sobre la adecuación de sus finalidades preventivas a la naturaleza cautelar que se les presume, establecer sus presupuestos de aplicación y el juicio de valoración que precede a su adopción, señalando algunas de sus particularidades derivadas de la naturaleza incorpórea del sujeto pasivo del proceso y, por último, describir el procedimiento a través del cual se adoptan.

¹⁸⁰⁶ En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Las consecuencias jurídicas del delito” en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Diez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 235-259, p. 243, afirma que, salvo la pena de multa orientada a fines preventivo-generales, el resto de las penas interdictivas tienen fines preventivo-especiales, en tanto que orientadas a prevenir la continuidad delictiva y sus efectos, finalidad que ya se preveía en relación con las consecuencias accesorias del art. 129 CP antes de la reforma del CP año 2010, por la que se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español; Por su parte, RENZETTI, S., *Le misure cautelari interdittive...*ob. cit., pp. 15, 24-25, afirma, en relación con el modelo italiano, muy similar al español, sobre todo tras la última reforma introducida en el CP por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que todo el sistema presenta una vocación especial-preventiva y de reeducación del ente a la legalidad. Tales finalidades se verían, según la autora, reflejadas en las medidas cautelares que, privadas de su natural finalidad instrumental respecto de las exigencias procesales, se inclinarían hacia esa lógica marcadamente preventiva, convirtiéndose en instrumentos para conjurar el peligro de reiteración delictiva, aproximándolas a las medidas de seguridad.

2.-Regulación positiva de las medidas cautelares contra las personas jurídicas

El CP, inmediatamente después de enumerar las penas imponibles a las personas jurídicas, señala que “*la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa*” (art. 33.7 *in fine* CP). Por su parte el art. 544 quáter 1º LECrim establece que “*cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que podrán imponérsele son las expresamente previstas en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*”¹⁸⁰⁷. Así pues, mientras el CP determina el catálogo de medidas cautelares imponibles a la persona jurídica imputada, la LECrim se limita, en este punto, a remitirse a la regulación sustantiva.

La primera crítica que cabría hacer de tal regulación es la falta de idoneidad, desde el punto de vista de la técnica legislativa, de emplear, como vehículo formal, el CP para regular cuestiones procesales, tales como las medidas cautelares¹⁸⁰⁸, que por su naturaleza y sus efectos debieran venir reguladas en una norma de carácter procesal. En todo caso, hay que señalar que esta discutible ubicación no modifica la naturaleza procesal de la norma en cuestión, en tanto que lo relevante para su calificación como tal es que sus consecuencias jurídicas se proyectan sobre la potestad jurisdiccional y los sujetos procesales, sin que la sede legislativa en que se encuentre la norma resulte determinante de su naturaleza¹⁸⁰⁹. Como consecuencia, su interpretación y la integración de sus lagunas se regirán por las normas propias del Derecho Procesal y no por las del Derecho Penal.

Para comprender mejor la redacción del actual art. 544 quáter LECrim puede resultar útil referir y analizar ciertos aspectos de su tortuosa tramitación parlamentaria. Así pues, en un primer momento, la única referencia a las medidas cautelares era el art. 120.3. c), PLMAP¹⁸¹⁰, posteriormente suprimido, que disponía que no serían aplicables a las personas jurídicas imputadas las disposiciones incompatibles con su especial naturaleza, entre las que se encontraban las medidas cautelares de carácter personal. Este precepto, que aparecía expresado en sentido negativo, no aclaraba qué medidas cautelares era posible acordar frente a las personas jurídicas, limitándose, simplemente, a excluir las

¹⁸⁰⁷ Por su parte, la Propuesta CPP, que finalmente no llegó a tramitarse durante la legislatura, proyectaba ampliar el listado actual, añadiendo la medida de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, y para el disfrute de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (art. 200.3.c) Propuesta CPP), así como la de administración judicial (art. 200.3. e) Propuesta CPP).

¹⁸⁰⁸ En este sentido, ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”, *REDEM – Revista de Derecho Empresarial*, San José, Costa Rica, núm. 2, octubre 2014, pp. 83-115, p. 95, considera censurable que la regulación de una materia estrechamente ligada al proceso penal se regule por remisión a preceptos contenidos en el CP. Y más cuando la remisión es tan genérica que ni concreta el art. en que se contienen tales medidas; Una crítica similar puede verse en DE ARANDA Y ANTÓN, G., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 48.

¹⁸⁰⁹ Sobre los criterios para distinguir las normas materiales y las normas procesales, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., *Constitución y poder judicial...ob. cit.*, pp. 517-521.

¹⁸¹⁰ PLMAP, publicado en el BOCG. Congreso de los Diputados. 18 de marzo de 2011 (núm. expte. 121/000117).

de carácter personal¹⁸¹¹. Posteriormente, en ulteriores versiones de PLMAP¹⁸¹², se suprimió aquel precepto y se introdujo el art. 544 quáter LECrim, bastante más detallado que el anterior, en cuanto a los prepuestos de adopción de tales medidas, pero que seguía dejando sin aclarar qué concretas medidas era posible adoptar frente a las personas jurídicas, refiriéndose a las expresamente previstas en el CP, “*siempre que no existiesen otras igualmente idóneas y menos gravosas para los intereses de la entidad*”, si bien eludiendo especificar cuáles serían esas otras medidas, ni donde debían buscarse¹⁸¹³.

Finalmente, la versión de la LMAP que entró en vigor introdujo el actual art. 544 quáter LECrim, el cual, en su apdo. primero, se limita a disponer que las medidas imponibles a las personas jurídicas, sean las expresamente previstas en el CP. Sin embargo, un sistema de medidas cautelares tasado y extraordinariamente limitado como el que parece definirse en este precepto, choca con la tendencia legislativa general de proporcionar al Juez de Instrucción una panoplia extensa y diferenciada de posibles actuaciones para asegurar el ejercicio del *ius puniendi*¹⁸¹⁴, a través de la tramitación del proceso y de la efectiva ejecución de la eventual sentencia de condena que llegue a dictarse. En efecto, si se atiende al tenor literal del precepto, este sistema tasado solo contemplaría las intervenciones más intensas, esto es, la suspensión de actividades, la clausura temporal de locales y establecimientos y la intervención judicial, pero no permitiría que el Juez adoptase otras medidas, menos invasivas, y habitualmente más necesarias, como las fianzas, los embargos, las anotaciones preventivas¹⁸¹⁵ o, incluso, la

¹⁸¹¹ Del precitado art. se podían extraer varias conclusiones. En primer lugar, se ponía de manifiesto que las medidas cautelares personales clásicas -la detención, la libertad provisional, la prisión provisional...- no podrían ser adoptadas contra las personas jurídicas dado que, tratándose de medidas restrictivas de la libertad deambulatoria, resultarían ontológicamente inaplicables a entes sin corporeidad física. En segundo lugar, según DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit., servía para aclarar que, en un proceso seguido contra una persona jurídica, no sería posible acordar medidas cautelares personales tampoco contra su representante por el hecho de serlo. Se reforzaba así la idea, en opinión de BANALOCHE PALAO, J., “Las medidas cautelares aplicables a la persona jurídica imputada” en BANALOCHE PALAO, J., ZARZALEJOS NIETO, J., GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 225-236, p. 228 y de MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 10, de que las medidas cautelares que pudieran adoptarse en los procesos contra personas jurídicas deberían referirse siempre a los bienes y derechos de la entidad, pero no a los de las personas físicas que ocupasen en su organigrama puestos de dirección o de gestión, ni para impedir que estas últimas ocultasen pruebas, ni para asegurar su comparecencia personal. En tercer lugar, el precepto, indirectamente, negaba el carácter personal de aquellas medidas cautelares previstas en el CP, esto es, de la clausura de locales, de la suspensión de actividades y de la intervención judicial, a las que, a *sensu contrario*, parecía atribuir el carácter de reales, al menos atendiendo a la división bipartita clásica que encuadra las medidas cautelares en las categorías de reales y personales.

¹⁸¹² Publicado en el BOCG. Senado. 7 de septiembre de 2011(núm. expte. 121/000117).

¹⁸¹³ Al respecto existían varias posibilidades interpretativas, o bien, considerar que tal inciso hacía referencia al resto de penas previstas en el art. 33.7 CP, o bien a las medidas cautelares reales o, incluso, a cualquier otra medida, no contemplada expresamente en la ley, siempre y cuando, resultase menos gravosa que las legalmente previstas.

¹⁸¹⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.

¹⁸¹⁵ Esta solución interpretativa es criticada, entre otros, por DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.,; En el mismo sentido, sostiene VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit., que, el hecho de que la ley taxativamente parezca excluir medidas cautelares menos intrusivas y más apropiadas para el aseguramiento de pronunciamientos finales de multa, como serían el embargo, la fianza y la anotación preventiva de querrela, parece una laguna legal que de alguna forma deberá suplir la jurisprudencia

prohibición temporal de realizar aquellas actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito¹⁸¹⁶.

Así pues, un entendimiento estricto del art. 544 quáter 1º LECrim, que condujese a considerar el listado de medidas cautelares del CP como una enumeración *numerus clausus* conduciría al absurdo de excluir la posibilidad de adoptar medidas cautelares reales frente a los entes colectivos. Sin embargo, tal restricción resultaría inaceptable, en tanto que las medidas cautelares reales son las menos invasivas y, al mismo tiempo, resultan especialmente idóneas para las causas seguidas frente a las personas jurídicas, en vista de la imperiosa necesidad de evitar su despatrimonialización, asegurando sus responsabilidades pecuniarias, entre las que destacarían la pena de multa, pena reina del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁸¹⁷, y sus responsabilidades civiles. De hecho, para tal finalidad asegurativa, las medidas cautelares previstas en el CP podrían resultar inidóneas e innecesarias y, por lo tanto, desproporcionadas.

Precisamente, para salvar el inadmisibles resultado al que conduciría una interpretación literal de la limitación legal prevista en el art. 544 quáter 1º LECrim, se ha entendido que las medidas de naturaleza real quedarían fuera de tal restricción¹⁸¹⁸. En este sentido, a través de una interpretación sistemática del precepto, cabría sostener que el mismo se refiere sólo a las medidas cautelares de carácter personal, dada su ubicación en el Libro II, Título VII LECrim, intitulado “*De la libertad provisional del procesado*”, en el que se contemplan, únicamente, las medidas cautelares personales o “*privativas de libertad*” y no las reales, reguladas en otro Título¹⁸¹⁹. En este sentido, sostiene GASCÓN INCHAUSTI que el art. 544 quáter 1 LECrim se opone a la imposición de otras medidas cautelares personales frente a la persona jurídica, pero no supone ninguna limitación en relación con las medidas cautelares de tipo real o patrimonial, pues la LECrim las regula en sede distinta y con sujeción a criterios diferentes¹⁸²⁰. En definitiva, el sistema tasado o *numerus clausus* sólo impediría adoptar medidas cautelares personales distintas de las previstas en el CP. Se excluirían, por lo tanto, por una parte, las clásicas medidas restrictivas de la libertad del imputado, tales como la detención y la prisión provisional, incompatibles con la naturaleza incorpórea de la persona jurídica y, por otra, el resto de penas dispuestas en el CP para las personas jurídicas, distintas de las específicamente contempladas con carácter cautelar.

¹⁸¹⁶ En ese sentido, la FGE, Circular 1/2011, p. 73, denuncia la ausencia de la medida cautelar de la prohibición de realizar específicas y determinadas actividades sociales, directa y estrictamente relacionadas con el delito investigado, que constituiría una posibilidad mucho más acorde con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que la suspensión total de la actividad del ente; En la misma línea, se pronuncia MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Las penas de las personas jurídicas...ob. cit.

¹⁸¹⁷ Cf. NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las...ob. cit.*, p. 279.

¹⁸¹⁸ MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit.”, p. 71.

¹⁸¹⁹ En este sentido, ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...ob. cit.*, pp. 97-98, muy acertadamente, entiende que el art. 544 quáter LECrim no descarta de ninguna manera que proceda la imposición de medidas cautelares reales, toda vez que su ubicación sistemática se encuentra dentro de las medidas de carácter personal y, por lo tanto, se limita a recoger la regla de inaplicabilidad a las personas jurídicas de las medidas de carácter personal previstas en la legislación procesal. Lo contrario conduciría al absurdo de que tan sólo pueden acordarse embargos o imposición de fianzas reales a las personas físicas.

¹⁸²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...ob. cit.*, p. 156.

A favor de que las medidas cautelares reales puedan adoptarse frente a la persona jurídica imputada, también se ha argumentado que “*no parece que pueda descartarse sin más la posibilidad de adoptar medidas menos gravosas para el afectado, siempre que sean igualmente idóneas para la finalidad que se pretende, por el mero hecho de que no estén expresamente enumeradas en el texto legal.; la justificación podría encontrarse en el principio general de que quien pueda lo más puede lo menos, y sería absurdo tener que adoptar una medida más limitativa de las facultades de la persona jurídica sólo porque esta si se encuentra prevista*”¹⁸²¹. Ahora bien, si se justifica la posibilidad de adoptar tales medidas cautelares reales, sobre la base de que se trata de una interpretación más favorable al reo, su adopción sólo sería admisible, siempre y cuando, por una parte, resultase idóneo, necesario y proporcionado *stricto sensu* adoptar una medida como la suspensión, la clausura o la intervención y, por otra, fuese posible conseguir los mismos efectos mediante una medida cautelar real o menos invasiva que las previstas en el CP. En tal caso, sin duda, tal interpretación lograría un efecto favorable al reo. Sin embargo, en los casos en que una medida como la suspensión, la clausura o la intervención no fuese procedente, pero si lo fuese una medida cautelar real, una interpretación que permitiese imponer una fianza o un embargo estaría determinando una medida cautelar restrictiva de derechos cuando, en aplicación estricta del tenor literal de la LECrim, no procedería ninguna¹⁸²². Por lo tanto, dado que el principio de “quien puede lo más, puede lo menos” podría presentar, en algunos casos, problemas de legalidad, parece que la vía más adecuada para justificar la imposición de las medidas cautelares reales a las personas jurídicas es de la interpretación sistemática señalada *ut supra*.

En definitiva, a través de la interpretación sistemática y/o correctora del art. 544 quáter 1º LECrim, cabe concluir que las medidas cautelares que cabe adoptar frente a las personas jurídicas imputadas serían, por una parte, las expresamente previstas en el CP, que se han dado en llamar medidas cautelares *contra societatem*¹⁸²³ y, por otra parte, las medidas cautelares reales, básicamente, la fianza, el embargo y la anotación preventiva de querrela¹⁸²⁴, orientadas a asegurar los pronunciamientos de contenido patrimonial, tales como, las multas, el decomiso, las costas o la responsabilidad civil. Ahora bien, no podrían acordarse cautelarmente, la prohibición de realizar en el futuro las actividades

¹⁸²¹ BANACLOCHE PALAO, J., “Las medidas cautelares aplicables...ob. cit., pp. 231-232, quien señala, a modo de ejemplo, la posibilidad de que, si existe riesgo de que se manipulen cuentas corrientes u otros activos, o de que se acceda a cajas de seguridad, se podrá dar a los bancos o entidades financieras órdenes de retención o prohibiciones de disponer sin autorización judicial, en vez de tener que nombrar un administrador o interventor; En idéntico sentido se expresa MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 10.

¹⁸²² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.

¹⁸²³ La expresión *contra societatem*, acuñada por PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...ob. cit., pp. 149-170, para referirse a las medidas cautelares restrictivas de los derechos de las personas jurídicas previstas en el CP, será empleada en este epígrafe con igual significado. Estas serían la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

¹⁸²⁴ En este sentido, ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., p. 98, señala el art. 42 LH, como base positiva para acordar la anotación preventiva de querrela sobre los bienes o establecimientos susceptibles de ser decomisados (127 CP), embargados (489 LECrim) o afectados por alguna de las consecuencias penales al amparo del art. 33.7 CP. Asimismo, el inicio del procedimiento sería susceptible de inscripción en el RM al amparo del art. 94.1.10 RRM, siempre que el asunto presentase trascendencia jurídico-real.

en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito¹⁸²⁵, 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 ni otras de creación jurisprudencial tendentes a limitar la libertad societaria.

3.- Catálogo de medidas cautelares susceptibles de imposición a las personas jurídicas

3.1.- Las medidas cautelares *contra societatem*

3.1.1.- La suspensión de actividades

La suspensión de actividades parece *a priori* la medida cautelar más gravosa de las previstas en el CP. De hecho, para las sociedades de capital el cese de la actividad por más de un año supone la disolución y consiguiente liquidación de la entidad (art. 363.1.a) TRLSC). Por lo tanto, atendiendo al principio de proporcionalidad, sólo debería acordarse cuando las demás se muestren como insuficientes o inidóneas para alcanzar el fin perseguido¹⁸²⁶. Algún autor va más allá al proponer que esta medida debería reservarse, exclusivamente, para entidades que no tienen otro fin que el de servir de instrumento para el delito¹⁸²⁷.

A pesar de que la literalidad del precepto se refiere, en general, a la suspensión de actividades, dando a entender que abarcaría toda la actividad del ente, el principio de proporcionalidad exige que el Juez limite el alcance de la suspensión al ámbito estrictamente necesario para neutralizar el *periculum in mora*¹⁸²⁸. Así pues, en principio, esta medida se decreta para que el ente jurídico cese en sus actividades ilegales, dado que la tutela que el proceso otorga a los bienes jurídicos protegidos por las normas penales, no resultaría plenamente efectiva si durante la pendencia del proceso continúa la actuación ilícita¹⁸²⁹. Pero para ello, no siempre será preciso paralizar absolutamente la

¹⁸²⁵ A juicio de GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 157, “*resulta incomprensible -ya lo era en el antiguo art. 129 CP- que no se haya previsto también como medida cautelar la prohibición temporal de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, pues parece menos incisiva que la suspensión de actividades y podría, por ello, ajustarse mejor a las exigencias de proporcionalidad*”.

¹⁸²⁶ Así lo dispone, el art. 46.3 D. Lgs. 231 según el cual “*L’interdizione dall’esercizio dell’attività’ puo’ essere disposta in via cautelare soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata*”, limitando, por lo tanto, la suspensión de la actividad a aquellos casos en que el resto de medidas resulten inidóneas para el fin cautelar perseguido.

¹⁸²⁷ BANACLOCHE PALAO, J., “Las medidas cautelares aplicables...” ob. cit., p. 232.

¹⁸²⁸ Así lo entienden, entre otros, ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...” ob. cit., pp. 96-97; Igualmente, la FGE, Circular 1/2011, p. 66, señala que los Fiscales deben concretar el sector o ámbito concreto de actividad que debe suspenderse que, lógicamente, debiera ser el más directamente vinculado con la actividad delictiva.

¹⁸²⁹ PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...” ob. cit., p. 157.

actividad del ente, bastando con una afectación parcial de ciertas secciones o unidades de negocio en las que se haya producido, favorecido o encubierto el delito. Ahora bien, aunque teóricamente lo ideal sería que pudiesen suspenderse únicamente las actividades afectadas por, o afectas a, los fines delictivos, esto sólo será factible, en la práctica, cuando exista una cierta diferenciación o autonomía entre las distintas actividades que desarrolla la entidad¹⁸³⁰.

3.1.2.-La clausura de locales

La medida cautelar de clausura es claramente anticipativa, dado que introduce una innovación, que supone una satisfacción de la pretensión punitiva, sin acreditarse ante *iudicium* la responsabilidad penal del ente¹⁸³¹. Su contenido es idéntico al de la pena análoga. Únicamente se diferencia de aquella en cuanto a sus fines, a sus presupuestos de adopción y en cuanto a su duración, que deberá ser más reducida que la de la pena definitiva y, en su caso, en el alcance de la misma.

En relación con el alcance de esta medida, es preciso señalar, análogamente a lo dicho en relación con la medida de suspensión de actividades, que sería perfectamente posible que no abarcara la totalidad de los establecimientos titularidad de la entidad, limitándose a aquellos, respecto de los cuales, se aprecie riesgo para la obtención o preservación de pruebas o un peligro fundado de continuidad o de reiteración de las actuaciones presuntamente delictivas¹⁸³². Ahora bien, adoptar esta medida con un ámbito espacial parcial, esto es afectando únicamente a algunas de sus instalaciones, puede resultar poco eficiente, si la actividad ilícita no se encuentra bien localizada, diferenciada y/o espacialmente concentrada¹⁸³³.

3.1.3.- La intervención judicial

Se puede definir la administración judicial como la institución procesal que regula el sometimiento de determinados bienes y derechos a control judicial de tal forma que, por mandato del Juez, una persona sea designada para la asistencia, vigilancia, gestión o liquidación del patrimonio de un tercero¹⁸³⁴. Por su parte, la figura de la intervención judicial hace referencia más bien a labores de asistencia, vigilancia y control sobre la administración que se estaba ejerciendo, refiriéndose a una labor de control menos intensiva que la del administrador¹⁸³⁵.

¹⁸³⁰ Cfr. BANACLOCHE PALAO, J., "Las medidas cautelares aplicables...ob. cit., p. 233.

¹⁸³¹ PORTAL MANRUBIA, J., "Medidas cautelares contra la...ob. cit., p. 157.

¹⁸³² Así lo señalan, entre otros, BANACLOCHE PALAO, J., "Las medidas cautelares aplicables...ob. cit., p. 232; ARANGÜENA FANEGO, C., "Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 97.

¹⁸³³ Cfr. BANACLOCHE PALAO, J., "Las medidas cautelares aplicables...ob. cit., p. 233.

¹⁸³⁴ VELÁZQUEZ MARTÍN, A., *La intervención judicial de bienes y empresas*, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 17 y 19.

¹⁸³⁵ Ídem., p. 63, nota 72.

La intervención judicial es, seguramente, la medida cautelar que menos daños colaterales provoca a la organización, que puede continuar normalmente con su actividad, así como para sus trabajadores, acreedores y clientes. En este sentido, se observa que, mientras la clausura y la suspensión de actividades pueden suponer una quiebra sustancial de las relaciones jurídicas y comerciales del sujeto pasivo, la intervención judicial permite que un tercero, el interventor judicial, gestione la entidad, mientras dura el proceso, cumpliéndose o extinguiéndose, conforme a Derecho, aquellas obligaciones que jurídicamente hubiera contraído el ente¹⁸³⁶.

Esta medida ha sido calificada como de naturaleza mixta, civil y penal¹⁸³⁷ en tanto que, aunque afecta a la libertad de la entidad para auto organizarse, podría servir para evitar su despatrimonialización, es decir, para conservar su patrimonio, su viabilidad económica y el valor de sus activos, lo que redundaría en el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias que del proceso pudieran derivarse para la entidad¹⁸³⁸. De hecho, uno de los supuestos en que se podría adoptar la medida de intervención sería la de asegurar el pago de la multa impagada (art. 53.5 CP). Pero esta no sería su única finalidad. En este sentido, se observa que la pena de intervención, de contenido análogo a esta medida cautelar, aparece preordenada a un objetivo específico, cual es el de salvaguardar los derechos de los trabajadores y los acreedores del ente, cometido que también podría ser preciso anticipar a esta fase cautelar¹⁸³⁹. Ambas finalidades, orientadas, en último término, a prevenir la despatrimonialización del ente, otorgarían a esta medida una naturaleza más bien civil¹⁸⁴⁰. Sin embargo, respondiendo las penas y las medidas cautelares a finalidades diversas e independientes, considero que no hay razón para sostener que la intervención, como medida cautelar, no puede servir, así mismo, a otras exigencias propiamente cautelares o preventivas, distintas de la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y los acreedores, tales como, evitar la continuidad o la reiteración de la actividad delictiva¹⁸⁴¹ o prevenir la manipulación o la

¹⁸³⁶ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., "Las consecuencias accesorias como medidas...ob. cit., p. 37.

¹⁸³⁷ Así es calificada la medida de intervención en el AJCI núm. 6, de 30 de junio de 2014, DD.PP. 26/2012, en tanto que "trata de restaurar tanto el orden jurídico lesionado por la infracción (asegurando tanto la hipotética pena, lo que incluye el comiso, como neutralizando la actividad delictiva), como las consecuencias negativas de la acción presuntamente delictiva en los intereses particulares de los afectados y que en consecuencia tiene fines además de asegurativos (art. 299 LECrim), también de carácter conservativo" lo que implica que están legitimadas para solicitarla, tanto las partes penales como, en su caso, el actor civil.

¹⁸³⁸ Por su parte, MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional. Vol. III. Proceso penal*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 517, entiende que se trata de una medida cautelar patrimonial.

¹⁸³⁹ En cuanto a la finalidad que puede perseguir la medida cautelar de intervención hay quien se inclina por limitarla, en atención a la previsión del art. 33.7 g) CP, a la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y de los acreedores (GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 125 y 159-160), mientras que otros autores llaman la atención sobre lo efectiva que podría resultar para evitar la continuidad delictiva y sus efectos (TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso...*ob. cit., p. 147).

¹⁸⁴⁰ En este sentido, afirma GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 159, que si la intervención se orienta a evitar una eventual insolvencia, un cierre o una reducción de plantilla injustificados y derivados de una mala gestión, esto le otorga una naturaleza más civil que penal.

¹⁸⁴¹ De hecho, tal y como afirma, VELÁZQUEZ MARTÍN, A., *La intervención judicial de bienes...*ob. cit., p. 21, además de las finalidades de garantía y de aseguramiento de la ejecución, una de las finalidades para las que resulta apta la medida de intervención judicial sería, precisamente, la de evitar la producción de un perjuicio o cesar los efectos del mismo.

destrucción de las fuentes de prueba, removiendo a los administradores de la entidad y poniendo a cargo de la gestión a un interventor judicial.

Tampoco está claro el papel que ha de jugar el interventor, si es que viene llamado a desempeñar alguno, en el marco de la investigación y el enjuiciamiento de la responsabilidad penal de la entidad. Cabe recordar que, por prescripción legal, el interventor tiene acceso a todas las instalaciones y locales del ente y a recibir cuanta información estime necesaria para el desarrollo de sus funciones (art. 33.7 g) CP). Se puede considerar, por tanto, que se trata de un auxiliar del Juez¹⁸⁴², con acceso directo y completo a la gestión interna de la entidad investigada con lo que existe un riesgo, nada desdeñable, de que el Juez instructor utilice al interventor como una suerte de agente encubierto para avanzar en la investigación. Esta actuación judicial, consistente en emplear la medida de intervención como forma de acceder a información útil para la investigación, vulneraría los derechos de la entidad a no confesarse culpable y a no declarar contra sí misma¹⁸⁴³, constituyendo un fraude legal que, debidamente acreditado, conduciría a la ilicitud probatoria de los datos y documentos así obtenidos¹⁸⁴⁴. Así mismo, si tras actuar como administrador o interventor, es llamado a declarar como testigo, su declaración podría hacer ilusorio el derecho de defensa del ente y, particularmente, su derecho a no declarar.

Por último, cabe llamar la atención sobre la indeterminación de esta medida en la ley. El amplio margen que la regulación deja al Juez para determinar su contenido, así como el alcance de las facultades del interventor, resulta contrario a los principios de legalidad y de seguridad jurídica. Antes de la reforma del año 2010 que, al regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vino introducir la posibilidad de acordar la intervención judicial como medida cautelar y como pena, se observaba un uso creciente de la administración judicial en el proceso penal¹⁸⁴⁵. A pesar de ello, ni la LECrim ni el CP ofrecen un desarrollo mínimamente sistematizado de esta medida, lo que obliga a acudir a la regulación de la LECiv como supletoria, aunque, de *lege ferenda*, resultaría adecuada una regulación específicamente penal para aprovechar su utilidad en la prevención y ejecución criminal¹⁸⁴⁶. Por estas y otras razones, resulta importante y urgente que se dicte el reglamento, al que se remite el CP, en el que debieran regularse, como mínimo, por expreso mandato del legislador, los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, con la retribución y la cualificación necesaria para actuar como tal (art. 33.7. g) II *in fine* CP), pero también muchos otros que siguen sin respuesta, tales como, sus concretas facultades, su forma de designación, su intervención en el proceso y el ámbito de su deber de secreto profesional.

¹⁸⁴² En este sentido, VELÁZQUEZ MARTÍN, A., *La intervención judicial de bienes...*ob. cit., pp. 46 y 48, define al administrador judicial como un auxiliar o mandatario del Juez, puesto que por él es sancionada su designación. Consecuentemente, el administrador debe actuar con la debida independencia frente a las partes y salvaguardando los intereses a cuya protección está destinada dicha administración.

¹⁸⁴³ ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada...ob. cit., pp. 266-267.

¹⁸⁴⁴ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 125.

¹⁸⁴⁵ Cfr. VELÁZQUEZ MARTÍN, A., *La intervención judicial de bienes...*ob. cit., pp. 125-126.

¹⁸⁴⁶ Ídem. pp. 125-126.

Tratando de suplir esta laguna legal, la jurisprudencia ha señalado que, aunque la intervención, en sentido estricto, se refiere a una labor de supervisión y vigilancia sobre la actividad de los administradores de la entidad, también cabe adoptar, con base en este mismo precepto, una medida de *administración judicial, en la que el Juez designa a quien más que supervisar, gestiona directamente, removiendo y sustituyendo al administrador que en su día puso la empresa, para proseguir bajo su autoridad la actividad societaria*. En este sentido, se afirma que “el término “intervención” debe entenderse como intervención/administración y el Juez acordará una u otra modalidad en función de la confianza que le merezca que el día a día de la empresa investigada sea gestionado o no por personas del círculo de la misma o por expertos externos ajenos a ella”¹⁸⁴⁷. Ahora bien, hay que ser cauteloso con estas interpretaciones jurisprudenciales extensivas, vedadas cuando se trata de medidas restrictivas de derechos, precisamente, por la fuerza expansiva de estos. Así pues, si el legislador quisiera permitir la sustitución de la persona que venía desarrollando las facultades de gestión debería hablar de administración judicial, mientras que la intervención debe limitarse a una mera labor de vigilancia, sin sustitución de las facultades de administración¹⁸⁴⁸.

3.2.- Las medidas cautelares reales

Las medidas cautelares reales no presentan ninguna especialidad en el enjuiciamiento de las personas jurídicas¹⁸⁴⁹. Así, las fianzas y embargos aparecen regulados, con carácter general, en los arts. 589 a 614 LECrim, mientras que, en el marco del procedimiento abreviado, se prevé igualmente la posibilidad de adoptar medidas cautelares reales, remitiéndose la ley, para la regulación de su contenido y presupuestos, a la LECiv (art. 764.1 y 2 LECrim). En este sentido, merece una especial mención la posibilidad de acordar, como medida cautelar de carácter real, esto es, para asegurar el cumplimiento de las responsabilidades pecuniarias, la administración judicial regulada en el art. 726 LECiv¹⁸⁵⁰.

¹⁸⁴⁷ AJCI núm. 6, de 30 de junio de 2014, DD.PP. 26/2012.

¹⁸⁴⁸ Así lo afirma VELÁZQUEZ MARTÍN, A., *La intervención judicial de bienes...* ob. cit., pp. 18 y 57, recordando, a tal efecto, la distinción prevista en el antiguo art. 608 LECrim, hoy en día derogado por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

¹⁸⁴⁹ Un estudio exhaustivo sobre las medidas cautelares reales, desde la perspectiva del Derecho Penal económico, puede verse en RAMOS ROMEU, F., *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006.

¹⁸⁵⁰ En este caso, tal y como observa ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 110, se le aplicaría el régimen de las medidas cautelares reales, lo cual afectaría a sus presupuestos de aplicación, a su duración e, incluso, a la legitimación para su solicitud. Precisamente, el distinto régimen de las medidas cautelares reales y personales y la potencial utilidad de la administración judicial para fines distintos al de aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, explica que, en la Propuesta CPP, la intervención y la administración judicial apareciesen reguladas, no sólo como medidas de aseguramiento de las responsabilidades civiles (arts. 233.3. 5º y 237 CPP), sino también como medidas de aseguramiento de las responsabilidades penales (arts. 216.1.8º-9º y 232 Propuesta CPP), calificándose además, en el caso de las personas jurídicas, como medidas cautelares penales (arts. 200.3 d) y e) Propuesta CPP) encuadradas, por su ubicación sistemática, entre las “medidas cautelares personales aplicables a las personas jurídicas y a otras entidades”; Con carácter general, sobre la administración

Otras medidas cautelares que ciertos autores entienden aplicables, a pesar de no existir una previsión específica en relación con las personas jurídicas, serían aquellas tendentes a dar publicidad a la sujeción de la entidad al proceso, así como a las medidas de embargo o de prohibición de disponer. Concretamente, se hace referencia a la posibilidad de inscribir preventivamente la querrela en la hoja personal de la entidad mercantil (art. 727.5º LECiv), el inicio del procedimiento en el RM (art. 94.1.10 RRM), así como anotar preventivamente, en los registros correspondientes, los bienes o establecimientos susceptibles de ser decomisados (art. 127 CP), embargados (art. 489 LECrim) o afectados por alguna de las consecuencias penales prevista en el art. 33.7 CP¹⁸⁵¹, lo cual será posible siempre y cuando tales resoluciones tengan trascendencia jurídica real.

A los efectos de la inscripción registral de las referidas resoluciones, resulta igualmente destacable el art. 20 *in fine* LH, como manifestación de la doctrina del levantamiento del velo, en el que se establece una matización de la regla general según la cual el titular registral ha de coincidir con la persona frente a la cual se ha dirigido el procedimiento para que sea posible anotar la demanda, embargo o prohibición de disponer. Tal precepto permite que, al hilo de un proceso penal, se realicen anotaciones de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando, a juicio del Juez o Tribunal, existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el investigado o el encausado, aun cuando no conste como tal en el registro, debiendo expresarse tal circunstancia en el oportuno mandamiento¹⁸⁵².

Cabe señalar que previsiblemente las medidas cautelares reales serán las más comunes e idóneas en el enjuiciamiento de las personas jurídicas. Es decir, por regla general, no será preciso acordar medidas cautelares *contra societatem*, siendo suficientes las de naturaleza real. La razón de tal afirmación radica, por una parte, en el sistema sancionatorio que se ha previsto para las personas jurídicas, en el que la pena reina es la de multa, mientras las denominadas penas interdictivas son de aplicación potestativa y excepcional. Así pues, para asegurar la ejecución de la multa y del resto de responsabilidades pecuniarias, tales como las costas, el decomiso y las responsabilidades civiles, las medidas cautelares más aptas y menos onerosas parecen ser las de naturaleza real que, siempre que se consideren suficientes para neutralizar el riesgo de despatrimonialización de la entidad.

judicial en el proceso civil, véase VELÁZQUEZ MARTÍN, A., *La intervención judicial de bienes...* ob. cit., pp. 21-123.

¹⁸⁵¹ ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 74.

¹⁸⁵² Esta excepción al principio de tracto sucesivo ya venía reconocida por la doctrina de la DGRN respecto a los embargos preventivos en vía administrativa (Resoluciones 25 de marzo de 2004 y 14 de febrero de 2008, entre otras)

3.3.- Otras medidas cautelares

Hay que tener en cuenta que, además de la suspensión de actividades, la clausura de locales y la intervención judicial, previstas genéricamente para todos los delitos imputables a las personas jurídicas, el CP prevé algunas otras medidas cautelares que sólo pueden ser adoptadas con relación a específicos delitos. En este sentido, resultan dignos de mención los arts. 194 y 339 CP. Así pues, en el primero de tales preceptos se prevé la posibilidad de acordar, con carácter cautelar, la clausura temporal o definitiva de los establecimientos o locales, abiertos o no al público, que se utilizaren para la comisión de delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores, exhibicionismo y provocación sexual. Por su parte, el art. 339 CP, en el marco de los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, algunas de los cuales resultan igualmente imputables a los entes colectivos, prevé la posibilidad de adoptar, a cargo del autor del hecho, las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes jurídico objeto de tutela.

Por otra parte, en leyes distintas al CP, se prevén otras medidas que podrían resultar de utilidad en la prevención de ciertos delitos, aun cuando no está clara la habilitación legal para su imposición a la persona jurídica imputada, en vista de la limitación establecida en la LECrim, conforme a la cual, sólo podrán acordarse las previstas en el CP. En particular, para los delitos cometidos mediante el uso de las nuevas tecnologías de comunicación e información, podría plantearse la posibilidad de usar las medidas previstas en el art. 8 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, en concreto, la retirada de datos que vulneren ciertos bienes jurídicos, así como las restricciones a la prestación de ciertos servicios o el bloqueo del acceso desde España al contenido de una página web¹⁸⁵³. Así mismo, en los delitos contra la propiedad intelectual cabría plantearse la posibilidad de acordar las medidas previstas en el art. 141 R.D.L. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

Por su parte, la propuesta de CPP que, finalmente, no fue tramitada durante la legislatura, añadía, a las medidas cautelares *contra societatem* ya señaladas, otras dos nuevas medidas, en concreto, la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, y para el disfrute de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (art. 200.3 c) Propuesta CPP), claramente extraídas del catálogo de las penas imponibles a las personas jurídicas, y la administración judicial (art. 200.3 e) Propuesta CPP). Sin embargo, no atendía a las críticas vertidas en relación con la regulación actual, que abogan por introducir en el catálogo de medidas cautelares la prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito¹⁸⁵⁴, por entender que tal medida podría resultar igualmente idónea y menos

¹⁸⁵³ ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 74.

¹⁸⁵⁴ A juicio de GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 157, “resulta incomprensible -ya lo era en el antiguo art. 129 CP- que no se haya previsto también como medida cautelar la prohibición temporal de realizar las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido,

dañosa que la de suspensión de actividades. En mi opinión, la exclusión de esta pena del catálogo de medidas cautelares se justifica en tanto que la misma implica una prohibición *pro futuro*, más que una suspensión temporal e interina, que es, precisamente, el tipo de tutela que una medida de naturaleza cautelar está llamada a proveer. Ahora bien, la medida de suspensión de actividades, tras ser sometida al necesario filtro de la proporcionalidad, supondrá un efecto idéntico al de esta otra prohibición, en tanto que se limitará a aquellas actividades en las que existe riesgo de comisión delictiva o de destrucción de fuentes de prueba que, previsiblemente, serán, aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.

Acudiendo al Derecho extranjero se observa que, generalmente, los catálogos de las medidas cautelares previstos para las personas jurídicas son más amplios que el contenido en nuestro ordenamiento. Así, en Italia, las posibles medidas cautelares serían la prohibición del ejercicio de la actividad, la suspensión o revocación de las autorizaciones, licencias o concesiones relativas a la comisión de la infracción, la prohibición de contratar con la Administración pública, excepto para obtener la prestación de un servicio público, la exclusión de beneficios, préstamos subvenciones o subsidios, así como la posible revocación de los ya concedidos y la prohibición de publicitar bienes o servicios. Además, cuando subsisten los presupuestos para aplicar una medida que suponga la suspensión de la actividad, bajo ciertos requisitos relativos a los daños colaterales que tal interrupción podría tener para la colectividad o para el mercado laboral, se puede acordar el nombramiento de un comisario judicial para que la actividad pueda continuar¹⁸⁵⁵.

Hasta aquí las medidas cautelares interdictivas que prevé la legislación italiana, si bien, adicionalmente, como forma de garantizar las responsabilidades pecuniarias, se regulan las figuras del “*sequestro preventivo*” y del “*sequestro conservativo*”¹⁸⁵⁶. En el primero se aprehenderían los beneficios derivados del delito, para posibilitar su posterior decomiso, mientras que el segundo consistiría en la inmovilización de bienes, muebles o inmuebles, o de dinero, con el objeto de asegurar el pago de las sanciones pecuniarias, los gastos del procedimiento o de otras cantidades debidas al erario público. Análogamente, nuestro CP prevé que los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito puedan ser aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias, a fin de garantizar la efectividad del decomiso (art. 127 octies 1 CP). Dado que, tal y como se ha argumentado *ut supra*, las personas jurídicas pueden ser acreedoras de medidas cautelares reales, a pesar de la falta de previsión expresa de tal posibilidad, y que la consecuencia accesoria del decomiso aparece, genéricamente, prevista para todo sujeto pasivo del proceso penal, hay que resolver que tales medidas resultan igualmente aplicables frente a los entes colectivos, al inicio del proceso penal o, incluso, en la fase pre-procesal, durante las diligencias de la policía o del MF.

favorecido o encubierto el delito, pues parece menos incisiva que la suspensión de actividades y podría, por ello, ajustarse mejor a las exigencias de proporcionalidad”; En la misma línea, se puede ver, la FGE, Circular 1/2011, p. 73; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Las penas de las personas jurídicas...ob. cit.

¹⁸⁵⁵ Art. 45 que se remite a los arts. 9.2 y 15 del D. Lgs. 231.

¹⁸⁵⁶ Arts. 53 y 54 respectivamente del D. Lgs. 231.

Por su parte, el CPP francés señala como medidas cautelares imponibles a las personas jurídicas las siguientes: consignación de fianza, constitución de garantías personales o reales para garantizar los derechos de la víctima, prohibición de emitir cheques, prohibición de realizar determinadas actividades personales o sociales cuando el delito se haya cometido en el ejercicio o con ocasión de las mismas y existe riesgo de reiteración y supervisión por un interventor judicial de la actividad en cuyo ejercicio se cometió el delito¹⁸⁵⁷.

Cabe señalar, por último, que la limitación de las medidas cautelares *contra societatem* a aquellas expresamente previstas en el CP, unido a la ausencia de una regulación específica sobre las medidas cautelares reales para las personas jurídicas, que el legislador no se ha encargado de normar específicamente para las personas jurídicas, ha provocado que parte de la doctrina proponga la ampliación del catálogo de medidas cautelares¹⁸⁵⁸.

4.- Análisis de las características, los presupuestos y el régimen jurídico de las medidas cautelares contra societatem

4.1.-Finalidad preventiva de las medidas cautelares *contra societatem*

La naturaleza cautelar de las medidas que cabe adoptar, durante la instrucción, frente a las personas jurídicas imputadas es puesta en entredicho, a pesar de la literalidad del CP y de la LECrim, en tanto que su finalidad preventiva, orientada a evitar la reiteración delictiva, resulta, en cierto modo, extraña a las finalidades cautelares clásicas. En este sentido, algunos procesalistas ya negaban el carácter cautelar de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, impuestas durante la instrucción para prevenir la continuidad o la reiteración delictiva, por la discordancia entre los fundamentos y fines de unas y otras, entendiendo que tales consecuencias se limitaban a cumplir una función preventiva de futuros delitos¹⁸⁵⁹.

En este sentido, es preciso constatar que el concepto de las medidas cautelares ha ido expandiéndose, por la aparición de nuevas finalidades justificativas de su adopción y

¹⁸⁵⁷ Art. 706-45 CPP francés.

¹⁸⁵⁸ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit., crítica el carácter tasado y limitado de las medidas cautelares previstas para las personas jurídicas.

¹⁸⁵⁹ MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional. Vol. III. Proceso penal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 443; En la última edición del manual MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional. Vol. III* (2014)...ob. cit., p. 480, dentro del género de las medidas coercitivas se distingue entre las precautelares, las cautelares, las interdictivas y las preventivas y, aunque no hay un pronunciamiento expreso sobre las imponibles a las personas jurídicas, parece que encajarían en esta última categoría; Por su parte, PRATS CANUT, J. Mª., “De las consecuencias accesorias” en AA.VV., G. Quintero Olivares (dir.), J. M. Valle Muñiz (coord.) *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 609-632, p. 629, afirma que tienen una naturaleza híbrida, a caballo entre la prevención y la medida cautelar.

orientadas a la prevención de daños. No deja de ser una cuestión puramente terminológica, pero, en función de que tales finalidades, esencialmente preventivas, se consideren servidas a través de medidas denominadas cautelares o no, se alterará la concepción de la tutela cautelar. Así pues, desde una noción restrictiva, sólo serían medidas cautelares aquellas orientadas a asegurar la ejecución de la futura sentencia que en su día puede llegar a dictarse. Sin embargo, existirían otras medidas, cuya naturaleza participaría claramente de la esencia de las medidas de seguridad o de prevención, a las que se les aplicaría el régimen jurídico de las cautelares, pero que, en realidad, según ciertos autores, no lo serían¹⁸⁶⁰.

En esta última línea de pensamiento, PUJADAS TORTOSA diferencia las medidas cautelares de las de prevención delictiva, afirmando que la función preventivo-especial no es cautelar, dado que el carácter tuitivo de ese fin de prevenir delitos, responde, más bien, a fines de prevención especial, propios de las penas y que, anticipados a sede cautelar, resultarían contrarios a la propia naturaleza cautelar, así como a la presunción de inocencia¹⁸⁶¹. Así pues, se sostiene que las medidas de protección del proceso y las medidas de prevención de delitos responden a distintos fundamentos y funciones y, por tanto, deben atender también a presupuestos de adopción diferentes, con lo que someterlas a un mismo régimen provocaría errores de sistema y disfuncionalidades¹⁸⁶². En definitiva, se entiende que las medidas de prevención criminal no son esencialmente instrumentales respecto del proceso penal¹⁸⁶³.

En el mismo sentido, BARONA VILAR afirma que el fenómeno expansivo del Derecho Penal ha invadido la esfera procesal cautelar, introduciendo en el ámbito de las medidas instrumentales, llamadas a garantizar la efectividad del proceso (la tutela cautelar), otras medidas que tienden a la seguridad, ya sea la individual, como en el caso de las medidas de protección de la víctima, ya sea la colectiva o social, enmascarando medidas represivas o anticipatorias de pena sin título ejecutivo¹⁸⁶⁴. También GIMENO SENDRA diferencia las medidas cautelares, entendidas en su concepción estricta, de aquellas otras resoluciones, que denomina provisionales¹⁸⁶⁵, en las que encuadra las aplicables a las personas jurídicas¹⁸⁶⁶ y que define como actos coercitivos del Juez y limitativos de los

¹⁸⁶⁰ BARONA VILAR, S., “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?”, *Revista Poder Judicial*, núm. especial XIX dedicado a Propuestas para una Ley de enjuiciamiento criminal, 2006, pp. 237-265, pp. 239-240.

¹⁸⁶¹ PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 24.

¹⁸⁶² Ídem., pp. 27-28.

¹⁸⁶³ Ídem., pp. 27-28.

¹⁸⁶⁴ BARONA VILAR, S., “¿Una nueva concepción expansiva...ob. cit., p. 240.

¹⁸⁶⁵ Así pues, GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*...ob. cit., 329-332, define las medidas cautelares como aquellas medidas dirigidas a garantizar los efectos penales y civiles de la sentencia, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de los bienes del imputado, que se adoptan cuando el delito es de tal gravedad que cabe presumir un riesgo de fuga o de ocultación personal o patrimonial, mientras que las medidas provisionales serían aquellas medidas limitativas de determinados derechos del imputado que tienen por objeto posibilitar el cumplimiento de los fines del proceso, dotándole de eficacia, así como proteger determinados bienes e intereses constitucionales, fundamentalmente el de la protección de la víctima.

¹⁸⁶⁶ GIMENO SENDRA, V., GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., pp. 208 y 565; Por su parte, RENZETTI, S., *Le misure cautelari interdittive*...ob. cit., pp. 24-25, afirma, en relación con el modelo italiano, muy similar al español, que su naturaleza esencialmente preventiva se traslada a las medidas cautelares, privándolas de su natural finalidad instrumental respecto de las exigencias procesales

derechos fundamentales del inculpado, que tienen por objeto posibilitar el cumplimiento eficaz de ciertos fines del proceso, tales como la aplicación del *ius puniendi* del Estado, la tutela de la víctima, la reinserción social del reo, el esclarecimiento de los hechos o la prevención de la reiteración delictiva, imponiendo al sujeto pasivo del proceso el cumplimiento de ciertas obligaciones procesales o prestaciones, tanto positivas como negativas¹⁸⁶⁷. En el mismo sentido, MONTERO AROCA distingue implícitamente entre las medidas cautelares y otras limitativas de derechos, al decir que de la instrucción forma parte toda la actividad cautelar o de aseguramiento, así como las limitaciones de derechos, sean o no fundamentales, que puedan ser posibles constitucional y legalmente y que sean necesarias, bien para la prevención o evitación de conductas delictivas, bien a los efectos de descubrir fuentes de prueba¹⁸⁶⁸.

Más clara resulta, en tal sentido, la distinción pergeñada por MORENO CATENA¹⁸⁶⁹ que diferencia entre las medidas cautelares y las que denomina medidas de protección, persiguiendo las primeras, en todo caso, una finalidad procesal. Para este autor, las medidas cautelares y las de protección persiguen finalidades diferentes, aunque ambas se adopten en el curso del proceso, supongan limitaciones o prohibiciones al ejercicio de ciertos derechos y se dirijan contra el sujeto pasivo del proceso penal, pudiendo, incluso, tener el mismo contenido. También repara el autor en que ambas pueden venir reguladas en un mismo precepto, como sucede con la prisión provisional, como medida cautelar, y la prisión ordenada como protección de la víctima, pero, sin embargo, seguirían constituyen dos realidades distintas, no sólo conceptualmente, sino en razón de los presupuestos exigibles en uno y otro caso para su adopción.

Así pues, atendiendo a esta última clasificación, realizada por MORENO CATENA, las medidas interdictivas aplicables a las personas jurídicas vendrían a ser medidas de protección, que tendrían como finalidad la salvaguarda de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal y, más mediatamente, la protección de la seguridad pública. En todo caso, fines extraños a la estricta función de aseguramiento del desarrollo del proceso o de la ejecución de la sentencia y, por tanto, ajena a los fines propios de las medidas cautelares. Se trataría de medidas que otorgarían una especie de tutela anticipatoria, adelantando el contenido ejecutivo de la sentencia, con el fin de salvaguardar la seguridad pública frente a las actuaciones delictivas en que no se puedan reproducir o reiterar ciertas conductas¹⁸⁷⁰. Tanto las medidas protección, como las cautelares en sentido estricto, tendrían caracteres comunes, por lo que se regirían por los principios de jurisdiccionalidad, legalidad y proporcionalidad, pero las primeras no

y aproximándolas a las medidas de seguridad, a la vez que las sitúa en la incómoda posición de sustitutas de la pena.

¹⁸⁶⁷ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*...ob. cit., pp. 331-332; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 566. Para profundizar sobre el concepto, naturaleza y fundamento de tales resoluciones provisionales, véanse pp. 565-573; A mayor abundamiento, del mismo autor "Crisis de las medidas cautelares penales y auge de las resoluciones provisionales", *Diario La Ley*, núm. 7249, 2009.

¹⁸⁶⁸ MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 108.

¹⁸⁶⁹ MORENO CATENA, V., con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*...ob. cit., p. 269.

¹⁸⁷⁰ *Idem.*, p. 263.

serían instrumentales respecto de los fines del proceso y, por ende, tendrían una naturaleza supuestamente distinta¹⁸⁷¹.

Dicho esto, y recogidas las opiniones doctrinales al respecto, considero que una concepción estricta de las medidas cautelares, que deje fuera las finalidades preventivas, además de contradecir el derecho positivo, resulta inútil, dado que crea una problemática artificial que, en la práctica, no aporta nada en términos de garantías. Se trata, en mi opinión, de una cuestión meramente terminológica. En este sentido, es posible considerar que la evolución de los fines de las medidas cautelares ha producido una mutación de su significado tradicional, de tal forma que, actualmente, los fines preventivos y de protección de los bienes jurídicos, resultan, igualmente, considerados de naturaleza cautelar, si se quiere, en el sentido amplio del término¹⁸⁷².

Este cambio en el significado tradicional de las medidas cautelares puede entenderse mejor si se parte de las medidas cautelares como instrumentales del proceso¹⁸⁷³ y del proceso como único instrumento de aplicación de las penas¹⁸⁷⁴, sin desmerecer ni discutir por ello la autonomía del Derecho Procesal como ciencia¹⁸⁷⁵. Así pues, a medida que se expanden o se alteran los fines de las penas, los del proceso penal, como instrumento de aplicación del *ius puniendi*, también son llamados a sufrir una cierta transformación y, por tanto, se ven alterados, de forma refleja, los fines de las medidas cautelares, como instrumentales de éste. En este sentido, se constata como, entre los fines de la pena, las concepciones puramente retributivas han ido dando entrada a finalidades de prevención, general y especial¹⁸⁷⁶, mientras que, entre los fines del proceso penal ya no se encuentra, sólo, ni primordialmente, la actuación del *ius puniendi*, sino que aparecen otras finalidades entre las que se encuentra la protección de las víctimas y a la rehabilitación o resocialización del sujeto pasivo del proceso¹⁸⁷⁷. Pues, bien, en este proceso transformador, las medidas cautelares no quedan al margen sino que, en tanto que instrumentales del proceso penal, ven igualmente ampliadas sus

¹⁸⁷¹ En este sentido, afirma GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 565, que las resoluciones provisionales se asemejan a las medidas cautelares en la medida en que comparten la inmensa mayoría de sus presupuestos y requisitos esenciales.

¹⁸⁷² En la misma línea, DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015, p. 36, sostiene que la concepción purista u ortodoxa, que pretende limitar la esencia cautelar a la neutralización del riesgo de fuga, dejando al margen las medidas orientadas a proteger a la víctima, no ha triunfado.

¹⁸⁷³ A la instrumentalidad de las medidas cautelares respecto del proceso, se refieren, entre otros, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., pp. 559-560; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; FERREIRO BAAMONDE, X.-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 426.

¹⁸⁷⁴ En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., pp. 26-37, reflexiona entre las relaciones del proceso penal, el Derecho Penal y la pena, llegando a afirmar que “*el concepto de pena es esencial para construir el de proceso*” (p. 30).

¹⁸⁷⁵ Sobre el nacimiento del Derecho Procesal como ciencia jurídica autónoma, véase LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Nacimiento y evolución del Derecho Procesal como rama de la Ciencia Jurídica” en AA. VV., *Estudios jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, Vol. 1, 1993, pp. 461-486; PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *Constitución y poder judicial*...ob. cit., pp. 489-492.

¹⁸⁷⁶ Cfr. HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*...ob. cit., pp. 149-153.

¹⁸⁷⁷ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., pp. 59-61, que también se refiere a la finalidad de tutelar la libertad del imputado; Por su parte, MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 23 y 65-66, se centra en la función del proceso penal como garantía de la libertad.

tradicionales finalidades, sin que ello implique, necesariamente, una pérdida de su naturaleza.

En definitiva, la expansión sufrida por el Derecho Penal, a través de la ampliación de su red de control social, le ha ido atribuyendo, a esta rama del Derecho, nuevas funciones, demandadas por la sociedad del riesgo, orientadas a controlar y prevenir los riesgos delictivos, por medio del adelantamiento de las barreras de protección. Esta nueva misión de neutralización del peligro, que se ve claramente en la descripción de ciertos tipos penales, influye en los fines del proceso y, por ende, en los de las medidas cautelares. Sólo este “contagio en cadena”, junto con la naturaleza marcadamente preventiva del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es capaz de sustentar, de forma realista, la instrumentalidad de las medidas cautelares respecto del proceso cuando éstas tienden a evitar la comisión de delitos o se orientan a proteger a las víctimas. Así pues, si los fines cambian, los medios, en tanto que aspiren a ser eficaces, también han de cambiar.

En realidad este cambio no es tan original ni rupturista como podría pensarse *a priori*, ya que no hay demasiado de novedoso en esta noción amplia de las medidas cautelares. Si se acude a la concepción de las medidas cautelares defendida por CALAMANDREI se observa cómo este autor ya mantenía una noción amplia de las mismas, entendiendo que el interés específico que justifica la adopción de cualquiera de las medidas cautelares surge de la existencia de un *peligro de daño jurídico*, derivado del retardo de una providencia jurisdiccional definitiva (*periculum in mora*)¹⁸⁷⁸, justificación en la que, dada la amplitud de los términos en que se expresa, tendrían un perfecto encaje las medidas cautelares *contra societatem*. En este sentido, entiende el citado jurista que, para justificar una medida cautelar es necesario que la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinario la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a fin de impedir con medidas provisionales que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera¹⁸⁷⁹. Así entendidas las medidas cautelares, su finalidad no se limitaría estrictamente a posibilitar que en el futuro pudiera ejecutarse una eventual sentencia de condena frente al ente, sino que podrían usarse tales instrumentos para evitar que, en el tiempo de espera de la resolución judicial, no se agravase el daño a los bienes jurídicos lesionados por el delito ni se dañasen otros bienes jurídicos¹⁸⁸⁰.

Igualmente, un argumento a favor de considerar como cautelares aquellas resoluciones restrictivas de derechos, con finalidades distintas al aseguramiento de la ejecución de la

¹⁸⁷⁸ CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las...* ob. cit., p. 40.

¹⁸⁷⁹ Ídem., p. 42. Ahora bien, CALAMANDREI ya advierte que el *periculum in mora* no se debe identificar con el peligro genérico del daño jurídico, en vista del cual, en ciertos casos, la tutela jurisdiccional puede asumir el carácter preventivo. En este sentido, el autor distingue entre la tutela preventiva y la tutela cautelar, aunque reconoce que entre ambas podría existir una relación de género a especie (pp. 40-43, 45).

¹⁸⁸⁰ Por su parte, MARIO MORELLO, A., VESCOVI, E., “La eficacia de la justicia. Valor supremo del procedimiento, en el área de la cautela”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1984, pp. 541-545, p. 543, afirman que la distinción que han hecho los internacionalistas entre medidas cautelares y medidas provisionales, provisionales o de urgencia, todas ellas características de aquellas, no resulta adecuada en tanto que no responde a una distinción científica.

eventual sentencia de condena que pueda llegar a dictarse en el futuro, sería el derivado de la literalidad de la ley. En este sentido, el art. 503.2 LECrim consagra expresamente, como fin constitucionalmente legítimo, para acordar la prisión provisional, “evitar el riesgo de que el investigado o encausado cometa otros hechos delictivos”. Así mismo, la LECiv regula medidas anticipatorias, cuya finalidad es prevenir la continuidad de determinada situación supuestamente ilícita (art. 727. 7º LECiv) o proteger ciertos derechos (art. 727.11º LECiv) y nadie duda de su naturaleza cautelar. Específicamente, en relación con las medidas *contra societatem*, tanto el CP (art. 33.7 *in fine*), como la LECrim (544 quáter 1º), se refieren a ellas como medidas cautelares.

Por otra parte, existen razones que abogan por no establecer distinciones entre las medidas cautelares y aquellas otras que, parte de la doctrina, denomina preventivas o de protección. En este sentido, vale la pena advertir que, a la hora de adoptar medidas restrictivas de derechos, tener como referencia la dogmática elaborada para las medidas cautelares redundaría en una mayor seguridad jurídica y, por ende, en mayores garantías para el sujeto pasivo del proceso¹⁸⁸¹. Las limitaciones en cuanto a su dependencia o instrumentalidad respecto del proceso, su temporalidad, las obligaciones de proporcionalidad y motivación etc. son garantías que han de informar la adopción de estas otras medidas que la doctrina se resiste a denominar cautelares, pero que tienen un estatuto jurídico común con ellas, más allá de la necesidad de añadir nuevas finalidades a la clásica función de aseguramiento de la ejecución de la futura sentencia.

En definitiva, es preciso partir de una noción amplia de la función de asegurar la eficacia del proceso para dar cabida, tanto a la medida cautelar conservativa, como a la anticipativa, bien sea con el fin de controlar la actividad del ente, mientras no se resuelve el enjuiciamiento, bien sea para conservar su patrimonio intacto para la futura ejecución¹⁸⁸². En este sentido, el riesgo de reiteración delictiva sería entendido como riesgo intraprocesal, en tanto que derivado del retraso en la tramitación del proceso¹⁸⁸³. Consecuentemente, las medidas que el CP contempla en el art. 33.7 *in fine*, a pesar de no responder a las tradicionales finalidades de las medidas cautelares personales, serán referidas y estudiadas, en este trabajo, asumiendo su naturaleza cautelar y entendidas como tal en este trabajo. En primer lugar, porque a ello conduce una interpretación literal de la LECrim y del CP que las denomina así (arts. 544 quáter LECrim y 33.7 *in fine* CP). Y, en segundo lugar, porque de esta forma contarán con una base dogmática y una regulación que proporcionará seguridad jurídica en cuanto a sus presupuestos de adopción y sus características.

¹⁸⁸¹ Cfr. DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Las medidas cautelares personales...* ob. cit., pp. 38-39.

¹⁸⁸² PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...” ob. cit., pp. 152-153.

¹⁸⁸³ La Exp. Mot. de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la LECrim, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, señala que *los retrasos en la sustanciación de los procesos penales son aprovechados*, en ocasiones, por los imputados para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial y, sobre todo, *para reiterar conductas delictivas*, lo que genera una impresión de aparente impunidad y de indefensión de la ciudadanía ante cierto tipo de delitos. (La cursiva es mía). Este inciso pone de manifiesto, aunque de forma indirecta, que el legislador entiende la reiteración delictiva como un riesgo derivado del lapso de tiempo inherente a la realización de la justicia penal, lo que podría servir de argumento para sostener la naturaleza cautelar de ciertas medidas preventivas y anticipativas, tales como las medidas *contra societatem*.

4.2.-Carácter real o personal de las medidas cautelares *contra societatem*

Las medidas cautelares *contra societatem*, consistentes en la suspensión de actividades, el cierre de locales y la intervención judicial, no resultan fácilmente encuadrables en la tipología dualista clásica que cataloga las medidas cautelares en reales y personales¹⁸⁸⁴. Seguramente por su dificultad de encajarlas en tales categorías se ha acuñado el término de medidas cautelares *contra societatem* para referirse a las mismas, en tanto que limitarían la libertad de la entidad para autoorganizarse y perseguir sus fines sociales¹⁸⁸⁵, así como el derecho constitucional de asociación, consistente en crear asociaciones para la consecución de determinados fines lícitos (art. 22 CE), la libertad de fundación (art. 34 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE). Ahora bien, antes de calificarlas como *tertium genus* dentro de la especie cautelar, se intentará determinar si se aproximan más a las medidas cautelares reales o a las personales. Esta tarea de clasificación no se realiza como una mera disquisición dogmática, sino que resulta útil para poder aplicarles, supletoriamente, el régimen jurídico de una u otra clase de medidas cuando su regulación presente lagunas.

En primer lugar, se hace preciso, por lo tanto, definir las medidas cautelares reales y personales. Así, PEDRAZ PENALVA define las medidas cautelares reales, como aquellas medidas procesales de carácter asegurativo, funcionalmente preordenadas a la tutela de los intereses pecuniarios, conexos al hecho ilícito penal a declarar en la sentencia¹⁸⁸⁶. La denominación de medidas patrimoniales o reales se debe, así mismo, a que, generalmente, recaen sobre bienes muebles o inmuebles¹⁸⁸⁷. En definitiva, el adjetivo “real” puede aludir, ora al bien concreto sobre el que inciden, ora al interés que tratan de proteger¹⁸⁸⁸, caracterizándose por recaer sobre bienes de contenido patrimonial y atender funcionalmente a la tutela de intereses de la misma naturaleza. Por su parte, las medidas cautelares personales afectan a la persona del sujeto investigado o encausado, limitando o suspendiendo, provisionalmente, el ejercicio de sus derechos¹⁸⁸⁹.

Las medidas *contra societatem*, al igual que las consecuencias accesorias¹⁸⁹⁰, son medidas restrictivas de derechos, que no recaen sobre cosas, muebles o inmuebles, sino sobre las posibilidades de ejercicio de ciertos derechos y libertades, y que no se dirigen

¹⁸⁸⁴ Así pues, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 427, señala que, atendiendo a los fines del proceso penal, que comprenden no sólo la pretensión punitiva, sino también la pretensión resarcitoria, cabe hablar de medidas personales y medidas reales.

¹⁸⁸⁵ PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...”ob. cit., p. 151.

¹⁸⁸⁶ En este sentido, PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales*...ob. cit., pp. 68, 70-72 y 81, dice que las medidas cautelares reales están preordenadas a la tutela de intereses pecuniarios que, tratándose del responsable criminal, no se limitan al aseguramiento de la responsabilidad civil en sentido estricto, sino que integran una serie de créditos de diversa naturaleza, extraños a las consecuencias civiles de la infracción penal, tales como la multa, las costas o el decomiso.

¹⁸⁸⁷ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., con MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal*...ob. cit., p. 323.

¹⁸⁸⁸ PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales*...ob. cit., pp. 57-58.

¹⁸⁸⁹ Cfr. MORENO CATENA, con V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*...ob. cit., p. 273.

¹⁸⁹⁰ En sentido contrario, sostenía DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129*...ob. cit., p. 174, en relación con las consecuencias accesorias contenidas en el art. 129 CP, según la redacción anterior a la reforma de 2010, que se trataba de medidas de carácter real

a tutelar, exclusiva, ni aun primordialmente, intereses de carácter pecuniario, sino a evitar la frustración del enjuiciamiento y a impedir que perduren o se incrementen los efectos dañosos de la conducta supuestamente delictiva imputable a la entidad, todo lo cual las aproxima a las medidas cautelares personales¹⁸⁹¹. Por otra parte, la ubicación sistemática del art. 544 quáter LECrim, que se encuentra en el Título VII, Libro II LECrim, en el que se regulan las medidas cautelares personales, también aboga por su consideración como tales, al igual que las similitudes que se dan entre su procedimiento de adopción y el de la prisión provisional, exigiéndose en ambos casos petición de parte y vista previa contradictoria.

Así pues, las medidas cautelares *contra societatem* vendrían a restringir la libertad de la entidad imputada, a través de la limitación de derechos que no pueden considerarse como estrictamente patrimoniales, como pueden ser el derecho fundamental de asociación (art. 22 CE), que comprende el derecho de asociarse, desarrollando la actividad necesaria o conveniente para el logro de los fines lícitos en atención a los cuales se constituye, sin que pueda suspenderse tal actividad sin autorización judicial ex art. 22.4 CE, comprendiendo, además, el derecho a establecer la propia organización del ente creado por el acto asociativo¹⁸⁹², el derecho de fundación (art. 34 CE) o el derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 38 CE). Así mismo, el principio de libertad asociativa consagrado en la LORDA, constituye un desarrollo de los arts. 9.2 y 22 CE y se vincula, nada menos, que con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, ejercido por los individuos a través de su integración en grupos sociales. En palabras de la propia Exp. Mot. de la LORDA “*las asociaciones permiten a los individuos reconocerse en sus convicciones, perseguir activamente sus ideales, cumplir tareas útiles, encontrar su puesto en la sociedad, hacerse oír, ejercer alguna influencia y provocar cambios*”. En este sentido, cabe considerar, estableciendo un paralelismo con las medidas cautelares personales aplicables a las personas físicas, que son privativas (la suspensión y la clausura totales) o restrictivas (la intervención judicial y la suspensión y la clausura parciales) de la libertad societaria¹⁸⁹³.

Ahora bien, si se acoge una concepción estricta de las medidas cautelares personales, entendiéndolas como aquellas que limitan la libertad ambulatoria o de movimientos, como la forma más primaria de libertad¹⁸⁹⁴, o como aquellas preordenadas a asegurar la

¹⁸⁹¹ Así son calificadas, entre otros, por GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 156; ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., esp. p. 95; En contra de esta opinión, DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Las medidas cautelares personales*...ob. cit., p. 587-588, sostiene que las medidas cautelares respecto de las personas jurídicas imputadas participan más de la naturaleza de las medidas cautelares reales que de las personales.

¹⁸⁹² Sobre el referido contenido del derecho de asociación, véanse las SSTC 5/1981, de 13 de febrero; 165/1987, de 27 de octubre; 218/1988, de 22 de noviembre.

¹⁸⁹³ Así lo considera ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 96, nota 34, tomando en cuenta el paralelismo establecido por DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal. Parte general en esquemas*, 3ª ed., Valencia, 2011, p.564, entre las penas imponibles a las personas físicas y las personas jurídicas, que la lleva a referirse a estas últimas como “penas privativas” o “penas restrictivas” de la libertad societaria.

¹⁸⁹⁴ MORENO CATENA, V., con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*...ob. cit., p. 274.

presencia física del sujeto pasivo en las actuaciones procesales¹⁸⁹⁵, es evidente que tal concepción convierte a las medidas cautelares personales en incompatibles con la naturaleza de la persona jurídica, dada su carencia de corporeidad física y de libertad deambulatoria¹⁸⁹⁶. Sin embargo, si se acoge una concepción más amplia de las medidas cautelares personales, entendidas, simplemente, como aquellas que suponen una limitación al ejercicio de ciertas libertades¹⁸⁹⁷, las medidas *contra societatem* tendrían plena cabida en tal categoría, dado que inciden “en la esfera de libertad de actuación del imputado-persona jurídica”¹⁸⁹⁸.

En definitiva, considero que las medidas cautelares *contra societatem* se asemejan más a las personales¹⁸⁹⁹ que a las reales, dado que, por un parte, tan sólo de forma indirecta, están funcionalmente orientadas a preservar o a asegurar las responsabilidades pecuniarias derivadas del enjuiciamiento penal y, por otra, implican una limitación de la libertad de la entidad imputada, que ve constreñida su autonomía, en orden al desarrollo de su actividad y a la toma de decisiones sobre su organización y su gestión. Tales limitaciones en el ejercicio de los derechos del inculcado son más propias de las medidas cautelares personales que, por definición, afectan a la libertad del sujeto pasivo del proceso. Lo que diferencia a las medidas cautelares *contra societatem* de las medidas cautelares personales, que cabría denominar clásicas, es que, mientras estas afectan a la libertad personal del individuo investigado o encausado, aquellas afectan a la libertad de la persona jurídica para organizarse, para actuar en el tráfico jurídico y para desarrollar sus fines sociales, restringiendo, en último término, su libertad de asociación (art. 22) y, de forma mediata, la libertad de empresa (art. 38 CE).

4.3.-Los presupuestos de aplicación de las medidas cautelares *contra societatem*

La Ley no dice nada sobre los específicos presupuestos de aplicación de las medidas cautelares *contra societatem*, por lo que será preciso aplicar y, en su caso, adaptar, los presupuestos de las medidas cautelares personales. Desde luego, lo que no cabe es prescindir de la teoría general de las medidas cautelares, del necesario respeto a la presunción de inocencia y del estricto respeto a los principios que, como el de legalidad y el de proporcionalidad, han de informar la adopción de cualquier medida restrictiva de derechos. Por lo tanto, como presupuestos básicos que han de observarse para la adopción de estas medidas estarían, por una parte, el *fumus delicti commissi*, como una

¹⁸⁹⁵ En esta línea, RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura...*ob. cit., p. 255, sostiene que la necesidad de garantizar la sujeción de una persona al juicio penal es lo único que autoriza la medida cautelar de tipo personal.

¹⁸⁹⁶ Es posible que tal concepción de las medidas cautelares personales estuviese detrás de la redacción que, el ya referido art. 120.3 que el PLMAP proyectaba introducir en la LECrim, según el cual “no serán aplicables a las personas jurídicas imputadas las disposiciones que sean incompatibles con su especial naturaleza. En particular, no les serán aplicables las siguientes disposiciones: (...) c) Las relativas a las medidas cautelares de carácter personal”.

¹⁸⁹⁷ CASTILLEJO MANZANARES, R., “El nuevo tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal”, *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 26, 2011, pp. 13-24, p. 14.

¹⁸⁹⁸ Cfr. ARANGÜENA FANELO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...”ob. cit., p. 96.

¹⁸⁹⁹ También GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 156 se refiere a ellas como medidas cautelares personales.

adaptación del *fumus boni iuris* al objeto del proceso penal y, por otra, el *periculum in mora*, en el que se comprenderían los riesgos que podrían materializarse durante la tramitación del enjuiciamiento penal y que son, precisamente, los peligros que intentan conjurarse a través de la tutela cautelar.

Así pues, el primero de tales presupuestos, el *fumus delicti comissi*, se concretaría en la apariencia, o probabilidad fundada, de haberse cometido un hecho delictivo del que pueda, razonablemente, derivarse responsabilidad para una persona jurídica, juicio que viene a coincidir con el de imputación, mientras que, por su parte, el *periculum in mora* se materializaría en los distintos riesgos jurídicos que, para las fuentes de prueba, para la celebración del juicio penal, para la tramitación del proceso o para la ejecución de la eventual condena, podrían producirse como consecuencia del lapso del tiempo imprescindible para celebrar un proceso con todas las garantías, a través del que, ineludiblemente, ha de ejercitarse el *ius puniendi* estatal¹⁹⁰⁰. A tales eventualidades riesgosas cabría añadir, en coherencia con la concepción amplia que se mantiene sobre la tutela cautelar en este trabajo, los peligros que, de tal ineludible espera, podrían derivarse para la seguridad pública y para los bienes jurídicos de las víctimas, protegidos por los tipos penales imputados a la entidad, que sufrirían nuevos o mayores daños si la actividad delictiva continuase o se reiterase.

4.3.1.-*Fumus boni iuris* o *fumus commissi delicti*

La apariencia de buen derecho, en las medidas cautelares penales se corresponde con los “indicios racionales de criminalidad”¹⁹⁰¹ o con la existencia de motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar la medida en cuestión (art. 503.1.2º LECrim). Se trata por lo tanto de un juicio de imputación reforzado, integrado por el elemento objetivo, el hecho punible, y el subjetivo, su razonable atribución al destinatario de la medida en cuestión. Así pues, el *fumus commissi delicti* implica atribuir, fundadamente, la comisión de un hecho presuntamente delictivo a una determinada persona y exige valorar, por lo tanto, los elementos que conforman el objeto del juicio penal, esto es, “*si una persona determinada ha cometido o no una acción penal determinada de que deba responder criminalmente*”¹⁹⁰². Ahora bien, esta valoración ha de hacerse con la probabilidad indiciaria característica de esta fase procesal inicial, cual es la instrucción penal, en la que se opera, normalmente, con niveles de certeza bajos, dado que, como es bien sabido, “*el grado en que ha de aparecer como fundada la pretensión o acción penal (...) varía según el momento procesal del examen*”, lo cual conduce a afirmar que “*el proceso penal se desenvuelve escalonadamente*”¹⁹⁰³.

¹⁹⁰⁰ En este sentido, afirma GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1947)...ob. cit., p. 27, que “*la posibilidad de la pena depende, además de que exista el delito, de la existencia efectiva y total del proceso*”.

¹⁹⁰¹ Cfr. ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...”ob. cit., pp. 98-99.

¹⁹⁰² Esto es lo que, según GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1947)...ob. cit., p. 252, considera cada juicio penal y lo que sirve, por lo tanto, para identificar el hecho objeto del proceso.

¹⁹⁰³ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1947)...ob. cit., p. 37.

En este sentido, en el caso de las personas jurídicas, tal juicio debe referirse al hecho complejo que integra el ilícito penal imputable a la entidad, esto es, el hecho de referencia, a su perpetración por determinados miembros de la persona jurídica, por su cuenta y en su provecho y a los elementos o circunstancias que fundamentan la atribución de responsabilidad propia a la persona jurídica que se concretan en el incumplimiento de sus deberes de supervisar, vigilar, controlar y prevenir delitos. Así pues, cabe señalar lo siguiente, en relación con la valoración del *fumus comissi delicti*:

- En primer lugar, deberá constatar que la entidad se encuentra entre los entes colectivos que, según la ley, responden penalmente, tomando en consideración que los entes sin personalidad también son imputables y potenciales destinatarios de medidas cautelares (art. 129.3 CP)¹⁹⁰⁴. En este sentido, tal y como se señaló en el apdo. 2.3 del epígrafe III del capítulo 1, los entes sin personalidad también deberán ser formalmente investigados y encausados, pudiendo acordarse, frente a ellos, las medidas cautelares previstas en la ley. Sólo quedarían, por tanto, excluidas aquellas organizaciones criminales o de pantalla que, por su nula actividad legal y su escasa complejidad organizativa, fuesen consideradas inimputables y pudiesen ser directamente disueltas, sin resultar autónomamente encausadas y acusadas, siendo tratadas como un mero instrumento para delinquir y no como un sujeto de derechos. Aunque, incluso frente a tales entidades, las medidas cautelares reales, tendentes a conservar su patrimonio, podrían resultar útiles para limitar su disponibilidad por las personas físicas que estuviesen actuando tras el velo de la personalidad jurídica.
- En segundo lugar, el sistema *numerus clausus*, instaurado por el legislador, hace preciso determinar, provisionalmente, ya en fase cautelar, en qué tipo penal encaja la conducta objeto de la investigación, dado que la persona jurídica sólo responde por ciertos delitos expresamente señalados en el CP, con lo que no resulta adecuado esperar al escrito de calificación para realizar este ejercicio de calificación. Como consecuencia de este sistema de responsabilidad selectiva, los cambios de calificación jurídica condicionan directamente la imputación de la persona jurídica y, por ende, pueden provocar la necesidad sobrevenida de levantar una medida cautelar acordada frente a la misma, cuando haya de producirse su “desimputación” o procederse a su sobreseimiento, por exclusión del fundamento para su prosecución, en este caso, por razones sustantivas¹⁹⁰⁵. Así pues, deberá constatar que el delito supuestamente cometido resulta imputable a las personas jurídicas.
- En tercer lugar, se debe hacer constar, al menos indiciariamente, la posibilidad de atribuir tal delito a alguna de las personas cualificadas para generar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo conveniente que, ya en esta fase inicial, se determine si la persona física que supuestamente ha perpetrado el

¹⁹⁰⁴ Tal precepto prevé, para los entes sin personalidad, que las consecuencias accesorias consistentes en la clausura temporal de locales o establecimientos, en la suspensión de las actividades sociales y en la intervención judicial, puedan acordarse como medidas cautelares durante la instrucción.

¹⁹⁰⁵ En esta línea, afirma GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1947)...ob. cit., p. 37, que “*el fundamento de la prosecución, o inversamente su exclusión, puede depender tanto de razones sustantivas como procesales*”.

hecho es un sujeto apical o un subalterno. Así pues, si se trata de un sujeto apical, bastará con constatar que actuó por cuenta y en beneficio de la persona jurídica, lo cual, en esta temprana fase procesal, parece suficiente como indicio de que la entidad no contaba con las medidas idóneas para prevenir la actuación delictiva supuestamente acaecida en su seno. Por el contrario, si se trata de un sujeto subordinado a la dirección o vigilancia de los administradores o representantes será necesario, además, indagar sobre la inadecuación o insuficiencia del ejercicio de las facultades de supervisión, vigilancia y control, como factor favorecedor de la comisión del delito en cuestión. En este sentido, se observa como la necesidad de determinar en fase cautelar la posición que el presunto autor del delito ocupa, u ocupaba en el momento de comisión de los hechos, dentro de la jerarquía empresarial, se debe a que los elementos típicos que conforman o integran la responsabilidad penal de las personas jurídicas varían en uno y otro caso¹⁹⁰⁶.

En definitiva, lo que implica este presupuesto en la práctica es que, para poder acordar una medida cautelar frente a una persona jurídica es necesario que, previamente, se haya procedido a realizar un juicio de imputación en relación con la misma, a través del cual se haya considerado, más o menos fundada, su responsabilidad por el hecho objeto del proceso, habiéndose procedido, en tal momento, a su imputación formal (art. 119 LECrim). Esto, que constituiría una exigencia del presupuesto del *fumus comissi delicti*¹⁹⁰⁷, se encuentra expresamente previsto en el art. 544 quáter LECrim que dispone que las medidas cautelares sólo podrán acordarse frente a la persona jurídica *cuando se haya procedido a su imputación*, es decir, cuando haya adquirido, al menos, la condición de investigada de acuerdo con lo previsto en el art. 118 LECrim. En este sentido, será preciso que las medidas cautelares se adopten, o bien en la primera comparecencia en que se da traslado de la imputación al ente, o bien, posteriormente, tras la preceptiva vista previa a la que serán llamadas todas las partes personadas.

Ahora bien, si el juicio de imputación es poco consistente, y se basa en una mera posibilidad de que la entidad pueda acabar siendo declarada responsable penal, esto, que podría ser suficiente para proceder a su imputación, no justificaría la adopción de una medida cautelar *contra societatem*, para la que se debe exigir, análogamente a lo que ocurre con las medidas cautelares personales, una cierta solidez de los indicios con que cuenta el instructor. De hecho, podría tomarse como referencia, a estos efectos, lo dispuesto en la LECrim en relación con los indicios precisos para acordar la prisión provisional, debiendo exigirse, por lo tanto, “*que conste en la causa la existencia de uno*

¹⁹⁰⁶ En un sentido similar, se manifiesta la sentencia *Cass. Pen. Sez. VI*, 23 de junio de 2006-2 de octubre de 2006, n. 32627, cuando establece, en relación con la regulación italiana sobre la materia que, incluso en la fase cautelar, el Juez debe fundar su valoración en relación con uno de los modelos de imputación individualizados en los arts. 6 y 7 D. Lgs. 231, uno referido a sujetos en posición apical y el otro a miembros de la entidad dependientes de los anteriores, modelos que presuponen una diferente carga probatoria a cargo de la acusación.

¹⁹⁰⁷ Resulta inaceptable el proceder del JCI núm. 6, al acordar la suspensión cautelar de todas las actividades y el cierre cautelar de todas las sedes de la asociación Herrera, sin haber procedido, previamente, a su imputación y sin celebrar la preceptiva vista previa con todas las partes personadas (AJCI núm. 6, de 27 de septiembre de 2013. Sumario 11/2013). En este sentido, cabe afirmar que, si se reconoce que concurre el *fumus boni iuris* preciso para acordar tales medidas, el juzgador debería proceder a la imputación formal de la entidad y, además, como exigencia del principio de audiencia, debería oír a las partes personadas antes de adoptar una medida restrictiva de derechos.

o varios hechos que presenten caracteres de delito” (art. 503. 1. 1º LECrim) y “que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión” (art. 503. 1. 1º LECrim). Esta última expresión indica, según GIMENO SENDRA, que no basta la concurrencia de meros indicios racionales de criminalidad sino que es preciso, además, que no se acredite la concurrencia de causas de exención o extinción de la responsabilidad, en tanto que los motivos bastantes de responsabilidad penal vendrían a incorporar el plus de la culpabilidad a la autoría¹⁹⁰⁸.

4.3.2.-*Periculum in mora o periculum in damnum*

Las medidas cautelares intentan conjurar un riesgo, es decir, neutralizar la posibilidad de que, en el lapso de tiempo que dura el proceso, se materialice un determinado efecto dañoso¹⁹⁰⁹. De hecho, la evitación de ese peligro es, precisamente, lo que justifica su adopción. En particular, los riesgos que se pretenden conjurar con las medidas cautelares *contra societatem* podrían agruparse en dos grandes grupos. Los estrictamente procesales o cautelares, en los que la instrumentalidad en relación con el proceso resulta evidente, como serían los riesgos para las pruebas, para la celebración del juicio y para la ejecución de la condena. Y otros, que podrían denominarse extraprocesales, y que afectarían a los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales imputados a la entidad, los cuales, según MORENO CATENA, integrarían un supuesto de *periculum in damnum* en lugar de un caso de *periculum in mora*¹⁹¹⁰. En este punto cabe recordar que una misma medida cautelar puede responder a ambos tipos de finalidades, como ocurre, por ejemplo, con la prisión provisional, que se puede acordar para evitar la destrucción de pruebas, la fuga del presunto reo o la reiteración delictiva¹⁹¹¹.

Como ya refirió en el apdo. 4.1. del presente epígrafe, parte de la doctrina entiende que las finalidades extraprocesales, tendentes a neutralizar el *periculum in damnum* o a prevenir la comisión de delitos, no son propiamente cautelares. En este sentido, se afirma que debe obviarse la función de acordar una medida cautelar contra el ente jurídico para evitar la reiteración delictiva, porque convertiría dicha institución en una medida de seguridad de carácter predelictual o en una herramienta de prevención

¹⁹⁰⁸ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., pp. 629-630.

¹⁹⁰⁹ CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las*...ob. cit., p. 40.

¹⁹¹⁰ Con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*...ob. cit., 316. Afirma el citado autor que el *periculum in mora* consistiría en un peligro para la ordenada marcha del proceso, mientras que el *periculum in damnum* consistiría en un peligro fundado de reiteración delictiva que partiría, por lo tanto, de una presunción de culpabilidad, estando las medidas cautelares orientadas a conjurar el primero y las que él denomina “medidas de protección” orientadas a neutralizar el segundo.

¹⁹¹¹ En este sentido, si se acude a la regulación legal de los motivos que justifican la prisión provisional, se aprecia como existe cierta analogía entre estos y los que justifican la adopción de las medidas cautelares *contra societatem*. En particular, las finalidades que pueden justificar la prisión de una persona física son cuatro: riesgo de fuga, ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba relevantes, actuación contra los bienes jurídicos de la víctima y peligro de reiteración delictiva. Sobre esta analogía entre los fundamentos de unas y otras, véase BANACLOCHE PALAO, J., “Las medidas cautelares aplicables...”ob. cit., pp. 229-230.

general¹⁹¹². Ahora bien, en contra de tal parecer, no faltan autores que sostienen que las medidas cautelares contra las personas jurídicas tienen, precisamente, una finalidad limitada a conjurar esos riesgos extraprocesales. Desde este punto de vista, se dice que el fundamento de tales medidas no es el *periculum in mora* que sirve para asegurar la ejecución de los pronunciamientos de una eventual sentencia de condena, sino el *periculum in libertatis*, entendido como los riesgos o peligros que, para los bienes jurídicos de la víctima, pueden derivarse de la no adopción de una medida cautelar¹⁹¹³.

En mi opinión, tal y como se expuso en su momento, ambos tipos de peligros, los procesales y los extraprocesales pueden y deben ser conjurados a través de las medidas cautelares. Por lo tanto, los peligros que fundamentarían una restricción cautelar de los derechos de la persona jurídica imputada serían la despatrimonialización de la persona jurídica, la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba y la necesidad de protección de los bienes de la víctima¹⁹¹⁴, así como la de evitar la reiteración delictiva, utilizando los medios o instrumentos propios de la entidad imputada¹⁹¹⁵.

Por otra parte, es preciso llamar la atención sobre el momento en que han de ser valorados tales riesgos. En este sentido, la orientación hacia el futuro propia de las medidas cautelares *contra societatem* y, en general, de las penas imponibles a las personas jurídicas, obliga a analizar la concurrencia de los peligros a conjurar en el momento de adopción de la medida y no sólo, ni principalmente, en el momento de comisión de los hechos¹⁹¹⁶.

4.3.2.1.- Riesgo de fuga o de desaparición de la persona jurídica

La clásica y paradigmática función atribuida a las medidas cautelares personales es la de evitar la fuga del sujeto pasivo del proceso¹⁹¹⁷. Si bien, las personas jurídicas, carentes de libertad deambulatoria, no podrán fugarse, en el sentido de emprender una huida o escapada física, sí podrían poner en marcha determinadas medidas dirigidas a provocar

¹⁹¹² De esta opinión, es PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...ob. cit., p. 152, aunque reconoce que, pese a ello, en sede de prisión provisional se prevé, de manera expresa, la finalidad de evitar la reiteración delictiva (503.2 LECrim).

¹⁹¹³ Según MOLINA MANSILLA, M^a del C.; MOLINA MANSILLA, L., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...ob. cit., p. 61, esto justificaría la ubicación del art. 544 quáter LECrim tras el 544 bis y ter LECrim, que se refieren a la protección de la víctima.

¹⁹¹⁴ Estas tres finalidades eran las dispuestas en el art. 544 quáter que el por el PLMAP pretendía introducir en la LECrim pero que, sin embargo, fue modificado durante su tramitación parlamentaria y, por lo tanto, nunca llegó a entrar en vigor con tal redacción.

¹⁹¹⁵ En una línea similar, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...ob. cit., pp. 215-216, nota 59, señala como fines legítimos para decretar las medidas cautelares *contra societatem* evitar la reiteración delictiva, proteger a las víctimas, facilitar la investigación asegurando pruebas, asegurar las responsabilidades pecuniarias e, incluso, garantizar la eficacia de un eventual decomiso de las ganancias ilícitas.

¹⁹¹⁶ ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 102.

¹⁹¹⁷ De hecho, para algún autor, como, por ejemplo, RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2011, p. 255, la única finalidad legítima de las medidas cautelares personales sería la de asegurar la presencia del imputado en el juicio.

su desaparición jurídica, tales como, su disolución¹⁹¹⁸, transformación, fusión, absorción, escisión o, incluso, su cambio de domicilio social a un país extranjero¹⁹¹⁹, las cuales, salvando las distancias, podrían presentar una cierta analogía con la fuga de las personas físicas, en tanto que formas de ocultación que dificultan la localización del sujeto, pudiendo llegar a impedir su disponibilidad para el proceso.

Sin embargo, tales operaciones societarias, realizadas o no con ánimo de eludir las eventuales responsabilidades penales, no resultarían, en principio, eficaces para frustrar el enjuiciamiento de la entidad, ni para lograr su impunidad, en vista de las previsiones legales del CP al respecto. En este sentido, el legislador ha previsto que ni la disolución encubierta o meramente aparente de la entidad, ni su transformación, fusión, absorción o escisión, extinguen la responsabilidad penal que se traslada a la nueva o nuevas sociedades resultantes de tal disolución fraudulenta o de las referidas modificaciones estructurales (art. 130.2 CP)¹⁹²⁰. Ahora bien, hay que considerar que la reestructuración organizativa que suponga la fusión, absorción o escisión, podría afectar a las iniciales exigencias de tutela cautelar, con lo que el Juez de Instrucción habrá de valorar si, en relación con la nueva entidad, resulta necesaria, idónea y proporcionada la adopción de la medida cautelar en cuestión, citando, en su caso, a sus representantes a la preceptiva vista que ha de preceder a la adopción de tales medidas.

Por otra parte, acciones de deslocalización, a través de las que la entidad pretende situarse en una posición de “ilocalizabilidad” frente a las autoridades de persecución penal, en principio, no pondrían en riesgo su enjuiciamiento, en tanto que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de las personas físicas, la persona jurídica puede ser juzgada en ausencia (art. 786 bis 2 LECrim), esto es, sin estar “presente” en el proceso a través de un representante distinto del letrado que, ante la pasividad de la entidad que ignora las citaciones y requerimientos judiciales, se designa de oficio. Así mismo, la entidad puede ser juzgada, incluso, habiendo sido declarada en rebeldía ante la imposibilidad de citarla para la primera comparecencia por falta de domicilio conocido (art. 839 bis 1 y 4 LECrim).

Otras propuestas para conjurar tales riesgos de “fuga” jurídica, distintas de las previstas en el CP, pasarían porque el órgano jurisdiccional penal enviase un mandamiento al RM para evitar que se expidiese la certificación previa al traslado de la sociedad mercantil imputada¹⁹²¹, evitando así que pudiese trasladar su domicilio al extranjero, o para anotar una prohibición de disponer, la cual, una vez practicada, impediría a la entidad

¹⁹¹⁸ En este sentido, sostiene DEL MORAL GARCÍA, A., “Peculiaridades del juicio oral...ob. cit., p. 726, que “la persona jurídica no puede “fugarse”. Su forma de “desaparecer” –disolución- es precisamente una causa de extinción de la responsabilidad penal, que supone directamente la ineficacia y el sinsentido de cualquiera de las penas imponibles distintas de la pecuniaria. Y ésta se garantiza mediante las medidas cautelares reales (fianzas y embargos)”.

¹⁹¹⁹ En este orden de ideas, PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...ob. cit., p. 163, afirma que el clásico peligro de sustracción de la persona física puede asimilarse a la posibilidad de que el ente pretenda modificar su domicilio social o se trate de perpetrar una transformación en su estructura.

¹⁹²⁰ Tal y como se dijo en el apdo. 2.3 del epígrafe II de este mismo capítulo, para determinar si, efectivamente, ha habido una sucesión empresarial, ha de celebrarse un incidente contradictorio, en el que participen el MF y la nueva entidad que se incorpora al proceso, ya se trate de un ente preexistente o de una forma jurídica de nueva creación.

¹⁹²¹ PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...ob. cit., p. 163.

disolverse y/o someterse a transformaciones estructurales mientras estuviese a la espera de juicio. En principio, teniendo tales anotaciones trascendencia jurídica real, no habría ningún problema para que el registrador procediese a practicarlas, sin perjuicio de que esta limitación de derechos debiera preverse en la ley, en concreto en la LECrim, para poder ser acordada por el Juzgador, sin atentar contra el principio de legalidad.

4.3.2.2.- Riesgo de despatrimonialización

La entidad también puede pretender lograr su impunidad, frustrando la ejecución de la eventual sentencia de condena que se dicte frente a ella, a través de su deliberada despatrimonialización. Para entender la importancia central de este riesgo hay que tomar en consideración, por un lado, que las consecuencias del proceso para la entidad serán esencialmente patrimoniales, en tanto que la pena básica, en el catálogo de sanciones imponibles a las personas jurídicas, es la multa¹⁹²² y por otro, que del proceso pueden derivarse otras responsabilidades pecuniarias para la entidad, tales como el decomiso de los bienes objeto del delito, las costas o la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito en que consistió el delito.

A mayor abundamiento, cabe destacar que las personas jurídicas son entidades de base eminentemente patrimonial por lo que, conjurar adecuadamente tal riesgo, puede ser uno de los grandes retos del proceso penal contra éstas. En este orden de ideas, se observa que una cuestión clave en la lucha contra la criminalidad económica es el auxilio para la recuperación del dinero, por lo que, ya en una fase inicial del proceso, resulta primordial localizar y asegurar bienes suficientes para hacer frente a las futuras responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse del enjuiciamiento¹⁹²³.

Pues bien, resulta evidente que la ejecución de sanciones, tales como la multa o el decomiso, junto con la satisfacción del resto de las responsabilidades pecuniarias que pueden derivarse del enjuiciamiento penal de la persona jurídica, podrían verse fácilmente frustradas sino se anticipan ciertas medidas que permitan asegurar su futuro cumplimiento. En relación con este riesgo que, obviamente, no resulta ajeno a los procesos seguidos frente a personas físicas, es necesario tomar en consideración la mayor facilidad que tiene una persona jurídica para ocultar su patrimonio a través de estructuras jurídicas creadas *ad hoc* o de redes societarias transnacionales en las que el dinero, e incluso otros bienes fungibles, pueden desaparecer sin dejar apenas rastro y de forma casi inmediata. En este caso, las medidas más adecuadas para neutralizar el citado riesgo serían las medidas cautelares reales, que no se limitan, como algún autor parece entender, a asegurar la pretensión civil acumulada a un proceso penal en curso¹⁹²⁴, sino

¹⁹²² En este sentido, observa BANACLOCHE PALAO, J., “Las medidas cautelares aplicables...ob. cit., p. 229, que el riesgo de despatrimonialización puede terminar haciendo imposible la ejecución de la pena de multa que a la postre se le imponga a la entidad.

¹⁹²³ Cfr. TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico. Introducción* (2009)...ob. cit., pp. 117-118.

¹⁹²⁴ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 551.

que se dirigen al aseguramiento de todas las responsabilidades pecuniarias que puedan derivarse de la sentencia penal¹⁹²⁵.

Ahora bien, siendo, en principio, las medidas cautelares reales, tales como las fianzas y embargos, las idóneas para neutralizar el riesgo de despatrimonialización, puede ocurrir que, en ciertos supuestos, en atención a la concreta actividad que la persona jurídica enjuiciada viene desarrollando, tales cautelas no resulten suficientes para conjurar ese riesgo. Piénsese, por ejemplo, en una entidad que, a través de la difusión de informaciones falsas sobre su contabilidad y su viabilidad económica, esté consiguiendo colocar en el mercado sus acciones por un elevado precio, cantidades que, al mismo tiempo, podría estar desviando u ocultando para evitar, de esta forma, hacer frente a sus obligaciones frente a inversores y acreedores. Esta actuación podría constituir un delito de estafa y de alzamiento de bienes, ambos imputables a las personas jurídicas (arts. 251 bis y 261 bis CP). O, así mismo, podría pensarse en empresas constituidas para blanquear dinero proveniente del tráfico de drogas o de la corrupción, en las que la actividad legal constituye, simplemente, una tapadera para el lavado de capitales, delito igualmente imputable a las personas jurídicas (art. 302 CP). Pues bien, en tales casos, el proceso de descapitalización de la entidad estaría tan íntimamente ligado a su actividad que las fianzas y embargos de sus bienes no serían suficientes para impedir la dilapidación de su patrimonio, sino que podría ser necesario, así mismo, acordar una medida cautelar *contra societatem*, como la suspensión de sus actividades o su intervención judicial. Aunque, en los supuestos planteados, seguramente, la tutela cautelar tendría una doble finalidad, por una parte, asegurar las responsabilidades pecuniarias y, por otra, evitar la continuidad de la actividad delictiva.

4.3.2.3.- Riesgo de ocultación, alteración, manipulación o destrucción de fuentes de prueba

El riesgo de ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba¹⁹²⁶, es una de las finalidades clásicas de la tutela cautelar que puede justificar, incluso, la prisión provisional de acuerdo con el art. 503.3.b) LECrim, siempre y cuando tales fuentes de prueba sean relevantes para el enjuiciamiento y, además, exista un peligro fundado y concreto de que, en caso de no adoptarse tal medida, podrían dejar de estar disponibles para ser practicadas en el juicio¹⁹²⁷. También este constituye un riesgo típico, aunque no exclusivo, de los procesos contra las personas jurídicas, en vista de que, será relativamente habitual que una parte importante de las pruebas sea de naturaleza

¹⁹²⁵ PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Trivium, Madrid, 1985, p. 81.

¹⁹²⁶ Sobre este riesgo, como presupuesto para acordar medidas cautelares frente a las personas jurídicas se han pronunciado, entre otros, LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “La persona jurídica en el proceso...ob. cit., p. 18; TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso...ob. cit., p. 151.*

¹⁹²⁷ En este sentido, afirma GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal...ob. cit., p. 632*, que las fuentes de prueba que pretenda preservarse han de ser relevantes para la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del imputado, debiendo existir un peligro, concreto y fundado, de que podrían ser alteradas u ocultadas por el mismo.

documental, y se encuentre en poder de la entidad pudiendo, por lo tanto, ser fácilmente destruidas, ocultadas o manipuladas.

El acceso a la documentación de la entidad y a sus archivos internos debe, por consiguiente, asegurarse en una fase temprana de la investigación, para impedir que tales elementos de prueba sean intencionadamente sustraídos del acervo probatorio. A tal fin, el art. 13 LECrim ya señala, como primeras diligencias a practicar, las de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, así como las de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente. Igualmente, el Juez de Instrucción podría invitar a la persona jurídica a colaborar, entregando voluntariamente las fuentes de prueba relevantes para determinar las responsabilidades dimanantes del delito, normalmente, documentación interna o, si concurren los presupuestos para ello, podrá dictar una orden de entrada y registro, para incautar tal documentación en la sede o domicilio de la entidad. Pero no terminan aquí las posibilidades de actuación del órgano judicial, en orden a preservar las fuentes de prueba, sino que también estará facultado para acordar una intervención judicial, o la clausura de ciertos locales¹⁹²⁸, para evitar que, durante el trascurso del proceso, se destruyan o se manipulen piezas de convicción relevantes para determinar el acaecimiento del supuesto delito y de las responsabilidades dimanantes del mismo. A mayor abundamiento, se propone, como medida idónea para conjurar este riesgo, la suspensión de la actividad del ente durante la pendencia del proceso, cuando se considere que su continuación puede contribuir a alterar o eliminar fuentes probatorias relevantes¹⁹²⁹.

Para adoptar las medidas cautelares señaladas, en orden a preservar las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento, el Juez no tendrá necesidad de motivar qué concretas personas físicas resultan “procesalmente peligrosas”, esto es, aptas para obstaculizar el efectivo acceso a las referidas fuentes probatorias, sino que, más bien, deberá centrar su motivación en la falta de medidas de control organizativo por parte de la entidad para asegurar ese acceso a las autoridades y, por ende, para garantizar su disponibilidad para el juicio. Por lo tanto, para apreciar este riesgo sería suficiente con esgrimir, por una parte, indicios sobre la existencia de pruebas aptas para ser destruidas, ocultadas o manipuladas, que se encontrasen en poder de la entidad o bajo su custodia y, por otra, sospechas sobre la falta de implementación de mecanismos organizativos tendentes a garantizar la preservación de tales piezas de convicción, como podrían ser su custodia o fiscalización por el organismo autónomo encargado de la prevención delictiva, la existencia de políticas empresariales claras sobre custodia y conservación de la documentación, la precisa determinación de las personas encargadas de gestionar tales actividades o, evidentemente, la puesta a disposición de la documentación en el juzgado, a través de su depósito o entrega de forma voluntaria.

¹⁹²⁸ En este sentido, según, ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 102, la clausura de locales podría orientarse, o bien a evitar la reiteración delictiva, o bien a asegurar las fuentes de prueba de cara a la investigación penal.

¹⁹²⁹ Cfr. PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...ob. cit., pp. 163-164.

Pero, la documental no es la única fuente de prueba que corre el riesgo de ser manipulada en el seno de una corporación, sino que también la prueba personal, de testigos, e incluso de peritos, puede ser alterada a través de la impartición de instrucciones a los trabajadores y demás agentes dependientes de la entidad, indicándoles que declaren en un determinado sentido, asumiendo como propia la estrategia defensiva de la persona jurídica. Neutralizar este tipo de riesgos resulta ostensiblemente más complejo y las medidas cautelares previstas en el CP no resultan, en principio, adecuadas a tal fin. Para evitar tales conductas obstructoras resultaría mucho más efectivo, en primer lugar, la amenaza penal que supondría el delito de obstrucción a la justicia, si pudiera ser imputado a las personas jurídicas, como de *lege ferenda* se propone en este trabajo. Y, en segundo lugar, también resultarían eficaces, a tal fin, los incentivos a la cooperación con la investigación, que servirían para alinear los intereses de la entidad y de sus miembros con los de la acusación en lo que al esclarecimiento de los hechos se refiere.

Así mismo, para evitar manipulaciones de los testigos y peritos miembros de la organización imputada, debe otorgarse una protección efectiva, ante eventuales represalias, a aquellos empleados de la entidad que se deciden a colaborar. En este sentido, podrían ser útiles las medidas previstas en el art. 2 L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección de testigos y peritos en causas criminales, que permiten ocultar la identidad de tales declarantes, aunque sólo se otorgarán si la autoridad judicial aprecia un peligro grave para la persona, libertad o bienes del sujeto o de sus familiares más cercanos. Ahora bien, considero que, sería más adecuado y efectivo establecer una protección laboral para el trabajador, de tal forma que se previniesen represalias en el desempeño de su actividad, siempre y cuando el sujeto en cuestión, que decide colaborar con la justicia, no haya participado personalmente en el delito. En este punto, cabe recordar que, el trabajador que es llamado a declarar en juicio contra su empresa, actúa en cumplimiento de un deber y está obligado a decir la verdad, con lo que un despido por tal motivo resultaría, cuando menos, improcedente. Sin embargo, esto no parece una protección suficiente. Por eso, se propone, de *lege ferenda*, establecer como causa objetiva de nulidad del despido, durante un prolongado período de tiempo, el haber declarado en juicio contra los intereses de la empresa, salvo que ésta consiga acreditar otras causas objetivas justificativas del fin de la relación laboral.

4.3.2.4.- Riesgo de daños para los bienes jurídicos protegidos por la norma penal. La controvertida finalidad cautelar de evitación de la continuidad o reiteración delictiva

El fundamento consistente en proteger los bienes jurídicos de las víctimas se encuentra íntimamente relacionado con el de evitar la reiteración delictiva. Al fin y al cabo lo que se pretende es proteger, durante el curso del proceso, aquellos bienes jurídicos que han sido supuestamente lesionados por el delito, ya sean bienes jurídicos individuales, por lo tanto de titularidad de una víctima concreta, ya se trate de bienes jurídicos colectivos o difusos. Hay que advertir, en este punto, que será relativamente habitual que los hechos delictivos imputables a las personas jurídicas afecten a bienes supraindividuales, tales como el medioambiente o el orden socioeconómico, o a una pluralidad de víctimas, más

o menos individualizable, tal y como ocurre en los delitos masa. En todo caso, evitar que el presunto reo pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima no deja de ser un subtipo de aquella otra finalidad, más amplia, y también constitucionalmente legítima, consistente en evitar la continuidad o la reiteración delictiva¹⁹³⁰, con la diferencia de que, en el primer caso, se dirige a la protección del sujeto pasivo individual del delito, mientras que en el segundo supuesto se orienta, más bien, a salvaguardar la seguridad pública o el concreto bien jurídico de que se trate, cuya titularidad puede ser difusa o colectiva.

Para algunos autores, esta finalidad preventivo-especial sería la principal justificación de las medidas cautelares específicamente previstas para las personas jurídicas. De hecho, se entiende que la suspensión cautelar de actividades y la clausura cautelar de locales y establecimientos son medidas claramente dirigidas a evitar la continuidad o reiteración de la conducta delictiva¹⁹³¹. En este sentido, se observa que, en un Derecho Penal, como el de las personas jurídicas, cuya finalidad es esencialmente preventiva, y no tanto retributiva, resulta previsible que las medidas cautelares orientadas a evitar la continuidad o la reiteración de conductas delictivas en el seno de la organización ocupen un lugar privilegiado. De hecho, en el ordenamiento italiano, la evitación del peligro de que se cometan ilícitos de la misma clase de aquél por el que se procede, es la única finalidad justificativa de la adopción de medidas cautelares frente a los entes imputados (art. 45.1 D. Lgs. 231).

Hay que reconocer que esta finalidad, sin ser excluyente de las demás, puede resultar especialmente idónea como justificativa de las medidas cautelares imponibles a las personas jurídicas, toda vez que las entidades que delinquen en el desarrollo de su actividad, suelen hacerlo de forma reiterada y/o continuada, en tanto que se trata de estructurares societarias o asociativas que nacen con vocación de permanencia y en las que es muy posible que la comisión delictiva resulte consustancial al desarrollo de su gestión o de alguna de sus actividades sociales. En este sentido, entendiendo a la persona jurídica como un conjunto de medios materiales y humanos preordenados a un fin y, a cuya consecución es inherente la existencia de ciertos riesgos delictivos, es posible, y aún probable, que a falta de una intervención pública adecuada, la entidad reitere sus comportamientos delictivos al continuar con la explotación de su negocio.

¹⁹³⁰ Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 633.

¹⁹³¹ En este sentido, cabe recordar que, antes de la modificación del CP producida por la L.O. 5/2010, de 22 de junio, que introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el art. 129.3 CP señalaba, en relación con las consecuencias accesorias, cuyo contenido es prácticamente idéntico al de las actuales penas previstas para las personas jurídicas, que las mismas se orientarían a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos. Así mismo, tal y como se indicó previamente, la legislación italiana señala, como fundamento para la imposición de las medidas cautelares “personales”, el peligro de reiteración de delitos similares a aquél por el que se procede (art. 45.1 D. Lgs 231). Además, actualmente, el CP, sigue empleando como criterio para decidir sobre la imposición y extensión de las penas interdictivas aplicables a las personas jurídicas, la necesidad de prevenir la continuidad delictiva o sus efectos (art. 66 bis 1 a) CP), mientras que, por su parte, la frustrada Propuesta CPP 2013 se remitía a los criterios del art. 66 bis CP, entre los que se encuentra el riesgo de reiteración delictiva, para valorar la procedencia y graduación de las medidas cautelares imponibles a las personas jurídicas (art. 200.5 Propuesta CPP).

Sin embargo, a pesar de la generalizada aceptación de la finalidad de prevenir delitos, como presupuesto habilitante para la adopción de las medidas cautelares *contra societatem*, parece necesario reflejar las críticas que podrían aducirse en relación con la misma. En este sentido, uno de los principales problemas que presenta esta exigencia cautelar de carácter preventivo es su aparente choque o contradicción con el derecho fundamental a la presunción de inocencia¹⁹³². Así pues, puede parecer, *prima facie*, que restringir los derechos de quien se presume inocente, con la finalidad de conjurar el riesgo de que vuelva a delinquir, encierra un cierto contrasentido, dado que, para hablar con propiedad de *reiteración* delictiva, es preciso presuponer o presumir que, anteriormente, se ha cometido un delito. En definitiva, tales medidas supondrían adelantar los fines de prevención especial de la pena, en relación con un sujeto que todavía no ha sido condenado y, por lo tanto, ha de ser tratado, a todos los efectos, como si fuese inocente.

Sin embargo, si se profundiza en el distinto fundamento de las medidas cautelares y de las penas, se descubre que tal paradoja es sólo aparente. Para ello pueden resultar ilustrativas las palabras de CALAMANDREI, cuando afirma lo siguiente sobre la tutela cautelar: “*téngase presente que la acción cautelar tiene como condición no la existencia del derecho, sino la apariencia del derecho. Esto significa que, una vez considerada tal apariencia, la acción cautelar está, sin más, plena y definitivamente fundada; y si después, en el juicio principal, se estableciera que la apariencia, antes tomada en consideración, del derecho no corresponde a la existencia del mismo, esto serviría para demostrar que es infundada la acción principal, pero no para demostrar retroactivamente la falta de fundamento de la acción cautelar y la ilegitimidad de la tutela cautelar, la cual, como se ha dicho, tiene precisamente el oficio normal y fisiológico, de proveer interinamente mientras el derecho es todavía incierto*”¹⁹³³. Pues bien, trasladando la precedente argumentación al ámbito del enjuiciamiento penal, se observa como esa *apariencia del derecho*, vendría constituida por el juicio de imputación, de tal forma que, la sospecha más o menos fundada sobre la responsabilidad de un sujeto, legitimaría, de forma plena y definitiva, la adopción de una medida cautelar, homogénea con la eventual pena que pudiera llegar a dictarse en vía definitiva, que asegurase el cumplimiento de los fines de la tutela penal durante el transcurso del proceso, sin que con ello implique una quiebra de la presunción de inocencia del sujeto pasivo afectado por la medida. Esto en cuanto al *fumus boni iuris*. Sin embargo, el mismo razonamiento resulta extensible a las finalidades que fundamentan el *periculum in mora*, en tanto que también estas últimas han de ser analizadas con el carácter indiciario e interino característico de la tutela cautelar¹⁹³⁴.

¹⁹³² En este sentido, MORENO CATENA, V., con CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*...ob. cit., 316, sostiene que las medidas orientadas a neutralizar el denominado *periculum in damnun* parten de una presunción de culpabilidad.

¹⁹³³ CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, M. Ayerra Merín (trad.), El Foro, Buenos Aires, 1996, p. 83.

¹⁹³⁴ En este sentido, considero discutible la afirmación de DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 29, según la cual, el *periculum in mora* necesario para acodar una medida cautelar *contra societatem*, no consiste en cualquier peligro de comisión de un delito, sino en la necesidad perentoria de interrumpir una continuidad delictiva real y demostrable, no meramente hipotética. Así pues, en mi opinión, no es propio, ni exigible, de la tutela cautelar, actuar con semejantes grados de certidumbre, mientras que, para paralizar una actividad delictiva, actual y flagrante, bastaría con una actuación preventiva de la policía, que podría sustentarse en el art. 11.1. f) L.O. 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sin sea necesario esperar a una resolución judicial.

Por otra parte, analizando la jurisprudencia constitucional, se observa que, el TC es consciente de que el riesgo de reiteración delictiva se encuentra en un plano distinto al resto de las finalidades que justifican la adopción de medidas cautelares¹⁹³⁵, distinción en la que, ciertos autores, ven una pérdida de identidad, por la falta de instrumentalidad propia de las medidas cautelares, mutando su naturaleza de medida cautelar a medida preventivo-especial¹⁹³⁶. Ahora bien, sin desconocer el carácter controvertido de esta finalidad, es necesario asumir que, tanto la jurisprudencia del TC¹⁹³⁷, como la del TEDH¹⁹³⁸, avalan la adopción de la prisión provisional con el fin de conjurar el riesgo que, para la sociedad, supone la reiteración delictiva. Eso sí, su apreciación queda condicionada a objetivar al máximo el juicio de inferencia que ha de realizar el órgano judicial, a la exigencia de que exista una naturaleza común entre el hecho delictivo presuntamente cometido y el que se pretende evitar¹⁹³⁹ y a que el sujeto destinatario de tal medida tenga el suficiente grado de experiencia y capacidad para poder reiterar los actos delictivos¹⁹⁴⁰.

En relación con ese juicio de inferencia, es preciso reparar en la dificultad ínsita a todo juicio de prognosis. En este sentido, hay que tener presente que, ciertamente, no es fácil aplicar el Derecho en una perspectiva de futuro. Es evidente que hay cierta dificultad en cambiar un juicio retrospectivo a prospectivo, ya que existen importantes diferencias entre administrar justicia de manera preventiva y de forma reactiva. Sin duda, la primera requiere mayor interrelación entre disciplinas científicas y, por ende, destinar mayores recursos a la Administración de Justicia, así como una preparación distinta del Juez, que ha de soportar la tarea de basar sus decisiones en pronósticos, porque preventivo es el Derecho que aplica¹⁹⁴¹. En este sentido, la imposición de medidas cautelares orientadas

¹⁹³⁵ En este sentido, en varias de sus resoluciones (SSTC 128/1995, de 26 de julio, F. J. 3º; 44/1997, de 10 de marzo, F. J. 5º; 47/2000, de 17 de febrero, F. J. 3º; 207/2000, de 24 de julio, F. J. 6º, entre otras) el TC afirma que las medidas cautelares pueden ser acordadas para conjurar riesgos tales como la sustracción del presunto reo a la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, *en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva* (la cursiva es mía).

¹⁹³⁶ BARONA VILAR, S., “¿Una nueva concepción expansiva...ob. cit., pp. 248-249.

¹⁹³⁷ Tal y como se acaba de referir, el TC admite como fin constitucionalmente legítimo de las medidas cautelares el evitar la reiteración delictiva. En este sentido, en varias de sus resoluciones (SSTC 44/1997, de 10 de marzo, F. J. 5º; 47/2000, de 17 de febrero, F. J. 3º; 207/2000, de 24 de julio, F. J. 6º, entre otras) señala la adopción de medidas cautelares es admisible para conjurar ciertos riesgos relevantes que, para el normal desarrollo del proceso, para la ejecución del fallo o, *en general, para la sociedad*, parten del “imputado”, refiriéndose expresamente a su fuga, a la obstrucción de la instrucción penal y a *la reiteración delictiva* (la cursiva es mía). En sentido negativo, el Alto Tribunal, afirma que no cabría acordar medidas cautelares con fines punitivos o de anticipación de la pena (SSTC 41/1982, de 2 de julio, F. J. 3º) o con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones (STC 128/1995, 26 de julio, F. J. 3º) o para mitigar la alarma social ocasionada por el delito (SSTC 66/1997, de 7 de abril, F. J. 6º; 98/1997, de 20 de mayo, FF. JJ. 7º a 9º).

¹⁹³⁸ En este sentido, varias sentencias del TEDH, como por ejemplo, la STEDH de 16 de julio de 1971. Caso Ringeisen c. Alemania, admiten el peligro de reincidencia como motivo válido para justificar la adopción de la medida cautelar más grave que existe, cual es la prisión provisional, en tanto que coarta la libertad deambulatoria del imputado, presuntamente inocente.

¹⁹³⁹ Así, el art. 45.1 D. Lgs 231 se refiere al riesgo de que se cometan delitos de la misma especie de aquel por el cual se está procediendo penalmente.

¹⁹⁴⁰ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 633; En la misma línea, en la STEDH de 16 de julio de 1971. Caso Ringeisen c. Alemania señala que, para poder apreciar tal peligro es necesario valorar, por una parte, la capacidad del sujeto para volver a delinquir y, por otra parte, su predisposición a hacerlo.

¹⁹⁴¹ PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares*...ob. cit., pp. 123 y 204-212.

a conjurar el riesgo de reiteración delictiva exigirá que el juzgador tenga en cuenta el pronóstico de peligrosidad instrumental futuro, en atención a las circunstancias en las que se ha cometido el hecho delictivo, a la actuación posdelictiva del titular de la estructura de medios intervenida o de los representantes de la entidad, a la colaboración prestada por la organización en la investigación del hecho, a la efectiva reparación y disminución del daño causado y a la persistencia o corrección de los defectos organizativos que hayan favorecido la comisión del delito¹⁹⁴².

Para su adopción sería necesario justificar y exteriorizar los indicios que, en el caso concreto, ponen de manifiesto la existencia de un riesgo de que se puedan seguir cometiendo delitos de la naturaleza del que presuntamente se ha perpetrado, debido a los defectos del sistema de organización y gestión de la persona jurídica o a la falta o insuficiencia de las medidas de supervisión, vigilancia y control sobre sus empleados. En este sentido, de no apreciarse tal riesgo, ya sea por la existencia de un sistema de organización y gestión idóneo para prevenir la reiteración delictiva, ya sea por haber sido los supuestos autores y responsables de la comisión del delito removidos de sus puestos en la entidad, la tutela cautelar devendría innecesaria y, por ende, desproporcionada¹⁹⁴³.

A efectos de valorar la posibilidad de que la conducta delictiva continúe, se agrave o se reitere, los programas de cumplimiento normativo tendrán una importancia esencial. En este sentido, la efectiva implementación de un programa de organización y gestión, adecuado para prevenir los delitos de la naturaleza del que, presuntamente, ha sido perpetrado, o la mejora del existente llevada a cabo tras la comisión del delito, podrían resultar determinantes de la no necesidad de adoptar medidas cautelares preventivas. Así pues, si la entidad cuenta con mecanismos internos aptos para prevenir la reiteración delictiva, la adopción de una medida cautelar que persiga la misma finalidad, podría resultar innecesaria y, consecuentemente, desproporcionada. Igualmente, si frente a la entidad imputada se adoptan medidas cautelares para prevenir la continuidad o la reiteración delictiva, la implementación de un programa de prevención de delitos eficaz, podría determinar la modificación o el alzamiento de las medidas acordadas, en vista del cambio en las circunstancias que motivaron su adopción.

En definitiva, para que el Juez pueda afirmar la existencia de un riesgo de reiteración delictiva, que justifique la adopción de una medida cautelar frente a la persona jurídica, es necesario que exista un peligro de que alguno de sus miembros cometa un delito en su beneficio del que puede derivarse responsabilidad penal para la entidad y que, además, sean de análoga naturaleza a aquél por el que se procede. Para determinar la existencia de tal riesgo, es preciso atender, por una parte, a la predisposición y capacidad para delinquir de las personas físicas que actúan por cuenta de la sociedad, ya se encuentren en posición apical, ya subordinada, debiendo, en este sentido, valorarse positivamente la remoción de los sujetos personalmente investigados o encausados,

¹⁹⁴² MOLINA MANSILLA, M^a del C.; MOLINA MANSILLA, L., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...ob. cit., p. 59.

¹⁹⁴³ En esta línea, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 32, afirma que el programa de cumplimiento que sirva para acreditar que no existe riesgo de reiteración delictiva hará más improbable la imposición de una medida cautelar.

sobre todo si ocupan una posición de poder en la jerarquía empresarial. Y, por otra parte, deberán valorarse, igualmente, los mecanismos de supervisión, vigilancia y control implementados en el seno de la entidad, orientados a prevenir, dificultar o impedir la comisión de delitos.

Para el referido análisis, se deberían tomar en consideración las actuaciones emprendidas por la entidad, tras la comisión del supuesto delito que se le imputa, en orden a perfeccionar y actualizar sus sistemas de organización y gestión, mejorando su eficacia preventiva y adaptándolos, en su caso, a los requerimientos legales del art. 31 bis 5 CP. En concreto, se valorará la eficacia *ex ante* del sistema de organización y gestión de la entidad, para prevenir la comisión futura de delitos de la naturaleza de aquél que está siendo investigado, así como el establecimiento de un órgano interno, encargado de supervisar el sistema de prevención de delitos, que cuente con poderes autónomos de iniciativa y control dentro de la entidad.

4.4.- Los destinatarios de las medidas cautelares *contra societatem* y los creadores del *periculum in mora*

Los riesgos de reiteración de la actividad delictiva, así como los de ocultación, manipulación o destrucción de fuentes pruebas provienen, en realidad, de las personas físicas que integran la entidad en tanto que, tal y como ha sido señalado en reiteradas ocasiones, el presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la comisión de un hecho antijurídico por parte de alguno de sus miembros. Igualmente, para manipular y/o destruir fuentes de prueba es preciso tener acceso material a tales evidencias probatorias, siendo tales conductas, en todo caso, protagonizadas por personas naturales, aun cuando puedan resultar imputables a la persona jurídica.

En otro orden de ideas, sostiene PUJADAS TORTOSA que, junto con la imputación, constituyen presupuestos materiales de las medidas cautelares penales el riesgo de frustración del enjuiciamiento y la peligrosidad procesal del sujeto pasivo¹⁹⁴⁴. Así pues, en las medidas preordenadas a evitar una acción, por ejemplo, la destrucción, ocultación o manipulación de ciertas fuentes de prueba, la intención de quien pretende realizarla constituye un elemento relevante para justificar la injerencia estatal¹⁹⁴⁵. Consiguientemente, para fundamentar la existencia de tal riesgo, será necesario argumentar, a través de indicios objetivos, que dentro de la entidad existen personas con capacidad de acceso a tal documentación, con un interés objetivo en detraerla del proceso y con una cierta disposición anímica a realizar tal acción. Nuevamente, resulta evidente que tal capacidad, interés y/o disposición resultan sólo predicables de las personas físicas, mientras que es posible que la imputación recaiga, exclusivamente, sobre una persona jurídica, lo cual supone una dualidad o falta de coincidencia entre el sujeto pasivo del proceso penal y el sujeto “procesalmente peligroso”. Es decir, que

¹⁹⁴⁴ PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2008, p. 109.

¹⁹⁴⁵ Ídem., p. 121.

mientras la existencia del *fumus boni iuris* se vincula a la persona jurídica, por el hecho de su imputación, el *periculum in mora* podría provenir de un tercero, con lo que surge la duda de si es posible acordar una medida cautelar contra un sujeto, que no es el causante del riesgo que, con su adopción, se pretende conjurar¹⁹⁴⁶.

Pues bien, a mi modo de ver, coherentemente con el sistema penal de base vicarial regulado en el CP, es perfectamente posible que la persona jurídica tenga que soportar las consecuencias de la actuación de quienes actúan en su nombre y por su cuenta, salvo que sea capaz de establecer mecanismos de vigilancia y control idóneos para minimizar o neutralizar los riesgos provenientes de las decisiones y las actuaciones de sus miembros, en este caso, en relación con la conservación de las fuentes de prueba relevantes para el descubrimiento del delito y el enjuiciamiento de la entidad. En definitiva, o la entidad toma medidas que aseguren cautelarmente el buen fin del proceso, neutralizando o minimizando el riesgo de destrucción, ocultación y manipulación de las fuentes pruebas o, en otro caso, estaría justificada la adopción de una medida cautelar *contra societatem* para evitar tales eventualidades riesgosas. En este sentido, la entidad, para evitar la intervención cautelar, podría, por ejemplo, sellar los soportes en los que se contenga su documentación interna, hacer entrega de la misma a la autoridad pública o a un tercero independiente o, incluso, consentir una entrada y registro en su domicilio.

Igualmente, en relación con la finalidad de evitar la reiteración delictiva, existe el problema de la dualidad de sujetos, en vista del desdoblamiento entre quien sufre la medida cautelar y quien materialmente puede delinquir. De la persona jurídica se predica el *fumus boni iuris*, consistente en la imputación provisional de un hecho delictivo, pero el *periculum in mora*, integrado por la capacidad y la disposición para reiterar la actuación delictiva, no se predica sólo de la persona jurídica que, en sentido estricto, no comete delitos, aunque deba responder por los perpetrados por sus miembros en el ejercicio de su actividad. Esto es, nuevamente, una consecuencia del régimen de responsabilidad penal establecido en el art. 31 bis CP, que parte de la comisión de un delito por una persona física del cual, bajo ciertas circunstancias, se deriva responsabilidad penal para la entidad.

A estos efectos, la capacidad delictiva de la persona jurídica se valorará, por una parte, en función de parámetros objetivos, relativos a la estructura y organización del ente y, por otra, en función de la peligrosidad criminal de los sujetos que por ella actúan. Así pues, se tomarán en consideración los medios e instrumentos con los que cuenta la entidad para prevenir la perpetración, en su seno, de hechos delictivos de naturaleza similar al presuntamente cometido. En este sentido, si la entidad cuenta con un sistema de organización y gestión idóneo para prevenir o minimizar el riesgo de reiteración delictiva, es posible que consiga mostrar su “incapacidad” o falta de disposición para

¹⁹⁴⁶ En este sentido, vale la pena recordar que, según el TC, la adopción de medidas cautelares solo es admisible para conjurar ciertos *riesgos relevantes que*, para el normal desarrollo del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, *parten del imputado* (la cursiva es mía) (SSTC 44/1997, de 10 de marzo, F. J. 5º; 47/2000, de 17 de febrero, F. J. 3º; 207/2000, de 24 de julio, F. J. 6º, entre muchas otras)

delinquir y su compromiso con el cumplimiento de la legalidad¹⁹⁴⁷. También deberán valorarse las medidas posdelictivas emprendidas por la entidad para mejorar su sistema de control y prevención de ilícitos, para colaborar con las autoridades de persecución penal y, muy especialmente, para sancionar y remover de sus puestos a quienes aparezcan como responsables individuales por los delitos supuestamente cometidos¹⁹⁴⁸. En cuanto a la predisposición de sus miembros para reiterar actuaciones delictivas, habrá que estar a la peligrosidad criminal de aquellos sujetos encargados de la prevención delictiva o responsables de la rama de actividad de la entidad en la que supuestamente se ha perpetrado el hecho delictivo.

Por otra parte, si está determinado el sujeto sobre el que recae la sospecha criminal, y concurren los presupuestos para acordar, frente al mismo, una medida cautelar que neutralice ese riesgo de reincidencia, a igual idoneidad para alcanzar el fin cautelar perseguido, habrá que optar por la medida menos gravosa, sin que sea lícito duplicar innecesariamente la imposición de medidas cautelares, adoptando una contra la persona física en cuestión y otra contra la persona jurídica, si la adopción de una de ellas resulta suficiente. El *quid* de la cuestión estará, en este caso, en determinar cuál de las dos medidas resulta menos gravosa, valoración compleja si se tiene en cuenta que recaen sobre sujetos de distinta naturaleza. Piénsese en el supuesto en el cual, para evitar la reiteración delictiva, se presente la posibilidad de, o bien acordar la prisión provisional para el director financiero de la entidad, del que se sospecha que ha ideado toda una trama de corrupción y defraudación contable, que ha ejecutado de forma reiterada, actuando en nombre y beneficio de la entidad, o bien intervenir, provisionalmente, la entidad, suspendiendo temporalmente algunas de sus actividades.

A primera vista parece que la libertad personal de una persona física no podría equipararse a la pérdida económica que conllevaría ese bloqueo empresarial temporal, pero este análisis debería realizarse de forma casuística, ponderando la onerosidad de las medidas cautelares imponibles a las personas jurídicas, no sólo en relación con ellas mismas, sino también con el perjuicio que se le podría ocasionar a trabajadores, acreedores u otros terceros, en principio, ajenos a la dinámica delictiva¹⁹⁴⁹. Ahora bien sí, efectivamente, la actuación delictiva está siendo cometida en el ejercicio de las actividades sociales y no se trata de la actuación individual de un sujeto, al margen de los controles preventivos implementados por la organización, parece que las medidas cautelares más aptas para evitar el riesgo de reincidencia serían, en principio, las medidas *contra societatem*.

¹⁹⁴⁷ En este sentido, sostiene ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 101, que el *periculum* persistirá en tanto que “*la persona jurídica no sea capaz de autorregularse y evitar que se repitan en el futuro los elementos que han dado lugar a la comisión del hecho delictivo*”.

¹⁹⁴⁸ Por ejemplo, en el conocido como “caso BANKIA”, se rechazó la petición de la medida cautelar de intervención judicial argumentando que no existía necesidad de prevenir la continuidad delictiva, o al menos no lo suficientemente intensa para superar el juicio de proporcionalidad, en tanto que los antiguos administradores ya no dirigían la entidad, sino que habían sido sustituidos por otras personas ajenas a la presunta comisión de los delitos objeto de la querrela (AJCI núm. 4, de 30 de julio de 2012). Cabe observar que, en este supuesto, para determinar la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, no se tuvieron en cuenta cuestiones relativas a la operativa societaria, ni a sus medidas de control y supervisión, sino a las concretas personas físicas que, presuntamente, habían protagonizado los hechos delictivos objeto de la investigación.

¹⁹⁴⁹ RENZETTI, S., *Le misure cautelari interdittive...*ob. cit., pp. 33-34.

4.5.-Caracteres de las medidas cautelares *contra societatem*

4.5.1.-Legalidad

Las medidas cautelares, en tanto que restrictivas de derechos, han de estar expresamente previstas en la Ley que, de forma exhaustiva, regulará su contenido, así como sus presupuestos, su duración y el procedimiento para su adopción. Así pues, por mandato constitucional, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, que incida sobre su desarrollo o condicione, de algún modo, su ejercicio, precisará de una habilitación legal¹⁹⁵⁰, debiendo la ley habilitante ser lo suficientemente clara y minuciosa para asegurar la necesaria accesibilidad y previsibilidad por parte de los ciudadanos.

Este requisito no se cumple si la legislación no especifica suficientemente el contenido de las medidas restrictivas de derechos, ni las circunstancias o condiciones que habilitan a los poderes públicos para adoptarlas, dejando tales extremos al arbitrio judicial, como ocurre, señaladamente, con la medida de intervención judicial que cabe acodar frente a las personas jurídicas. En este sentido, resulta criticable la indeterminación del CP al señalar que tal medida “*podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio*” y que será el Juez el que determine su contenido.

Así mismo, resulta inadmisibles que la ley no señale, expresamente, la duración máxima de las medidas cautelares *contra societatem*, ni los presupuestos habilitantes para su adopción. Esta falta de taxatividad legal en la definición de tales cautelas afecta negativamente a la seguridad jurídica, principio general de nuestro ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE).

4.5.2.-Instrumentalidad

La instrumentalidad implica que las medidas cautelares deben de adoptarse en el marco de un proceso respecto del cual actúan como instrumentos de aseguramiento. Así pues, han de resultar necesarias y útiles para garantizar el cumplimiento de los fines del proceso, en particular el efectivo ejercicio del *ius puniendi* y la protección de los intereses de las víctimas, haciendo posible la tramitación del proceso y la ejecución de los pronunciamientos de la sentencia que en su día llegue a dictarse, sin que el paso del tiempo frustre tales finalidades.

Como ya se ha referido antes, algunos fines de la tutela cautelar se vinculan de forma más clara y precisa a las finalidades inmediatas del proceso, mientras que otros tienen

¹⁹⁵⁰ STC 49/1999, de 5 de abril, F. J. 4º.

una naturaleza más bien preventiva. Me refiero, particularmente, a la finalidad de evitar la continuidad y la reiteración delictiva. Ahora bien, tal y como se argumentó en el apdo. 4.1. de este epígrafe, los fines del proceso han de ser entendidos, desde una perspectiva amplia, de tal forma que los daños que el investigado o encausado puede producir en los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, mientras se encuentre a la espera de ser juzgado, y, en su caso, condenado y ejecutada su condena, también han de considerarse daños derivados del lapso del tiempo que dura el proceso y se catalogan, por consiguiente, como peligros o daños derivados de la mora procesal (*periculum in mora* o *periculum in damnum*).

4.5.3.-Temporalidad

La instrumentalidad de las medidas cautelares hace que estas hayan de estar, en todo caso, limitadas, como máximo, al tiempo que dura el proceso. Así pues, en el momento en que existe una resolución que otorga una tutela definitiva, la tutela cautelar pierde su razón de ser. Además, el principio de legalidad requiere, tal y como se señaló *ut supra*, que tal plazo máximo de duración venga fijado taxativamente en la ley. Por su parte, el principio de proporcionalidad, que se analizará más adelante, supone que la medida no ha de extenderse más allá del tiempo estrictamente necesario para cumplir con los fines que justificaron su adopción y, en ningún caso, más que la pena que se prevé que podría llegar a imponerse en sentencia.

La escueta regulación de las medidas cautelares *contra societatem*, contenida en el CP y en la LECrim, no señala un plazo máximo, ni criterio alguno para fijarlo¹⁹⁵¹. Esta laguna legal, que omite fijar duración de las medidas cautelares *contra societatem*, debe ser colmada a través de la interpretación. Así, en aplicación del principio de proporcionalidad, tales medidas no podrán tener nunca una duración superior a la que podría alcanzar la pena definitiva para el caso de que el sujeto fuese hallado culpable¹⁹⁵². Por eso, en primer lugar, hay que tener en cuenta la duración máxima de las correspondientes penas, que se fija en el art. 33.7 CP y que, para el caso de las imponibles en sede cautelar, es de cinco años. Consecuentemente, la vigencia de las medidas cautelares homogéneas tampoco podrá prolongarse en el tiempo más allá de un lustro.

¹⁹⁵¹ En esta sentido, el Consejo Fiscal. Informe al Anteproyecto de reforma del CP aprobado en el Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006, pp. 16 y 19, ya señaló, en su momento que, que dada la trascendencia que las medidas cautelares pueden llegar a tener en lo que en términos económicos se denomina capital reputacional de la persona jurídica, debieran desarrollarse pormenorizadamente en la LECrim, estableciendo, entre otras garantías, su período máximo de duración.

¹⁹⁵² En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...ob. cit., pp. 215-216, nota 59; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 161; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Las penas de las personas jurídicas...ob. cit.; FGE, Circular 1/2011, p. 72; MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 12; ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 104; También se señalaba este límite en el art. 200.4 Propuesta CPP 2013 que finalmente no llegó a entrar en vigor, según el cual “*La duración de las medidas cautelares no podrá ser superior a la prevista para la pena imponible que corresponda por el delito o delitos indiciariamente cometidos*”.

Sin embargo, la duración máxima de la pena constituye un límite excesivamente amplio dado que, en caso de que se agote, se habría cumplido la pena máxima, imponible a la persona jurídica imputada, sin existir una sentencia condenatoria, lo que supondría un evidente adelantamiento de la sanción definitiva, de tal forma que el enjuiciamiento devendría inútil y la presunción de inocencia frontalmente vulnerada. Por eso, para ser preciso en la delimitación de la duración máxima de las medidas cautelares, es necesario acudir al art. 66 bis CP, que establece algunos criterios adicionales para decidir sobre la extensión de las penas interdictivas, y que, por exigencia del principio de proporcionalidad, también han de ser tenidos en cuenta en sede cautelar¹⁹⁵³.

El referido precepto dispone que la duración de las penas de las personas jurídicas no puede exceder de la máxima pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por una persona física y que sólo si la entidad es reincidente o se usa instrumentalmente para la comisión de delitos podrán superarse los dos años de duración. Consecuentemente, el Juez, para acordar una medida cautelar por un plazo superior a dos años debe justificar, o bien que la entidad ha sido utilizada instrumentalmente para cometer delitos, o bien que es reincidente¹⁹⁵⁴. La reincidencia es objetivamente comprobable, acudiendo al Registro de antecedentes, adaptado a la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través del RD 1611/2011, de 14 de noviembre¹⁹⁵⁵. El segundo requisito a considerar, esto es, la instrumentalización de la persona jurídica para la comisión de delitos, es más impreciso y, por tanto, de más difícil valoración, siendo precisa una labor de apreciación y concreción judicial. Por otra parte, el parámetro legal para su objetivación, según el cual se entenderá que la persona jurídica se utiliza instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales siempre que su actividad legal sea menos relevante que la ilegal, presenta, así mismo, problemas interpretativos y de cuantificación, ya que el juzgador difícilmente podrá conocer qué proporción, de la actividad del ente es ilegal y cuanta legal, especialmente, en un momento inicial del proceso, como es, normalmente, el del juicio cautelar, en el que la información sobre las supuestas actuaciones delictivas suele estar incompleta y el nivel de certidumbre con el que se opera es muy bajo.

En todo caso, de *lege ferenda*, resultaría apropiado que se estableciese expresamente el límite temporal de las medidas cautelares previstas para las personas jurídicas, que debiera ser, en todo caso, menor al de la pena de la misma naturaleza que pudiera llegar a imponerse en la eventual sentencia de condena. En este sentido, tomando como referencia la duración de la prisión provisional (art. 504 LECrim), se propone una

¹⁹⁵³ En este sentido, MOLINA MANSILLA, M^a del C.; MOLINA MANSILLA, L., "La responsabilidad criminal de las personas jurídicas...ob. cit., p. 62, se muestra partidaria de adelantar a la fase cautelar la valoración de las circunstancias del art. 66 bis CP como forma de determinar la duración de las medidas cautelares; En idéntico sentido, el art. 200.5 Propuesta CPP 2013 disponía lo siguiente en relación con las medidas cautelares *contra societatem*: "El Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del art. 66 bis del Código Penal, al considerar la procedencia y graduación de la medida imponible a la persona jurídica".

¹⁹⁵⁴ En la misma línea, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., "Responsabilidad de personas jurídicas"...ob. cit., p. 30, afirma que, según el principio básico de proporcionalidad, no puede adoptarse una medida cautelar de duración mayor que la pena que correspondería en caso de ser declarada responsable penal la persona jurídica. Por ello, el Juez, para fijar su duración por un plazo superior a dos años, debe analizar si ha sido utilizada instrumentalmente para cometer delitos o si es reincidente, concluyendo que, de no ser así, no podría prolongarse la medida en estos términos.

¹⁹⁵⁵ A tal fin, el RD 1611/2011, de 14 de noviembre, modificó el RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

duración máxima de un año, cuando la pena definitiva prevista en la ley fuese de dos años de duración o menos, lo cual ocurrirá, tal y como se señaló *ut supra*, siempre que la entidad no sea reincidente ni usada como instrumento para la comisión de delitos. En otro caso, las medidas cautelares podrían llegar a los dos años de duración. Así mismo, podría establecerse la opción de una única prórroga, de seis meses y un año respectivamente, según se aprecie o no la reincidencia o el uso instrumental, ante la imposibilidad de juzgar la causa en los plazos señalados.

Por último, en caso de que existiese una condena de primera instancia y fuese recurrida, se propone que la medida cautelar pueda prorrogarse hasta el límite de la mitad de la pena efectivamente impuesta en la sentencia recurrida¹⁹⁵⁶. Esta regla se aplicaría en el caso de que la medida cautelar hubiese sido adoptada con la finalidad de evitar la descapitalización de la entidad, la reiteración delictiva o nuevos daños a los bienes jurídicos de las víctimas. Ahora bien, si su adopción responde a la necesidad de impedir la ocultación, alteración o destrucción de fuentes de prueba, su duración no debería exceder de seis meses y, en cualquier caso, no más del tiempo necesario para asegurar las fuentes de prueba.

4.5.4.-Jurisdiccionalidad

Esta característica implica que tales medidas han de ser adoptadas, en todo caso, por una autoridad judicial. Es decir, que corresponde exclusivamente a los órganos del Poder Judicial adoptarlas¹⁹⁵⁷. Esto, unido a la exigencia de que la entidad se encuentre formalmente imputada, supone que tales medidas sólo podrán adoptarse una vez formalizada la instrucción y celebrada la primera comparecencia en que se dé traslado de la imputación a la entidad, con abogado y procurador presentes y, en su caso, con el representante especialmente designado.

Por lo tanto, no cabe adoptar las medidas cautelares durante las investigaciones preprocesales conducidas por la Fiscalía y la Policía¹⁹⁵⁸. Además, la previa celebración de vista, exigida por la ley para la adopción de las medidas cautelares *contra societatem* (art. 544 quáter 2 LECrim), ha de tener lugar, asimismo, ante el órgano judicial competente en el momento de adoptarse la medida en cuestión que, generalmente, será el Juez de Instrucción del lugar de comisión del delito.

¹⁹⁵⁶ Por su parte, la regulación italiana establece que las medidas cautelares no pueden sobrepasar la mitad de la pena máxima prevista en abstracto en el CP, límite que se podría ampliar hasta los dos tercios una vez que existiese una sentencia de condena en primera instancia, a pesar de haber sido recurrida por el acusado (art. 51 D. Lgs. 231).

¹⁹⁵⁷ BARONA VILAR, S., “¿Una nueva concepción expansiva...ob. cit., pp. 253-255.

¹⁹⁵⁸ BANACLOCHE PALAO, J., “Las medidas cautelares aplicables...ob. cit., pp. 234-235.

4.5.5.-La variabilidad de las medidas cautelares *contra societatem* y el principio *rebus sic stantibus*

Las medidas cautelares son esencialmente variables, por lo que sólo se mantendrán en la medida en que sean precisas para alcanzar los motivos que justificaron su adopción y, por lo tanto, en tanto que los riesgos que son llamadas a neutralizar subsistan, debiendo, en otro caso, ser modificadas, en cuanto a su contenido o duración, sustituidas por otras más idóneas, o, incluso, alzadas o revocadas.

En principio, la necesidad de la medida cautelar, observada en el momento de adopción de la misma, persistirá en tanto que la entidad no se autorregule, implementando medidas de organización interna, que neutralicen los riesgos a conjurar con la adopción de tales cautelas. En este sentido, resulta evidente que la implementación de un sistema de organización y gestión efectivo para prevenir los delitos de la naturaleza de aquel que se presume cometido, la mejora de los medios de supervisión, vigilancia y control preexistentes o la puesta a disposición de las autoridades de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento, son actuaciones que podría redundar en la innecesariedad de la adopción de medidas cautelares interdictivas o en la sobrevenida falta de idoneidad de las que hayan sido adoptadas¹⁹⁵⁹.

Es necesario, por lo tanto, tener en cuenta la naturaleza y el grado de exigencia cautelar, que además puede variar con el paso del tiempo, con lo que puede ser preciso adaptar las medidas cautelares a eventuales modificaciones en las circunstancias que motivaron su adopción. A tal fin, habrá que permitir a las partes solicitar su revisión ante al Juez competente en cada momento procesal. De hecho, para modificar o sustituir las medidas cautelares ya adoptadas, parece preciso que exista una previa petición de parte y que, además, tal decisión se adopte a través del cauce contradictorio previsto en el art. 544 quáter LECrim¹⁹⁶⁰. Por el contrario, el alzamiento o la revocación de una medida, por la desaparición de los presupuestos que justificaron su adopción, puede y debe ser decretada de oficio por el Juez, sin perjuicio de que, obviamente, se admita, así mismo, la petición de parte¹⁹⁶¹.

Por último, para el caso de que la persona jurídica quebrante la medida cautelar adoptada frente a ella, dado que el delito tipificado en el art. 468 CP no es uno de los imputables a las personas jurídicas, la solución pasará por agravar la medida acordada o

¹⁹⁵⁹ Por su parte, la regulación italiana prevé asimismo la posibilidad de que las medidas cautelares se suspendan. En este sentido, dispone que si el ente solicita realizar la conducta reparadora y las adaptaciones a las que la ley condiciona la no imposición de las penas interdictivas, entre las que se encontraría la eliminación de las carencias organizativas determinantes del delito a través de la implementación de modelos organizativos idóneos para prevenir delitos de la especie de los que se han verificado, entonces el Juez determinará una suma de dinero en concepto de fianza y señalará un plazo para la realización de tal conducta, de tal forma que, si la ejecución de tal actividad se realiza en el plazo fijado por el Juez, se revocará la medida cautelar y se devolverá la caución. En otro caso, si la entidad no ejecuta de forma completa y eficaz tal actividad, se restaurará la medida cautelar suspendida y el ente perderá la caución (art. 49 D. Lgs. 231).

¹⁹⁶⁰ ARANGÜENA FANEGO, C., "Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., 1176.

¹⁹⁶¹ *Idem.* p. 112.

adoptar otra más gravosa, aperebiendo, en su caso, a las personas físicas responsables de que podrían incurrir en un delito de desobediencia¹⁹⁶²

4.5.6.-Homogeneidad de las medidas cautelares *contra societatem* y las penas

Las medidas cautelares deben ser homogéneas con las penas que, eventualmente, puedan imponerse en la futura sentencia de condena¹⁹⁶³. En este sentido, se afirma que por exigencias de homogeneidad, para imponer una determinada medida cautelar, es preciso que, al delito por el que se procede, se asocien penas de idéntico contenido. Igualmente, en relación con las consecuencias accesorias del art. 129 CP, antes de que quedasen limitadas a su imposición a entes sin personalidad, se venía interpretando que, las impuestas en sede cautelar podían coincidir con las ejecutivas¹⁹⁶⁴. Desde luego, no es posible adoptar en vía cautelar una medida más grave que aquella que se prevea aplicable en vía definitiva¹⁹⁶⁵.

En el régimen actual, las penas interdictivas se prevén, en abstracto, para todos los delitos imputables a las personas jurídicas, si bien su aplicación es potestativa¹⁹⁶⁶ y excepcional, siendo la pena general la de multa. En este sentido, podría parecer que, al no vincularse, en la regulación, los distintos tipos de penas a cada una de las figuras delictivas imputables a las personas jurídicas, el principio de homogeneidad no aportaría demasiado a la hora de decidir sobre la tutela cautelar específica a adoptar. No obstante, si es posible, y oportuno, a afectos de respetar esa necesaria homogeneidad entre la tutela cautelar y la tutela definitiva, tomar en consideración, a la hora de decidir sobre la adopción de las medidas cautelares, los criterios legalmente establecidos para la

¹⁹⁶² Ídem. pp. 112-113.

¹⁹⁶³ Así lo entienden, entre otros, PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...ob. cit., p. 158, quien mantiene que el órgano jurisdiccional viene obligado a escoger una medida cautelar cualitativamente igual a la prevista en la sentencia final, por lo que pena y medida cautelar sólo diferirán en términos cuantitativos; BANACLOCHE PALAO, J., “Las medidas cautelares aplicables...ob. cit., pp. 225-236; MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 10; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., pp. 157-158; ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 100.

¹⁹⁶⁴ En este sentido, ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas*...ob. cit., p. 123, también se refería a la nota de la homogeneidad entre las consecuencias accesorias impuestas en sede cautelar y en sentencia definitiva.

¹⁹⁶⁵ En este sentido, el D. Lgs. italiano 231 establece en su art. 46.2 que las medidas cautelares deben ser proporcionadas, no sólo a la entidad del hecho, sino también a las sanciones que se entiende que podrán ser impuestas al ente (“*Ogni misura cautelare deve essere proporzionata all’entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all’ente*”).

¹⁹⁶⁶ En relación con el carácter potestativo de las antiguas consecuencias accesorias RAMON RIBAS, E., *La persona jurídica en el derecho*...ob. cit., pp. 255-256, entendía que, concurrentes sus presupuestos, la imposición de las mismas resultaba obligada por lo que la diferencia entre penas y medidas no radicaría en el carácter imperativo de unas y potestativo de otras, sino en que el juicio de necesidad de aquellas lo realiza el legislador y el de las medidas, por delegación de aquel, el Juez o Tribunal. Este mismo razonamiento sería trasladable *mutatis mutandis* a lo que ocurre con las penas interdictivas imponibles a las personas jurídicas, que se prevén en abstracto para todo delito, siendo el Juez el que decide sobre su imposición en atención a las circunstancias del art. 66 bis CP.

determinación de la pena (art. 66 bis CP)¹⁹⁶⁷, cuales son, la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, las consecuencias económicas y sociales, especialmente para los trabajadores y el puesto que, en la estructura de la persona jurídica, ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Igualmente, habrá que valorar, si la entidad es reincidente o un mero instrumento para la comisión de delitos. Sólo cuando el análisis cautelar, y por ende provisional, de tales extremos conduzca, razonablemente, a prever que, en sede definitiva, se impondrá una pena interdictiva, podrá adoptarse tal medida, con carácter cautelar, durante la instrucción.

Por otra parte, la nota de homogeneidad e identidad que uniforma las medidas cautelares con las eventuales penas definitivas, conduce a plantearse si el tiempo de suspensión de actividades, clausura de locales o intervención judicial, soportado a título cautelar por la entidad imputada, se le debería abonar a los efectos del cómputo de la pena definitiva si es que llega a ser condenada¹⁹⁶⁸. En este sentido, el art. 58 CP, que regula el abono en la pena del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente, establece en su apdo. 4º que tal regla compensatoria resulta aplicable, generalmente, a las “*privaciones de derechos acordadas cautelarmente*”. Pues bien, cayendo las medidas cautelares *contra societatem*, claramente, en la categoría de “privaciones de derechos”, debería aplicarse tal norma y, consecuentemente, descontarse del tiempo de la pena definitiva, la duración de la medida cautelar de la misma naturaleza ya sufrida por la organización¹⁹⁶⁹. De lo contrario se produciría el injusto resultado de prolongar *de facto* tales limitaciones de derechos por un tiempo superior al que legalmente correspondería, según lo previsto en los arts. 33.7 y 66 bis CP¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁶⁷ En esta línea, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 29, entiende que una interpretación sistemática conduce a valorar los criterios del art. 66 bis CP en la decisión cautelar, ya que no tendría sentido que se pudiese adoptar como medida cautelar aquello que no puede ser adoptado como pena. Aunque reconoce que, el nivel de certidumbre y las necesarias evidencias respecto de la necesidad de interrumpir la continuidad delictiva, del impacto social de la adopción de la medida y de la implicación de sujetos del más alto rango, deben ser las propias de esta fase inicial del proceso penal; En la misma línea, se puede ver PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...”ob. cit., p. 158, quien indica que, para salvaguardar el principio de proporcionalidad deben tomarse en consideración los requisitos destinados a individualizar la pena del ente jurídico (66 bis CP): necesidad de prevenir la reiteración delictiva, consecuencias económicas para los *stakeholders* y posición de la persona física u órgano que incumplió el deber; Igualmente, la frustrada Propuesta CPP, en su art. 200. 5, señalaba que “*el Tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66 bis del Código Penal, al considerar la procedencia y graduación de la medida imponible a la persona jurídica*”.

¹⁹⁶⁸ En este punto, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas”, *Diario La Ley*, núm. 8293, 15 de abril de 2014, apelando a los arts. 58 y 59 CP, aboga por el abono de cualquier medida en cualquier pena, aun cuando sean de contenido diferente, por lo que, en su opinión, la homogeneidad entre las penas y las medidas no resultaría determinante a estos efectos.

¹⁹⁶⁹ ECHARRI CASI, F.J., *Sanciones a personas jurídicas*...ob. cit., p. 301, afirmaba lo mismo en relación con las consecuencias accesorias, señalando que el tiempo de duración de la medida cautelar debía ser abonado en la consecuencia final, por aplicación del art. 58 CP.

¹⁹⁷⁰ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., pp. 164-165.

4.5.7.- El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad, informador de todas las medidas limitativas de derechos fundamentales y libertades públicas y, por ende, también de las medidas cautelares *contra societatem*, implica que estas han de ser idóneas para alcanzar el fin que justificó su adopción que, tal y como se ha indicado en el apdo. 4.3.2 de este mismo epígrafe, puede consistir en evitar la destrucción de pruebas, en prevenir la reiteración delictiva o en asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias de la entidad, impidiendo su despatrimonialización. Además, han de ser necesarias, en el sentido de que no haya otras igualmente idóneas para alcanzar tales fines y menos gravosas para los derechos de la persona jurídica imputada o de terceros. En este sentido, cabe afirmar que la suspensión de actividades, por tratarse de la medida cautelar más onerosa, sólo debería adoptarse cuando las otras no se muestran idóneas ante las concretas exigencias cautelares del caso¹⁹⁷¹. Por último, tales medidas deben de ser proporcionadas en sentido estricto, lo que implica que no deben resultar desmedidas en relación con la gravedad del delito ni, evidentemente, con la pena que se prevé que podría llegar a imponerse en la sentencia¹⁹⁷². Esta última faceta del principio de proporcionalidad podría asegurarse, por una parte, reservando las medidas cautelares *contra societatem*, para los supuestos de delitos graves, en los que la pena de multa resulte insuficiente en términos de prevención y, por otra parte, a través del riguroso respeto a la relación de homogeneidad que debe regir entre la tutela cautelar y la tutela definitiva.

En conclusión, cabe señalar que el principio de proporcionalidad implica hacer balance de los daños que se pretenden evitar con la imposición de la medida cautelar y los que la adopción de la cautela supondrá para su destinatario. Habrá que ponderar, por lo tanto, el grado de exigencia cautelar, esto es, el riesgo que se pretende neutralizar con la adopción de la medida en cuestión, en contraposición con la afectación de los derechos del sujeto afectado por la misma. En este sentido, es jurisprudencia reiterada de las AA.PP. que “*el examen de la procedencia de las medidas (...) debe realizarse desde el punto de vista de la proporcionalidad de las mismas en relación con los hechos que son objeto de imputación, y con los perjuicios que se tratan de evitar con aquéllas, teniendo en cuenta que toda medida limitativa de derechos, máxime en la fase de instrucción, debe ser objeto de interpretación restrictiva*”¹⁹⁷³. Así pues, en caso de que se pretenda adoptar, por ejemplo, una medida de suspensión de actividades para evitar la continuidad de una actuación delictiva, habrá que ponderar la gravedad del delito que se pretende evitar y su probabilidad de su comisión, con la afectación que, para los derechos de la entidad y los de terceros que se relacionen con aquélla, podría tener la paralización de su actividad.

¹⁹⁷¹ En esta línea, la regulación italiana señala que la prohibición del ejercicio de la actividad, sólo puede ser dispuesta en vía cautelar cuando todas las otras medidas resulten inadecuadas (“*l’interdizione dall’esercizio dell’attività può essere disposta in via cautelare soltanto quando ogni altra misura risulti inadeguata*”) (art. 46.3 D. Lgs. 231).

¹⁹⁷² Así lo indica la regulación italiana al disponer que “*ogni misura cautelare deve essere proporzionata all’entità del fatto e alla sanzione che si ritiene possa essere applicata all’ente*” (art. 46.2 D. Lgs. 231)

¹⁹⁷³ En este sentido, se pueden ver, entre otras, las siguientes resoluciones: AAP Barcelona (Sección 3ª) de 25 de abril de 2000, ARP 2000\1342, F. J. 1º; AAP de Castellón (Sección 1ª) núm. 390/2004, de 28 de diciembre, ARP\2004\754.

4.6.-Competencia y procedimiento para la adopción y la revisión de las medidas cautelares *contra societatem*

4.6.1.- Competencia y momento procesal idóneo para decidir sobre la adopción de las medidas cautelares *contra societatem*

El análisis de la competencia para la adopción de las medidas cautelares contra personas jurídicas ha de partir, necesariamente, de lo establecido a este respecto en el CP cuyo art. 33.7 *in fine* dispone que “*la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa*”. El precepto atribuye, por tanto, la competencia para acordar tales medidas al Juez instructor y, además, señala como momento procesal idóneo para su adopción la instrucción de la causa.

Si bien es cierto que lo más habitual será que sea el Juez instructor el que valore la necesidad de adoptar alguna medida cautelar contra el investigado o encausado, no parece adecuado limitar, legislativamente, a la fase de instrucción tal posibilidad, ya que la necesidad de adoptar alguna de tales cautelas podría surgir durante el juicio oral o, incluso, en fase de impugnación de la sentencia definitiva¹⁹⁷⁴, esto es, en cualquier momento anterior a que exista una resolución firme¹⁹⁷⁵. Por lo tanto, resulta perfectamente posible que, en el momento del procesamiento o de la imputación, el resultado del juicio cautelar resulte negativo y que, sólo posteriormente, se ponga de manifiesto la necesidad de adoptar alguna medida cautelar que, inicialmente, parecía innecesaria.

A pesar de que esa limitación en cuanto a la competencia y al momento procedimental adecuado para adoptar medidas cautelares figura en el CP no debe perderse de vista que se trata de una norma de carácter procesal, por lo tanto, no sujeta a los principios interpretativos del Derecho Penal que impedirían una aplicación extensivamente de la misma. Por eso, considero que, la previsión establecida en el art. 33.7 *in fine* CP, debe ser interpretada como un recordatorio al Juez de Instrucción para que, llegado el momento de imputar o procesar a una persona jurídica, valore la necesidad de acordar contra ella las referidas medidas cautelares, sin que tal precepto suponga una limitación competencial o procedimental a la hora de acordar tales cautelas.

En definitiva, a pesar del tenor literal del art. 33.7 CP, no se puede considerar la instrucción como momento preclusivo para decidir sobre la adopción de las medidas

¹⁹⁷⁴ En este sentido, afirma GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...ob. cit., p. 88, que, limitar la adopción de las medidas cautelares *contra societatem*, a la instrucción sería absurdo dado que el *periculum in mora* puede surgir durante el juicio oral o agudizarse durante la impugnación de la sentencia condenatoria en vista de no cabe ejecución provisional de las penas impuestas; En una línea similar, ver RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...ob. cit., pp. 215-216, nota 59.

¹⁹⁷⁵ MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 12.

cautelares, ni al Juez instructor como el único competente para acordarlas, interpretación que se ve amparada por las reglas generales sobre medidas cautelares personales¹⁹⁷⁶. En este sentido, el art. 502.1 LECrim dispone, en relación con la prisión provisional, que la misma podrá ser decretada por “*el juez o magistrado instructor, el juez que forme las primeras diligencias, así como el juez de lo penal o tribunal que conozca de la causa*”. Evidentemente, que la competencia se atribuya a uno u otro órgano jurisdiccional dependerá del momento en el que se evidencie la necesidad la tutela cautelar.

4.6.2.- Procedimiento de adopción de las medidas cautelares *contra societatem*

En cuanto al procedimiento para la adopción de las medidas cautelares contra las personas jurídicas hay que estar a lo dispuesto en el art. 544 quáter 2 LECrim, que establece que “*la medida se acordará previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas. El auto que decida sobre la medida cautelar será recurrible en apelación, cuya tramitación tendrá carácter preferente*”. Así pues, en los siguientes apdos. se analizará quién está legitimado para solicitar la adopción de medidas cautelares frente a la persona jurídica imputada, qué contenido tendrá la vista previa que ha de celebrarse antes de decidir sobre la adopción de las mismas, cuál será el contenido del auto en que se acuerde su imposición y qué posibilidades de impugnación existen frente a tal resolución.

Por otra parte, se observa cómo, el hecho de que tales medidas requieran previa petición de parte, así como la celebración de una vista, unido a su adopción mediante un auto susceptible de ser recurrido en apelación, cuya tramitación goza de carácter preferente, aproxima sus requisitos procedimentales a los de la prisión provisional. Estas coincidencias refuerzan la idea de que el art 544 quáter LECrim se refiere únicamente a las medidas cautelares interdictivas o restrictivas de derechos, próximas a las medidas cautelares personales, quedando al margen las de carácter real que podrían ser adoptadas *in audita parte y ex officio*¹⁹⁷⁷.

4.6.2.1.- Previa petición de parte

El requisito legal de que exista una previa petición de parte para adoptar las medidas cautelares *contra societatem* se considera “*consecuencia de la vigencia del acusatorio en la instrucción (...)*”¹⁹⁷⁸. Por lo tanto, si ninguna de las acusaciones personadas

¹⁹⁷⁶ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 162.

¹⁹⁷⁷ En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., con MORENO CATENA, V., *Derecho procesal penal...* ob. cit., p. 327, sostiene que, en el proceso penal, en donde las medidas tienden efectivamente al aseguramiento de la posible ejecución de la sentencia de condena al pago de cantidad o a la restitución del bien, normalmente no son dispositivas, sino que se acuerdan *ex officio* cuando concurren las condiciones objetivas para ello.

¹⁹⁷⁸ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...” ob. cit., p. 966.

solicita la adopción de tales medidas el Juez no podrá acordarlas de oficio. Ahora bien, en tanto que el juzgador deberá valorar la concurrencia de los presupuestos para su adopción, desde la posición neutral que le caracteriza, no cabe admitir que se encuentre vinculado por la petición de la acusación, que podrá ser rechazada, fundadamente, aun cuando la entidad imputada no se oponga expresamente a la adopción de la medida solicitada. Así mismo, tampoco se podrá impedir que el Juez adopte otra medida cautelar menos gravosa que la solicitada por la acusación, en atención al principio de proporcionalidad¹⁹⁷⁹ y a la regla de “quien puede lo más, puede lo menos”.

Algún autor ha señalado que no sería descabellado permitir a los acreedores y trabajadores de la entidad solicitar la adopción de tales medidas, sin necesidad de encontrarse personados en la causa¹⁹⁸⁰, en vista del legítimo interés que los mismos podrían tener en la adopción de tales cautelas, señaladamente, en la medida de intervención judicial, que se encuentra específicamente preordenada a garantizar sus derechos e intereses (art. 33.7 g) CP). Sin embargo, en vista de la literalidad del art. 544 quáter LECrim, parece necesario que tales sujetos se constituyan en acusación, ya popular, ya particular, para poder realizar una petición de medidas cautelares, dado que la ley limita la legitimación a quienes ostentan la condición formal de partes. En este sentido, es preciso tomar en consideración que las medidas cautelares, de naturaleza instrumental respecto del proceso, tienen funciones exclusivamente intraprocesales, por lo que, normalmente, sólo los intereses de las partes reciben protección por esta vía.

Por otra parte, en relación con la medida de intervención judicial, que tiene naturaleza mixta, civil y penal, se ha establecido que *“estarían legitimados para solicitarla todas las partes acusadoras que ejercen la acción penal –lo que incluye la acusación popular en lo que se refiere a medidas que pretendan asegurar pronunciamientos de esta naturaleza-, mientras que de lo segundo –acciones civiles derivadas del delito-, únicamente quien ejerza las mismas -Ministerio Fiscal, Acusador particular y Actor civil”*. A mayores, se plantea la posibilidad de sea la propia entidad imputada, a través de sus representantes legales o su representante defensivo, quien solicite la adopción de la medida frente a sí misma, como una forma de proteger los intereses de sus empleados y/o acreedores¹⁹⁸¹.

4.6.2.2.- Celebración de vista previa

Cabe entender que *“la previsión de audiencia a todas las partes personadas, no es sino una garantía constitucional del artículo 24.2 CE”*¹⁹⁸². En esta línea, se afirma que no

¹⁹⁷⁹ Ídem. p. 965.

¹⁹⁸⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 162.

¹⁹⁸¹ Así lo admitió el AJCI núm. 6, de 30 de junio de 2014, DD.PP. 26/2012, en el cual fue la propia entidad imputada la que solicitó la adopción de la medida cautelar de intervención judicial.

¹⁹⁸² CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...” ob. cit., p. 966; PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...” ob. cit., p. 168.

sería preciso prever expresamente en la ley tal requisito procesal porque sería una consecuencia directa del texto constitucional¹⁹⁸³.

Por otra parte, la ley no contempla excepciones a la celebración de esa previa audiencia, cuya celebración resulta, en todo caso, preceptiva. El legislador no ha previsto la posibilidad de que, por razones de urgencia, por ejemplo, para dar inmediata protección a las víctimas (art. 13 LECrim) o cuando la audiencia pueda comprometer el buen fin de la medida (art. 733.2 LEC), puedan adoptarse las medidas cautelares *contra societatem in audita parte*, celebrándose *a posteriori* la vista para confirmar o revocar su adopción. Sin embargo, resulta innegable que, si por la premura o la flagrancia de la situación, es precisa una actuación inmediata, en orden a prevenir la continuidad delictiva, impedir la extensión o el agravamiento de sus efectos y, en definitiva, para evitar nuevos o mayores daños para los bienes jurídicos protegidos por la norma penal que está siendo violada, los poderes públicos podrán y deberán actuar de forma inmediata¹⁹⁸⁴.

De hecho, sobre el art. 13 LECrim, que recoge las primeras medidas que las autoridades deben realizar ante la comisión de un delito, se afirma que el mismo permite la adopción de cualquier medida de protección a las víctimas y a sus familiares, como podrían ser, el cierre provisional de instalaciones peligrosas o la paralización de actividades dañinas, entre otras¹⁹⁸⁵. A pesar de que la dicción literal del precepto admite tal interpretación, para aportar claridad al tema, de *lege ferenda*, se propone que el art. 13 LECrim se remite expresamente a las medidas *contra societatem* del art. 544 quáter LECrim.

En cuanto al desarrollo de la vista en la que tiene lugar ese contradictorio anticipado, el art. 544 quáter LECrim nada dice sobre su contenido, salvo que se citará a todas las partes personadas, lo cual incluiría a todas las acusaciones y a la entidad imputada, que podría comparecer a través de su representante especialmente designado o, simplemente, a través de abogado y procurador. La ausencia del representante no impediría su celebración con el abogado defensor, por extensión de lo previsto en el art. 120.2 LECrim para los actos de investigación y prueba anticipada. Ahora bien, si el abogado tampoco comparece, a mi modo de ver, el acto debería suspenderse, para evitar la indefensión de la persona jurídica y para no frustrar su finalidad de instaurar un debate contradictorio previo a la decisión cautelar¹⁹⁸⁶.

En relación con esta vista contradictoria se plantea la posibilidad de dar audiencia a los acreedores o a los trabajadores, sobre todo cuando se pretenda decidir sobre la medida de intervención judicial, en principio, preordenada a salvaguardar sus intereses. Sin embargo, se advierte de las dificultades de articular esa audiencia, si no están personados en la causa a través de algún representante que haga valer sus intereses¹⁹⁸⁷. En este sentido, se propone que sean las partes, ya sea el MF, el resto de acusaciones o

¹⁹⁸³ MUÑOZ YANGÜELA, B., "Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 11.

¹⁹⁸⁴ Cfr. DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Las medidas cautelares personales...*ob. cit., p. 587.

¹⁹⁸⁵ FERREIRO BAAMONDE, X. X., *La víctima en el proceso...*ob. cit., p. 402.

¹⁹⁸⁶ En sentido contrario, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 163, entiende que la ausencia del abogado tampoco impediría la adopción de la medida cautelar, ya que lo relevante es la citación de la persona y no su comparecencia.

¹⁹⁸⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 162.

la propia persona jurídica imputada, los que propongan, como prueba, en la vista previa a la adopción de las medidas *contra societatem*, la audiencia de los referidos sujetos y, en su caso, de la víctima del delito¹⁹⁸⁸.

La laguna legal sobre el contenido de la vista podría ser integrada con lo dispuesto para la audiencia previa a la adopción de la prisión provisional, en la que las partes pueden realizar alegaciones y proponer los medios de prueba que puedan practicarse en el acto (art. 505.3 LECrim). Así, el procedimiento, que se instrumentalizaría en pieza separada en el marco del abreviado, consistiría en la petición, por escrito, de la convocatoria de la comparecencia por la acusación, la celebración de la comparecencia con la contestación oral a la pretensión de la acusación por parte de la defensa, pudiendo las partes proponer en la vista las pruebas pertinentes para acreditar o desacreditar los presupuestos de la adopción de la medida cautelar solicitada¹⁹⁸⁹.

Por su parte, el Juez, a la hora de adoptar la decisión cautelar podría requerir informes u ordenar las investigaciones pertinentes para resolver sobre la petición cautelar resultando, aplicable, a estos efectos, lo previsto en el art. 732.2 II LECiv¹⁹⁹⁰, al menos para las medidas de suspensión de actividades y cierre de locales. En este sentido, cabe argumentar que si en el proceso civil, en el que rige con fuerza el principio dispositivo, el Juez tiene tales facultades de actuación de oficio, con más motivo las ostentará el Juez de Instrucción, en el marco del proceso penal en el que está en juego el interés público en la efectiva persecución de los delitos.

Es importante que las medidas cautelares se adopten temporáneamente para que puedan cumplir con su finalidad esencial que consiste, precisamente, en neutralizar los riesgos que para el proceso conlleva la ineludible espera inherente a todo enjuiciamiento. Sin embargo, la ley no señala nada en relación con el plazo en que debe celebrarse la audiencia desde que se solicita la adopción de la cautela. Dilatar excesivamente la celebración de la vista y, por ende, la eventual adopción de las necesarias cautelas, podría frustrar los intereses de las víctimas y de la justicia penal, por eso, de *lege ferenda*, resultaría muy recomendable el establecimiento de un plazo máximo para la celebración de tal audiencia. Aunque en el caso de las personas jurídicas no está en juego la libertad personal de un individuo, la rapidez con que la entidad podría alzarse con sus bienes o destruir pruebas esenciales para el proceso, aconseja un plazo breve para adoptar la decisión cautelar. Por eso, como referencia para integrar esta laguna, podría acudirse al plazo de setenta y dos horas que fija la ley para celebrar la audiencia en la que se decidirá sobre la prisión provisional del investigado o encausado¹⁹⁹¹.

¹⁹⁸⁸ ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 106.

¹⁹⁸⁹ PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...ob. cit., p. 168.

¹⁹⁹⁰ El precepto dispone que “*cuando las medidas cautelares se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, también podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud*”.

¹⁹⁹¹ La regulación italiana fija a tal fin un plazo máximo de 15 días (art. 47.3 D. Lgs. 231).

Una de las reglas que rige la tutela cautelar es la variabilidad o el principio *rebus sic stantibus*. Esto supone que un cambio en las circunstancias que motivaron su adopción debería suponer una revisión del juicio cautelar y, en su caso, la modificación de la medida inicialmente adoptada, su alzamiento o, incluso, su suspensión por un plazo¹⁹⁹². Pues bien, para valorar los cambios en los presupuestos de adopción de tales medidas y, en su caso, apreciar la necesidad de alzar, mantener o sustituir las medidas inicialmente adoptadas, resultará competente el Juez que esté conociendo del asunto en el momento en que tenga lugar ese cambio en las circunstancias o en el que se solicite tal revisión. Para alzar una medida cautelar, previamente adoptada, así como para sustituir una medida por otra menos onerosa para la entidad el Juez podrá actuar de oficio. Sin embargo, si lo que se pretende es agravar la medida, ya sea sustituyéndola por una más grave, ya sea prolongando su duración inicial, debería requerirse petición de parte y vista previa¹⁹⁹³.

4.6.3.-Resolución sobre la adopción de las medidas cautelares contra societatem y régimen impugnativo

Para resolver sobre la petición de adopción de las medidas cautelares se dictará un auto, por lo tanto una resolución judicial motivada (art. 245 LOPJ), permitiendo, a través de la exteriorización de tal motivación, que la parte afectada pueda conocer las razones en que se fundamenta la medida acordada y que el órgano superior pueda revisar la concurrencia de sus presupuestos y su proporcionalidad. Todo lo relativo a las medidas cautelares se documentará en la pieza separada relativa a la situación personal de la entidad (art. 763 LECrim).

El auto que resuelva sobre la petición cautelar deberá señalar con precisión las medidas cautelares adoptadas, así como su contenido, alcance y duración. Además, la resolución deberá explicitar las pruebas o indicios en que se fundamenta el juicio de peligrosidad o *periculum in mora* que se pretende neutralizar con la medida en cuestión, así como su idoneidad y proporcionalidad en relación con tal fin cautelar. A no ser que el auto de adopción de las medidas cautelares sea el mismo en el que se produce la imputación, el *fumus comissi delicti* no precisará de una justificación expresa, bastando la referencia al auto de imputación que ha debido de dictarse previamente.

En cuanto al recurso de apelación, que cabe interponer frente al auto de adopción de las medidas cautelares¹⁹⁹⁴ tendrá carácter devolutivo, en tanto que, su resolución corresponderá al órgano superior jerárquico a aquel que tomó la decisión cautelar, que será el Juez de lo Penal o la AP según el caso, y no suspensivo, en tanto que la medida cautelar adoptada no se suspenderá por el hecho de que se formalice el recurso.

¹⁹⁹² El ordenamiento jurídico italiano prevé estas posibilidades en los arts. 49 y 50 D. Lgs. 231.

¹⁹⁹³ ARANGÜENA FANEGO, C., "Responsabilidad penal de la persona jurídica...ob. cit., p. 106.

¹⁹⁹⁴ Sobre las posibilidades de impugnación, observa GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 163, que, al establecer el art. 544 quáter 2 LECrim este concreto y específico medio de impugnación, parece estar excluyendo la aplicación de la regla general del art. 766 LECrim, de modo que no cabrá un previo y potestativo recurso de reforma.

La tramitación de este recurso tendrá carácter preferente (art. 544.2 LECrim), lo cual pone de manifiesto, por un parte, la similitud entre las medidas *contra societatem* y las medidas cautelares personales y, por otra, que el legislador es consciente de los graves e irreparables perjuicios que una medida cautelar, señaladamente la de suspensión de actividades, podría tener para la continuidad del ente, que podría verse abocado a su expulsión del mercado o a su disolución.

5.- Recapitulación

En este epígrafe han sido objeto de análisis las medidas cautelares que se pueden imponer a las personas jurídicas en el marco de un proceso penal, que cabe clasificar en medidas cautelares reales y *contra societatem*, siendo estas últimas las que presentan mayores especificidades en relación con las medidas cautelares tradicionales. Seguidamente, se han enumerado todas las previstas en la legislación para su imposición a las personas jurídicas, analizando su contenido y concluyendo en la conveniencia de ampliar la panoplia de medidas cautelares susceptibles de aplicación.

La naturaleza preventivo-especial de algunas de tales medidas, que tienen como finalidad básica evitar la reiteración de delitos, ha conducido, inicialmente, a replantearse su carácter instrumental en relación con el proceso y, por ende, su misma naturaleza cautelar. Sin embargo, tras un análisis detenido sobre la compatibilidad de las finalidades preventivas con otras tradicionalmente calificadas de cautelares, se ha llegado a la conclusión de que, en la actualidad, la diferenciación entre ambas no resulta útil, por lo que cabe convenir que las nuevas medidas previstas en el CP para las personas jurídicas imputadas tienen, efectivamente, naturaleza cautelar y que, por lo tanto han de regirse por los mismos principios que las medidas cautelares tradicionales.

Seguidamente, se ha intentado determinar si las medidas *contra societatem* encajarían en la clasificación tradicional de las medidas cautelares personales y reales, alcanzando la conclusión de que se asemejan más a las de naturaleza personal, en tanto que afectan a la libertad societaria de la entidad y su finalidad no se encuentra limitada a garantizar las eventuales responsabilidades pecuniarias que puedan surgir del proceso frente al ente.

Una vez determinada la naturaleza jurídica de tales medidas se han analizado sus presupuestos de aplicación y sus caracteres, para lo cual ha sido preciso tomar como referente la regulación y las normas que rigen para las medidas cautelares personales, en vista de la escueta regulación legal de las medidas cautelares *contra societatem*. Ahora bien, resulta digna de mención la disociación que tiene lugar entre el sujeto pasivo de la medida, la persona jurídica, y el sujeto cuyas actuaciones dañosas se pretenden evitar con la adopción de la cautela, normalmente los administradores o representantes de aquélla. Así pues, el peligro de reiteración delictiva o de destrucción de pruebas, aunque

puede deberse, en parte, a la ausencia o a la insuficiencia del modelo de organización y gestión de la entidad, que se muestra ineficaz para prevenir delitos y para asegurar el cumplimiento de la legalidad, también vendrá, en gran parte, determinado por las posibilidades de actuación y por la predisposición de los miembros de la entidad a frustrar el ejercicio del *ius puniendi*.

Por último, se hace referencia a las reglas sobre la competencia y el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares *contra societatem*. En este sentido, sobre la competencia cabe señalar que, a pesar de la literalidad de la ley, no puede quedar limitada al Juez de Instrucción ya que, a lo largo del proceso, podrían cambiar las circunstancias que motivaron su adopción y el Juez competente en cada estadio procesal debería estar facultado para decidir sobre su mantenimiento, alzamiento o modificación. Mientras que, en relación con su procedimiento de adopción, se observa que, los requisitos legales de petición de parte y vista previa, así como el carácter preferente de la tramitación de los recursos que cabe presentar frente al auto en que se resuelve sobre su adopción, las asemeja a las medidas cautelares personales.

Capítulo 3. El juicio oral, la sentencia, las posibilidades de impugnación y la fase de ejecución del proceso penal frente a la persona jurídica

I. Cómo interviene la persona jurídica acusada en el juicio oral del proceso penal

1.- Planteamiento

Una de las principales características derivadas de la especial naturaleza de las personas jurídicas, en contraposición con las personas físicas, radica en la falta de corporeidad de las primeras. En este sentido, tal y como quedó puesto de manifiesto en el apdo. 3, del epígrafe III, del capítulo 1, relativo a la capacidad procesal, es preciso partir de la base de que los entes colectivos no pueden actuar por sí mismos, esto es, sin la intermediación de un representante. Por eso, para establecer un paralelismo entre las personas físicas y las personas jurídicas acusadas, en cuanto a su actuación procesal, su intervención en el proceso y a su presencia en el juicio oral, será necesario que la entidad se encuentre representada por un determinado sujeto que la personifique, que actúe por ella en el marco del proceso, que declare en su nombre, que sea citado e interrogado en su lugar y que asista e intervenga en aquellos actos procesales en los, ordinariamente, se requiere o se autoriza la presencia del sujeto pasivo del proceso penal.

Cierto sector doctrinal sostiene que estatuir la obligación de representar físicamente a la persona jurídica no otorga mayores garantías, pudiendo quedar plenamente preservados sus derechos con su actuación a través de los postulantes¹⁹⁹⁵. Esta idea conduciría a aceptar, como regla general, el enjuiciamiento en ausencia de las personas jurídicas. La alternativa a esta corriente de pensamiento viene de la mano de la humanización, que apuesta porque un representante, distinto del abogado y el procurador, actúe en el proceso como si fuese el acusado. Esta es la opción por la que apuestan la mayor parte de los ordenamientos extranjeros y también la regulación positiva contenida en la LECrim. En este sentido, la regulación señala que la entidad será requerida para nombrar a un representante (art. 119 LECrim), que será el encargado de asistir, tanto los actos de la instrucción que requieren la asistencia personal del investigado (art. 409 bis LECrim), como al juicio oral, para un mejor ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica acusada (art. 786 LECrim). Ahora bien, la actual regulación, también dispone que, como regla general, la falta de designación de este representante defensivo o su incomparecencia no son óbice para la continuación del proceso. De esta forma se consagra un modelo de ausencia voluntaria en el que la entidad puede decidir ser representada, exclusivamente, por sus postulantes, eso sí, perdiendo, en tal caso, sus posibilidades de autodefenderse.

Para profundizar en esta cuestión, a continuación, se detallarán los distintos modelos de participación de la persona jurídica en el proceso, observados a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LMAP, así como la proposición contenida en la

¹⁹⁹⁵ DEL MORAL GARCÍA, A. "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 729.

Propuesta CPP 2013 que, aunque, finalmente, no llegó a aprobarse, resulta interesante como material de estudio, en tanto que proponía un sistema de intervención de la entidad en el proceso radicalmente distinto al actualmente vigente. Posteriormente, centrandolo en el análisis en la regulación positiva, se intentará fijar la naturaleza jurídica de la presencia de la entidad en el proceso a través de su representante, es decir, si tal presencia física tiene naturaleza de derecho, de obligación o de carga procesal, lo cual vendrá determinado, por las funciones que se encomiendan a tal representante y por las consecuencias que se ligan a su incomparecencia.

2.- Evolución legislativa de la intervención de la persona jurídica en el proceso penal. Del juicio en ausencia hacia la humanización

La forma en la que interviene la persona jurídica en el proceso penal ha sido objeto de ciertos vaivenes a lo largo de la tramitación parlamentaria de la LMAP y, en caso de que la Propuesta CPP 2013 hubiese llegado a aprobarse, dicho modelo habría cambiado radicalmente. Estos vaivenes ponen de manifiesto la incertidumbre que rodea la cuestión y la escasa madurez del debate doctrinal sobre el tema¹⁹⁹⁶, así como dificultad de adaptar un sistema procesal esencialmente antropocéntrico a las personas jurídicas. Para analizar el tema resulta útil estudiar los antecedentes legislativos del PLMAP¹⁹⁹⁷ frente a la versión finalmente aprobada y actualmente vigente de dicha regulación y, ponerlo en contraste, así mismo, con la Propuesta CPP, cuya aprobación ya ha quedado descartada, pero que aporta, en este punto, interesantes materiales para la reflexión.

La primera versión de la regulación, contenida en el PLMAP, partía de la no necesidad de corporeizar a la persona jurídica en una concreta persona física, bastando con que su presencia en el proceso fuese meramente virtual, como ficticia era su propia existencia para el Derecho. Se entendía que tal personificación o humanización no aportaba nada desde el punto de vista de las garantías del derecho de defensa y complicaba innecesariamente el proceso¹⁹⁹⁸. El modelo proyectado consistía en deslindar la representación legal y la representación en el proceso, asignando esta última al abogado y convirtiendo, a quien ostentase la primera, en prescindible y superfluo en el marco del proceso penal. De hecho, se afirmaba que, de aprobarse la ley en tales términos, lo importante sería la constitución de un punto de contacto forense, a través del abogado, dejando en sus manos la responsabilidad de recabar la información necesaria para

¹⁹⁹⁶ Expresa, muy gráficamente, esta situación DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit., diciendo que las cuestiones relativas a cómo debe personarse y como debe actuar una persona jurídica en un proceso penal no se habían debatido en la doctrina, por lo que el legislador se veía abocado a inaugurar el debate con la regulación. Y fruto de tan complejo parto, la regulación ha experimentado lo que podríamos llamar sufrimiento fetal.

¹⁹⁹⁷ BOCG. Congreso de los Diputados. 18 de marzo de 2011 (núm. exp. 121/000117).

¹⁹⁹⁸ Esta es la opinión sostenida por DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 729, para quien no aporta nada sustancialmente relevante desde el punto de vista de las garantías la presencia física del representante, y complica el proceso. “*Si la persona moral no es una persona física su presencia tampoco ha de ser física sino también moral o jurídica. No creemos que se alcancen mayores garantías estatuyendo la obligación de representar físicamente a la persona jurídica*”. Sólo se logra algo simbólico. Dicho de manera simplificada pero plástica: no es necesario que en el banquillo de los acusados se sienten tantas personas como acusados.

afrontar la defensa¹⁹⁹⁹.

En el PLMAP las personas jurídicas sólo intervenían en el proceso penal a través de sus postulantes, sin perjuicio de la posibilidad de designar a un representante *ad hoc* para que asistiese a los distintos actos procesales junto con el letrado, pero desde una posición absolutamente pasiva. Se trataba, por lo tanto, de una visión formalista de la presencia procesal de la persona jurídica, que simplificaba la personación y eliminaba la necesidad de abordar problemas como la declaración de la persona jurídica, que se consideraba incompatible con su especial naturaleza, al igual que el derecho a la última palabra. Por otra parte, en el referido proyecto, se prevenía y se neutralizaba la eventualidad de que la persona jurídica pusiera en práctica tácticas dilatorias, tales como no designar representante o que el designado no compareciese²⁰⁰⁰, en tanto que su asistencia a los distintos actos procesales era meramente facultativa y, en ningún caso, se paralizaba el proceso por su incomparecencia.

En definitiva, el PLMAP partía del carácter innecesario y casi excepcional de la presencia de la persona jurídica a través de un representante, en tanto que, como regla general, el ente actuaría en el proceso a través del abogado. La presencia de su representante en el proceso penal era entendida como contingente y vacía de contenido. De hecho, algunos comentaristas de aquella propuesta inicial señalaban que sería bastante improbable que las personas jurídicas designasen a una persona física que las encarnase para sufrir la denominada “pena de banquillo”²⁰⁰¹. Esta afirmación cobraba sentido en un contexto en el que poco o nada más que ocupar el lugar de los acusados en la Sala, y sufrir esa simbólica pena pública, tenía encomendado el representante de la entidad. Como consecuencia, la falta de designación de representante o la incomparecencia del designado resultaban irrelevantes y ajustadas a la normalidad procedimental, en tanto que no impedían la práctica de ninguna actuación procesal, ni siquiera de la primera comparecencia o del juicio oral, pero tampoco de los actos de investigación o de prueba anticipada.

Algunos autores se mostraron favorables a aquel modelo proyectado, que nunca llegó a entrar en vigor, argumentando que, prescindir de la declaración judicial del representante legal de la entidad, tanto en sede de instrucción como durante el juicio oral, no vulneraría las garantías de la persona jurídica, “*bastando la mera presencia en el proceso de una adecuada defensa y representación procesal*”²⁰⁰². Sin embargo, otros, entre los que me incluyo, señalaban que tal modelo resultaba difícilmente compatible con los estándares constitucionales de derechos y garantías procesales²⁰⁰³. De hecho,

¹⁹⁹⁹ PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit., p. 392.

²⁰⁰⁰ El PLMAP señalaba, en su art. 120.3, que fue suprimido durante la tramitación parlamentaria del texto, una regla interpretativa básica según la cual no serían aplicables a las personas jurídicas las disposiciones incompatibles con su especial naturaleza. Y, a continuación, señalaba ciertas actos o derechos que se consideraban incompatibles *ex lege* con esa especial naturaleza de los entes colectivos, tales como la declaración en calidad de imputado y acusado, el ejercicio del derecho a la última palabra y las medidas cautelares de carácter personal. Por otra parte, ni siquiera para prestar la conformidad, era precisa la presencia de un representante, en tanto que podía prestarla el procurador con un poder especial otorgado al efecto (art. 787.8 LECrim).

²⁰⁰¹ APARICIO DÍAZ, L., “Aproximación a las modificaciones...ob. cit.

²⁰⁰² ABASCAL JUNQUERA, A., “Problemas y soluciones a la imputación...ob. cit., 124.

²⁰⁰³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit.

cabe argumentar que presentaba visos de inconstitucionalidad, derivados de la afectación del derecho de defensa y del menoscabo de los esenciales principios de audiencia y contradicción, ya que partía de la regla del juicio en ausencia permitiendo, eso sí, que si el ente afectado desplegaba una conducta activa se le permitiese comparecer²⁰⁰⁴, pero de forma meramente testimonial, negándole la posibilidad de ejercitar facultades autodefensivas esenciales, tales como el derecho a ser oído en la primera comparecencia o en el juicio oral y el derecho a la última palabra²⁰⁰⁵.

Durante la tramitación parlamentaria de la referida norma se introdujeron muchos cambios de calado en el texto. De hecho, prácticamente ninguno de los preceptos finalmente introducidos en la LECrim conserva la redacción del PLMAP²⁰⁰⁶. En particular, el primer apdo. del art. 119 LECrim, referido a la citación de la persona jurídica para acudir a la primera comparecencia, dispone que la misma “*se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador (...)*”. Este precepto, si se compara con el que se preveía en el PLMAP²⁰⁰⁷, pone de manifiesto un cambio de paradigma, en tanto que el legislador, finalmente, ha decidido humanizar a la persona jurídica, requiriéndola para que designe a un representante que actúe en su nombre y por su cuenta en el proceso. Aunque tal designación y la efectiva comparecencia del representante especialmente designado siguen teniendo carácter facultativo, al menos, la regulación actual permite que el representante, designado y comparecido, intervenga activamente en las actuaciones procesales, por lo que, cabe afirmar que, esta opción resulta más respetuosa con el derecho de autodefensa del ente. En definitiva, cabe afirmar que “*lo que se preveía en el Proyecto como una posibilidad -la expresa designación de representante para su asistencia en el proceso- se torna en norma general, si bien la presencia del representante es puramente accesoria, ya que sólo devendrá absolutamente imprescindible la presencia del abogado*”, con lo que, cabe concluir que la existencia o no de un representante dependerá de la estrategia procesal

²⁰⁰⁴ PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit., p. 393.

²⁰⁰⁵ En este punto, cabe recordar que el TC ha establecido, en reiteradas ocasiones, que el derecho de defensa incluye el derecho a autodefenderse y, por lo tanto, no se agota en el derecho de representación letrada. Véanse, en este sentido, entre otras las SSTC 181/1994, de 20 de junio; 29/1995, de 6 de febrero; 93/2005, de 18 de abril; 13/2006, de 16 de enero; 258/2007, de 18 de diciembre.

²⁰⁰⁶ Sólo la regulación de la rebeldía, que es de la menos garantista y la más criticable se mantiene idéntica en el PLMAP y en la LMAP.

²⁰⁰⁷ El PLMAP establecía, en relación con esa primera citación a la persona jurídica, que la misma se haría en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de abogado y procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a su designación de oficio”. De esta forma, omitía el requerimiento a la entidad para que nombrase a un representante que actuase en su nombre y por su cuenta, limitando la actuación de la entidad a la intervención de sus postulantes. Con aquella opción legislativa, se renunciaba a la humanización de la entidad, reclamada por ciertos autores (tales como, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit. o ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.) y tildada de innecesaria por algunos otros (tales como, DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., pp. 728-733. VEGAS TORRES, J., “Problemática procesal derivada de la...ob. cit.; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 89, quien argumenta que esta personificación es redundante porque para ciertas actuaciones bastaría con el abogado (por ej. estar presente en ciertas diligencias de investigación) y para otras, la naturaleza de las personas jurídicas impide hablar de una genuina representación (por ej. formular declaraciones de conocimiento y voluntad); ABASCAL JUNQUERA, A., “Problemas y soluciones a la imputación...ob. cit., p. 124).

de la entidad²⁰⁰⁸.

En cualquier caso, la tendencia a humanizar a la persona jurídica, en el sentido de corporeizarla o personificarla, desembocó en la legislación actualmente vigente, en virtud de la cual, la comparecencia de la entidad a través de un representante defensivo, aun cuando no es obligatoria, resulta imprescindible para permitir la intervención directa de la entidad en el proceso y para mantener el paralelismo entre su actuación procesal y la de las personas físicas inculpadas. En contra de esta tendencia humanizadora se pronuncia, claramente, DEL MORAL GARCÍA, para quien no aporta nada sustancialmente relevante la presencia física del representante, toda vez que *“si la persona moral no es una persona física su presencia tampoco ha de ser física sino también moral o jurídica”*. El autor huye de esta forma de lo que él mismo denomina *“ficción antropomórfica”* afirmando que *“designar una persona física sobre la que colgar el rol de persona jurídica acusada buscando la perfecta simetría con el acusado individual ni es necesario ni comporta ninguna ventaja”*²⁰⁰⁹. Sin embargo, entiendo que la participación de un representante *ad hoc*, distinto del letrado de la entidad, que exteriorice la voluntad de la misma, constituye una exigencia del derecho de autodefensa que, como a todo inculpado, ha de asistir, igualmente, a la persona jurídica, en su condición de parte pasiva del proceso penal. Y es que, la falta de un representante que integre la capacidad procesal del ente inculpado, impide que éste participe en un modelo procesal de corte claramente antropomórfico, con la consiguiente pérdida de las posibilidades de realizar alegaciones o de participar, directamente, en la práctica de la prueba.

El cambio de tendencia que opta por personificar a la entidad en la figura de su representante va a condicionar la forma de intervención y participación del ente en todos y cada uno de los actos procesales, influyendo de forma decisiva en el alcance de sus facultades autodefensivas. El legislador, ha optado, finalmente, por esta personificación, común en Derecho extranjero, que le sirve también para hacer patente su voluntad de dotar de plenas garantías a la persona jurídica, otorgándole un estatuto jurídico-procesal asimilado al de cualquier sujeto pasivo del proceso penal²⁰¹⁰. En este sentido, merece la pena destacar que, con la regulación actual, al contrario de lo que ocurriría con la versión del proyecto inicial, la persona jurídica, a través de su representante especialmente designado, puede declarar como investigada en la instrucción (art. 409 bis LECrim) y como acusada en el juicio oral, si se propone y admite tal prueba, así como ejercer el derecho a la última palabra (art. 786 bis LECrim). Por otra parte, la prestación de la conformidad también debe ser realizada por este representante defensivo que ha de contar con un poder especial a tal fin (art. 787.8 LECrim).

En vista de las funciones que se le atribuyen, resulta evidente que la regulación actual

²⁰⁰⁸ GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 16.

²⁰⁰⁹ “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 745. En la misma línea, crítica con la personificación de la entidad, el autor continúa diciendo *“No creemos que se alcancen mayores garantías estatuyendo la obligación de representar físicamente a la persona jurídica”*, lo cual, sólo lograría algo simbólico. *“Dicho de manera simplificador pero plástica: no es necesario que en el banquillo de los acusados se sienten tantas personas como acusados”*.

²⁰¹⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 90.

concede cierto protagonismo al representante de la persona jurídica inculpada, en tanto que, a su designación y a su efectiva comparecencia, se condiciona el ejercicio de relevantes derechos procesales (como el derecho a la autodefensa, en general, y el derecho a la última palabra, en particular), así como la realización de ciertos actos personalísimos (señaladamente, la prestación de la conformidad). Pero su presencia no deja de ser contingente, en la medida en que su ausencia no obstaculiza la continuación del proceso. En este sentido, la Ley recuerda, insistentemente, que ni la falta de designación de representante ni la incomparecencia del que haya sido especialmente designado impedirán la celebración de la primera comparecencia, el desarrollo de los actos de investigación y prueba anticipada que autorizan o requieren la presencia del investigado o la celebración del juicio oral, desarrollándose tales actuaciones con el abogado defensor y, en su caso, con el procurador²⁰¹¹.

Por su parte, en la Propuesta CPP, último intento frustrado de aprobar un CPP que sustituya a la decimonónica LECrim, la regulación de la representación de la persona jurídica en el proceso penal sufre un giro copernicano. La propia Exp. Mot. de ese texto prelegislativo reconoce que *“en lo concerniente a la representación en juicio de las personas jurídicas, el Código introduce un cambio radical respecto a la solución que se había adoptado en la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011, de 11 de octubre”*. Este cambio implica que, *“frente al modelo de la admisión de la ausencia voluntaria de la representación de la persona jurídica del proceso y su posible actuación a través del Letrado de la defensa, se ha considerado conveniente asegurar la comparecencia de la persona jurídica en juicio mediante apoderado especial (...)”*²⁰¹². De hecho, esta propuesta normativa, que finalmente no llegó a tramitarse durante la legislatura, especificaba qué concretas personas debían asumir el papel de representante procesal de la entidad y disponía que, en caso de incomparecencia injustificada, tras haber sido citados, tales sujetos fueran detenidos y conducidos por la fuerza ante la autoridad judicial.

²⁰¹¹ Se hace evidente la preocupación del legislador por evitar maniobras dilatorias por parte de la entidad. En orden a evitar la paralización del proceso ante la pasividad de la empresa, la LECrim establece que la falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el abogado y procurador (art. 119.1.a) LECrim), que la inasistencia del representante especialmente designado al acto de la primera comparecencia en la que se le comunica la imputación determinará la práctica de la misma con el abogado de la entidad (art. 119.1.b) LECrim), que los actos de notificación que hayan de practicarse con posterioridad al primero se realizarán a través del procurador, aun cuando sean de carácter personal (art. 119.1.d) LECrim), que la incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el Abogado defensor (art. 120.2 LECrim). En relación con la primera declaración como investigado también se establece que la incomparecencia de la persona especialmente designada determinará que se tenga por celebrado ese acto, entendiéndose que la entidad se acoge a su derecho a no declarar (art. 409 bis II LECrim). En el marco del juicio oral la Ley es aún más tajante en tanto que establece que la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá *en ningún caso* la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del abogado y el procurador de ésta (art. 786 bis 2 LECrim).

²⁰¹² Exp. Mot. de la Propuesta CPP, apdo. III A).

3.- El representante especialmente designado. Naturaleza de la relación representativa, estatuto jurídico y funciones del representante defensivo

3.1.- Naturaleza de la relación representativa y estatuto jurídico del representante

El representante de la persona jurídica inculpada ocupa una posición singular y novedosa en el proceso penal, en tanto que, mientras sólo las personas físicas podían ser responsables penales, el sujeto pasivo del proceso penal siempre había actuado por sí mismo, sin intermediarios y sin admitirse que lo hiciese a través de un representante. Sin embargo, al extender la responsabilidad penal a las personas jurídicas, en orden a posibilitar su actuación procesal, debe admitirse la representación en el lado pasivo de la relación jurídico-procesal penal dado que, las personas jurídicas actúan siempre a través de sus órganos o de sus representantes, por exigencia de su especial naturaleza incorpórea.

Por lo tanto, la relación que se establece entre la persona jurídica inculpada y su representante defensivo, designado para actuar por ella en el proceso penal, es novedosa. Al referirse la LECrim al *representante especialmente designado* para actuar en su nombre, tal expresión parece evocar una relación de representación voluntaria, fundamentada en un apoderamiento *ad hoc* para actuar en el proceso. De hecho, la ley no señala qué concreta persona debe desempeñar tal función. En este sentido, la solución más garantista, y técnicamente más correcta, parece ser la de exigir al representante, aun cuando se trate del representante legal o se encuentre integrado en los órganos de la entidad, la exhibición de un poder especial para actuar en el proceso penal en nombre del ente. Esto se debe a que la representación de la persona jurídica en el proceso tiene una finalidad y contenido diferentes al que corresponde a su representante legal en el tráfico jurídico general²⁰¹³.

La doctrina diferencia, entre los intervinientes en el proceso penal, a las partes de otros sujetos procesales²⁰¹⁴. Un intento de encuadrar al representante de la persona jurídica en una de estas dos categorías pone de manifiesto su posición *sui generis* en el proceso. Así pues, parece que el representante de la entidad, formalmente, se asemejaría más a una parte²⁰¹⁵ porque, aunque no se enjuicia responsabilidad individual, procesalmente, su función consiste, precisamente, en ejercer los derechos de la parte pasiva del proceso penal que, por su naturaleza ontológica, no puede actuar por sí misma.

²⁰¹³BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2011)...ob. cit.; Del mismo autor “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2012)...ob. cit., p. 369; En idéntico sentido se pronuncia HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

²⁰¹⁴MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso*...ob. cit., p. 20.

²⁰¹⁵En opinión de GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 208, el representante legal de la persona jurídica tendrá en el juicio oral el estatus de parte procesal.

Sobre el representante defensivo se ha dicho que ostenta por subrogación derechos inculpativos²⁰¹⁶ o que asume el papel de sujeto procesal subrogado, para el ejercicio de los derechos que asisten a la persona jurídica²⁰¹⁷, siendo esta última la única o auténtica parte procesal, en tanto que sólo a ella se extenderían los efectos de la futura sentencia penal que se dicte. En esta línea, se afirma que, “*en cuanto al status de la persona física designada por la persona jurídica para actuar como su representante en el proceso penal, ha de partirse de la premisa de que, en sí mismo, no es parte del proceso, pues esa condición la ostenta la persona jurídica representada; por eso no puede ser objeto de detención, ni de prisión preventiva, ni de cualesquiera otras medidas cautelares, sean de índole personal o patrimonial, y, en caso de inasistencia a algún acto del proceso, no podrá ser ni llevado por la fuerza, ni conminado de otro modo a asistir; pues su ausencia no es óbice para el desarrollo de aquel*”²⁰¹⁸. Ahora bien, su condición de “no-parte” no es óbice para afirmar que debe contar con las garantías propias de los acusados²⁰¹⁹ en la medida en que actúe en nombre de la corporación, y a los solos fines de garantizar los derechos procesales de ésta última²⁰²⁰.

Dicho esto, parece necesario determinar el estatuto jurídico que correspondería al representante especialmente designado por la entidad, es decir, establecer cuál es su posición, procesal y cuáles son, por lo tanto, sus derechos y sus deberes, así como sus cargas y sus posibilidades de actuación. Para tratar esta cuestión, hay que tomar en consideración, en primer término, el evidente solapamiento, al menos parcial, que se produce entre el estatuto procesal de la persona jurídica inculpada y el de la persona física designada para su representación en la causa²⁰²¹. En este sentido, hay que partir de la base de que el estatuto jurídico de quien viene llamado a representar al ente inculcado, ocupando su posición en el proceso, habrá de ser muy semejante al del investigado, encausado y/o acusado, aun cuando la imputación y/o acusación, evidentemente, no se dirijan frente a este sujeto, sino frente a su representada.

En este punto, puede resultar conveniente realizar un análisis sobre la naturaleza de la posición ocupada por el representante defensivo, a través del examen de su papel en el proceso, en tanto que encargado de ejercer las prerrogativas defensivas personales por cuenta de la persona jurídica inculpada. Los caminos disponibles, en abstracto, por el legislador eran dos: de un lado, aproximar la figura del representante del ente a la del testigo y, de otro lado, parificarlo *tout court* al imputado²⁰²².

La equiparación con el testigo es la modalidad por la que parece haber optado, por

²⁰¹⁶ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

²⁰¹⁷ GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 17.

²⁰¹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., pp. 90-91; Del mismo autor “Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., p. 63

²⁰¹⁹ ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas*...ob. cit., p. 105; En esta línea se pronuncia, así mismo, la FGE, Circular 1/2011, p. 83, al señalar que el legal representante de la persona jurídica que no haya sido imputado personalmente y actúe en el procedimiento penal en nombre de la entidad, no tendrá la condición de imputado pero, formalmente, gozará de las garantías propias del mismo.

²⁰²⁰ FGE, Circular 1/2011, p. 83.

²⁰²¹ MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 66.

²⁰²² FIDELBO, G., “Introduzione di un sistema di responsabilità penale (o amministrativa) delle persone giuridiche e ricadute sul piano processuale”, *Cassazione penale*, 1999, pp. 3283 y ss.

ejemplo, el modelo francés que, en el art. 706-44 CPP, dispone que el representante de la persona jurídica no puede ser sometido a ninguna medida coercitiva distinta de las aplicables a los testigos. Tal identificación entre el testigo y el representante de la entidad ha provocado ciertas contradicciones en la jurisprudencia francesa ya que si la persona física llamada a actuar en lugar de la persona jurídica ejercita, a nivel procesal, los derechos defensivos que el sistema reserva al ente imputado, es contradictorio constreñir a tal representante a comparecer forzosamente y a pagar una multa en el caso de que no cumpla con tal obligación, así como, evidentemente, a prestar juramento a la hora de declarar ante la Corte de Justicia²⁰²³. El modelo italiano, por su parte, establece un régimen híbrido. En este sentido, la *Relazione* al D. Lgs 231 dice que la asimilación al imputado viene efectuada con referencia al ente en cuanto tal, no a su representante legal, para el cual está previsto un régimen peculiar que no lo excluye de las garantías reservadas al imputado, pero que, en ciertos casos, lo considera como un testigo.

En España, existe unanimidad en la doctrina, y también, en este punto, meridiana claridad en la ley, en cuanto al reconocimiento, a quien asume la representación de la persona jurídica en el juicio oral, del conjunto de derechos y garantías que asisten al acusado, por tanto, tal sujeto podrá negarse a declarar contra la persona jurídica y abstenerse de confesar su culpabilidad²⁰²⁴. En este sentido, GASCÓN INCHAUSTI afirma que “*el representante de la persona jurídica es la herramienta o el instrumento para la actuación de ésta como sujeto pasivo del proceso penal y, por ello le corresponde al representante hacer valer los derechos y garantías que esta tiene reconocidos*”²⁰²⁵. Así pues, como portador y valedor de los derechos y garantías de la persona jurídica imputada o acusada, no cabe imponerle deberes o cargas, como persona física, que contravengan tal condición²⁰²⁶. Por eso no debe atribuírsele, de forma general, la condición de testigo, en tanto que ello supondría considerarlo ajeno a las partes y, sobre todo, porque implicaría atribuirle la obligación de declarar y de decir la verdad²⁰²⁷.

Como representante de la persona jurídica debe entenderse que hace uso de este derecho de no autoincriminación, no en nombre propio, sino en nombre y representación de la persona jurídica. Ahora bien, a pesar de que la Ley no ha contemplado el estatuto personal del representante, persona física, es preciso reconocer que también gozará de este derecho en su propio interés, cuando, llegado el caso, pueda verse en la tesitura de responder a una pregunta que pudiera incriminarle personalmente²⁰²⁸. De otro modo, se negaría este derecho fundamental a su titular natural y primigenio que es la persona humana, en tanto que sujeto pasivo del proceso penal.

²⁰²³ Según indica VARRASO, G., “La partecipazione e l’assistenza della persona...ob. cit., pp. 235-236, así lo viene interpretando, igualmente, la jurisprudencia, afirmando que el representante legal de una sociedad investigada no debe prestar juramento, sino que debe ser escuchada sólo como persona informada de los hechos (sentencia del Tribunal de Versalles de 19 de diciembre de 1995 citada por el autor)

²⁰²⁴ ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada...ob. cit., p. 263.

²⁰²⁵ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., p. 63; Del mismo autor *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 91

²⁰²⁶ Ídem.

²⁰²⁷ Ídem.

²⁰²⁸ MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 72, nota 17.

En definitiva, el estatuto jurídico procesal del representante de la entidad debe ser coherente con la función que se le atribuye en el proceso, que no es otra que la de ejercer los derechos, cumplir con las cargas y aprovechar las oportunidades que el ordenamiento jurídico procesal otorga al investigado, encausado o acusado en las sucesivas fases del proceso penal. Concretamente, en el juicio oral, la finalidad última de que la entidad se haga representar por una persona humana consiste en lograr un mejor ejercicio de su derecho de defensa (art. 786 bis LECrim). En este sentido, al representante defensivo se le atribuye lo que podría denominarse un *estatus funcional*, es decir, un estatuto jurídico particular en atención al cargo o a la función que viene llamado a desempeñar en el marco del proceso penal.

Obviamente “*la persona física en la que se corporice la persona jurídica en su defensa no la individualiza en el momento de la imposición de la responsabilidad y ejecución del castigo*”²⁰²⁹. Consecuentemente, el representante de la entidad no puede ser sometido a medidas cautelares, personales ni reales, en tanto que no procede que se le dé el tratamiento de sujeto pasivo del proceso penal, puesto que no es sospechoso de haber contraído responsabilidad penal alguna²⁰³⁰. Evidentemente, no cabría acordar la prisión provisional, ni la libertad bajo fianza del representante del ente²⁰³¹. Sin embargo, no es tan evidente que no pueda ser sometido a otras medidas menos restrictivas, al igual que pueden serlo los testigos, a los que tampoco se atribuye responsabilidad penal alguna. En este sentido, se observa que, el hecho de que no esté siendo personalmente investigado ni haya sido encausado o acusado no obsta para que quepa requerir su comparecencia a través de multas coercitivas, en la forma prevista para un testigo. Ahora bien, dado que no se trata de un testigo y que la ley no prevé esta posibilidad para el representante defensivo, es preciso concluir que, al igual que ocurre con cualquier disposición sancionatoria o restrictiva de derechos, no cabe su aplicación analógica o extensiva²⁰³², con lo que, a tal fin, sería preciso una intervención del legislador previendo, expresamente, tal posibilidad.

El legislador omite clarificar la intervención que el órgano jurisdiccional puede tener sobre los representantes legales de la persona jurídica inculpada²⁰³³. Tal omisión resulta coherente con el sistema de ausencia voluntaria dispuesto por la ley, según el cual, la designación del representante defensivo constituye una mera facultad de la entidad que puede ser juzgada, en todo caso, en ausencia, lo que hace innecesario prever mecanismos para forzar la comparecencia del representante²⁰³⁴. Es decir, al ser posible

²⁰²⁹ Continúa diciendo JUANES PECES, A., “Necesidades en la regulación procesal...ob. cit., p. 40, “*así pues no recibirán los defensores de la entidad el trato de los caballeros templarios, que intentaron exculpar a su orden cuando se la enjuiciaba, tras ser invitados a hablar a su favor, y fueron de inmediato conducidos a la hoguera como herejes impenitentes*”.

²⁰³⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 960.

²⁰³¹ VEGAS TORRES, J., “Problemática procesal derivada de la...ob. cit.

²⁰³² CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 960.

²⁰³³ Cfr. PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit.

²⁰³⁴ Por su parte, la Propuesta CPP 2013 señalaba que siempre que la Ley previese la comparecencia o intervención del encausado en algún acto procesal, la persona jurídica tendría que comparecer obligatoriamente a través de su representante, que según el modelo contenido en aquel texto sería, en caso de existir, el *compliance officer*. En su defecto, el que hubiese designado libremente la entidad. Y, ante la pasividad de la misma, el que ostentase el mayor poder de decisión en el seno de la organización. Si tal sujeto, una vez determinado, no compareciese injustificadamente a los actos para los que hubiese sido citado, podría acordarse su detención y su comparecencia forzosa (art. 51.3º Propuesta CPP). Solución, esta última, que resultaría coherente con el modelo de intervención de la persona jurídica dispuesto en la

realizar el acto de imputación y cualquier otro acto procesal, incluidos los de prueba anticipada o el propio juicio oral, con la sola presencia del abogado defensor, “*se obvia la necesidad de articular medidas compulsivas contra su representante, para garantizar su presencia en actuaciones que preceptivamente exigen la personación del imputado o acusado*”²⁰³⁵.

Por otra parte, también hay que tener en cuenta que la ley no individualiza en una concreta persona física al representante defensivo del ente por lo que, en caso de que se estableciesen medidas intensas de sujeción al proceso para tal sujeto, señaladamente, la posibilidad de detenerle y conducirlo, por la fuerza, ante el órgano judicial, tales medidas coercitivas vincularían a quien libremente escogiese el ente para su representación que, voluntariamente, debería haber aceptado el cargo. Pues bien, la “fungibilidad” del representante, derivada de su indeterminación legal, dificulta que se le impongan deberes personales u obligaciones de actuación dado que, en principio, nada impide al representante defensivo renunciar a su cargo.

A mayor abundamiento, parte de la doctrina considera desproporcionada la adopción de cualquier tipo de medida coercitiva frente al representante. En este sentido, se afirma que “*la posición procesal de este declarante no es la propia del imputado porque contra él no hay acusación; ni la del testigo porque no se le puede tomar juramento ni advertir del delito de falso testimonio y del deber de decir verdad; tampoco cabría indagar sobre su razón de ciencia, porque no necesariamente ha de conocer los hechos por sí mismo. Por tanto, el representante tendría el deber de comparecer pero no el de declarar. Ahora bien, sino comparece al llamamiento nos resultaría desproporcionado, aunque estuviera justificada legalmente, una orden de detención, cuya consecuencia sería presentar ante el juez a una persona física no acusada y con derecho a guardar silencio*”²⁰³⁶. Desde esta perspectiva, cabe argumentar que las consecuencias del incumplimiento de las cargas del sujeto pasivo del proceso deben atribuirse directamente a la entidad inculpada. En este sentido, resultaría desproporcionado dirigir al representante las mismas conminaciones que, en el proceso penal, se regulan respecto de las personas individuales sobre las que recae la imputación, ya que se estaría desplazando sobre aquel una carga procesal que, en realidad, debe ser soportada por la persona jurídica, en tanto que sujeto pasivo del proceso²⁰³⁷. En su lugar, podría optarse por imponer, por ejemplo, multas o apremios coercitivos a la entidad hasta que su representante compareciese en el proceso²⁰³⁸.

referida propuesta de regulación, en tanto que la presencia de la entidad a través de un representante se configuraba como una obligación y no como una carga.

²⁰³⁵ MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., pp. 65-66.

²⁰³⁶ ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada...ob. cit., p. 264.

²⁰³⁷ ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...ob. cit.; En el mismo sentido, CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 960, sostiene que el incumplimiento de las cargas procesales por parte del representante se ha de imputar a la persona jurídica a quien representa; En la misma línea se pronuncia HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.

²⁰³⁸ En esta línea, PEDRAZ PENALVA, E.; PÉREZ GIL, J.; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N., “Aspectos procesales de la reforma del código penal...ob. cit., p. 25, proponían de *lege ferenda* establecer medidas de carácter coercitivo (multas y apremios pecuniarios) con el fin de vencer una eventual resistencia a designar a la persona física que haya de comparecer procesalmente por la persona jurídica imputada, siguiendo el modelo establecido en la LECiv para conminar al ejecutado a realizar ciertas actividades ejecutivas (art. 589 LECiv), respecto a las decisiones del administrador judicial (art. 676 LECiv), condenas

Sin embargo, otra parte de la doctrina científica, admitiría que la ley previese ciertas compulsiones procesales que reforzasen la obligación personal de comparecencia del representante, aunque en ningún caso deberían traspasar las previstas para un testigo (multas o conducción obligada)²⁰³⁹. En este línea, MAZA MARTÍN considera, a mi modo de ver acertadamente, que la detención del representante no compareciente, cuando ha sido personalmente citado, resulta proporcionada, en tanto que se fundamenta en un claro acto de desobediencia a la autoridad judicial, cuyas consecuencias serán análogas a las que se irrogan a quien, de forma injustificada, desatiende un mandato del Juez, siempre que, por supuesto, se haya formulado el correspondiente apercibimiento previo al sujeto en cuestión²⁰⁴⁰.

Se observa, además, que la mayor parte de los ordenamientos extranjeros admiten la adopción de ciertas medidas coercitivas en contra del representante de la entidad. Así, la legislación francesa establece que el representante de la persona jurídica no puede ser sometido a ninguna medida coercitiva distinta de las aplicables a los testigos (706.44 CPP francés), lo cual implica que puede ser conducido por la fuerza sino comparece al llamamiento judicial. Por su parte, la ley chilena permite someterlo a medidas coercitivas más severas, en tanto que, si ha sido citado para comparecer a una audiencia ante el tribunal y no acude injustificadamente, se podrá ordenar su arresto hasta la celebración de la audiencia, que habrá de tener lugar en un plazo máximo de veinticuatro horas desde la privación de libertad (art. 23. I Ley 20.393). En la misma situación, la legislación alemana permite al tribunal ordenar que sea conducido por la fuerza (párrafo 433.2 StPO). No ocurre así con la legislación italiana, la cual parte, al igual que la vigente regulación española, de un sistema de ausencia voluntaria, en el que la participación a través de un representante constituye una carga para la entidad.

Tal y como se indicó *ut supra*, en la regulación española no se prevén medidas coactivas para forzar la presencia de la persona jurídica en el proceso a través de su representante, ni frente a la persona jurídica, ni frente al representante especialmente designado. En un sistema distinto, como el previsto en la Propuesta CPP, en el que no se admite la ausencia voluntaria del representante del ente, cabe preguntarse si localizados los administradores sociales y citados en forma, la reacción del ordenamiento jurídico ante su incomparecencia debiera ser la prevista para los testigos o para los imputados²⁰⁴¹. Pues bien, en relación con los testigos el art. 420 de la LECrim prevé, como consecuencias ante su incomparecencia, la posibilidad de imponerles una multa, de conducirlos por la fuerza ante la justicia y de imputarles, en su caso, un delito de obstrucción a la justicia (art. 463.1 CP). Tratándose de la persona a la que se imputa un acto punible, el art. 487 LECrim prevé la posibilidad de detención y conducción obligada, sin que quepa imputarles infracción alguna, ni imponerles ninguna sanción, por tal comportamiento, si bien, tal incomparecencia a una citación judicial podría, en este caso, servir de indicio para fundamentar la existencia de cierto riesgo de fuga que cabría neutralizar con la adopción de ciertas medidas cautelares personales, tendentes a

a un hacer personalísimo (709 y ss. LECiv); pero también a otros sujetos que deban colaborar (art. 591 LECiv).

²⁰³⁹ MUÑOZ YANGÜELA, B., "Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 20.

²⁰⁴⁰ MAZA MARTÍN, J. M., "Derechos de la persona jurídica imputada...ob. cit.

²⁰⁴¹ GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., "Cuestiones procesales en torno a...ob. cit., p. 92.

asegurar la celebración del juicio y la ejecutabilidad de las penas que, eventualmente, se le impongan si resulta condenado.

Pues bien, siendo el representante, en principio, un tercero en lo que a la relación delictiva se refiere, es decir, al no recaer sobre él sospechas o indicios de responsabilidad criminal, parece necesario establecer como límite máximo a las restricciones de sus derechos las medidas previstas para los testigos²⁰⁴². Así, cabe señalar que al representante del ente no cabría imponerle ciertas medidas restrictivas de derechos que sólo procede acordar frente al sujeto pasivo del proceso penal en su condición de tal, tales como las medidas cautelares personales preordenadas a asegurar su sujeción a la justicia y a neutralizar el riesgo de fuga, en tanto que tales injerencias o limitaciones de derechos sólo se justificarían y se legitimarían en relación con quien puede terminar siendo penalmente condenado. Por lo tanto, el límite máximo vendría dado por las actuaciones que se permiten en relación con los testigos, es decir, cabrían medidas coercitivas, tales como multas, conducción obligada ante la autoridad o, incluso, la amenaza penal de incurrir en un delito de obstrucción a la justicia (art. 420 LECrim)²⁰⁴³.

La adopción de tales medidas coercitivas frente al representante de la entidad no resulta, en principio, desproporcionada, en tanto que, tal representante no sería detenido por su relación con los hechos, sino por protagonizar un acto de desobediencia, al desatender, injustificadamente, el llamamiento judicial que se la ha dirigido personalmente. Además, no se trata de una medida extraña a nuestro sistema procesal. Si un testigo, que ha sido citado y no comparece, puede ser conducido por la fuerza ante el tribunal, con más motivo podrá serlo el representante de la persona jurídica imputada, que, además, en el caso del *compliance officer* o del representante libremente designado por la entidad, habrá aceptado asumir la representación de la persona jurídica inculpada en el proceso penal.

Otra cuestión será determinar si hay necesidad de que tal representante esté presente en todos los actos en los que, como regla general, interviene el investigado, el encausado o el acusado. Quizás para llevar a cabo la primera comparecencia en la que se traslada a la persona jurídica la imputación y la información de garantía, sí que estaría justificada la conducción por la fuerza del representante, como medida garantizadora del conocimiento del proceso por parte de la entidad encausada. Pero, posteriormente, para las diligencias de investigación, para los actos de prueba anticipada o, incluso, para la celebración del juicio oral, salvo que se determinase la necesidad de su examen a efectos de la investigación o la prueba de los hechos, en cuyo caso sería llamado como testigo y no podría ocupar el cargo de representante defensivo, se debería dejar libertad a la persona jurídica para decidir si comparece a través de su representante o no, en tanto que lo que está en juego es su derecho de autodefensa que es, en todo caso, de ejercicio facultativo. Para conducir al representante de la entidad por la fuerza ante la

²⁰⁴² Esta es la solución dispuesta en el art. 706.44 CPP francés.

²⁰⁴³ DEL MORAL GARCÍA, A. "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 729; Esta era, precisamente, la opción por la que se inclinaba la Propuesta CPP 2013 al disponer que el representante que, debidamente citado, no compareciese, injustificadamente, al acto en cuestión, podría ser detenido y conducido forzosamente ante el juez (art. 51.3º Propuesta CPP).

autoridad judicial deberá motivarse la necesidad de su intervención en el acto procesal correspondiente, y de ello dependerá la proporcionalidad de la medida. Cabe recordar, en este punto, que las medidas restrictivas de derechos han de ser, en todo caso, idóneas, necesarias y proporcionadas al fin que con ellas se persigue. Consecuentemente, para acordar la detención del representante defensivo de la entidad, con la consiguiente restricción de su libertad deambulatoria, habrá que diferenciar aquellos actos en los que la presencia del representante es necesaria de aquellos otros en los que resulta innecesaria o inidónea para el fin perseguido por el acto en cuestión²⁰⁴⁴.

En definitiva, parece adecuado que aquellos actos que requieren o autorizan la presencia del sujeto pasivo del proceso penal, sean protagonizados por el representante de la persona jurídica y no por su abogado, ya que es aquél el encargado de materializar y manifestar la voluntad social así como de ocupar el espacio autodefensivo del ente, mientras que el letrado debiera limitar su actuación a cumplir con el deber de asistencia técnica propio de su función²⁰⁴⁵. Ahora bien, no hay que olvidar que la presencia del representante en tales actos constituye, como norma general, una carga para el ente inculpado, esto es, un imperativo de su propio interés, cuyo cumplimiento le permitirá aprovechar las posibilidades defensivas y alegatorias correlativas a tal carga²⁰⁴⁶, pero sin que su presencia se configure como una obligación, en la medida en que la continuación del proceso no se hace depender de tal eventualidad.

3.2.- Las funciones del representante defensivo. El aprovechamiento de las posibilidades de autodefensa y otros actos personalísimos

El actual sistema de ausencia voluntaria, en el que la persona jurídica puede designar a un representante para que actúe por ella en el proceso, pero sin que tal designación sea obligatoria, y sin que la incomparecencia del representante constituya óbice alguno para la continuación del enjuiciamiento, puede ser explicado atendiendo a las funciones que

²⁰⁴⁴ Sobre el fin como elemento justificativo de las injerencias o el denominado principio de justificación teleológica, véase GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales...* ob. cit., pp. 99-104. En opinión del autor, el fin de toda injerencia en los derechos fundamentales ha de ser constitucionalmente legítimo y socialmente relevante. Pues bien, la razón aducida por la Exp. Mot. de la Propuesta CPP 2013 para introducir la medida procesal de detención del representante en caso de incomparecencia injustificada, basada en asegurar que las personas jurídicas se tomasen en serio la investigación y la prueba de los hechos por los que resultasen encausadas, no resulta admisible. Resultando positivamente valorable la intención del legislador, no parece procedente restringir la libertad deambulatoria de un individuo, aun cuando sea el directivo de una empresa encausada, para dotar a la ley penal de una apariencia de seriedad que, en mi opinión, debiera lograrse por otras vías.

²⁰⁴⁵ Por el contrario, en el PLMAP, tales actos, o bien se prohibían a la entidad por entenderse incompatibles con su naturaleza, o bien se entendían directamente referidos al abogado defensor o al procurador, dejando al representante en un segundo plano, lo cual denotaba una evidente confusión entre las dos facetas del derecho de defensa, esto es, la defensa técnica y la autodefensa, así como un cierto menosprecio hacia esta última.

²⁰⁴⁶ El concepto de carga procesal se puede ver en GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936, p. 84, quien afirma que “*como la carga es un imperativo del propio interés no hay frente a ella derecho del adversario o del Estado. (...) En cambio, existe una relación estrecha entre las cargas procesales y las posibilidades, es decir, los derechos procesales de la misma parte, porque cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida*”.

se atribuyen a tal individuo. Tales cometidos vienen a constituir, de ordinario, facultades o posibilidades de actuación facultativas, cuya contrapartida es el cumplimiento de ciertas cargas procesales²⁰⁴⁷, consistentes en la designación de un representante y en su efectiva comparecencia a los actos que permiten o exigen la asistencia y la participación del inculpado. En este sentido, el cumplimiento de tales cargas aparece preordenado al aprovechamiento de ciertas oportunidades de actuación en el marco del proceso²⁰⁴⁸, señaladamente, de las posibilidades de autodefenderse del acusado, que pueden situarse en una posición más favorable en relación con la sentencia que vaya a dictarse²⁰⁴⁹, así como a la realización de determinadas actuaciones procesales de carácter personalísimo, es decir, actos, todos ellos, que, de ordinario, debe realizar personalmente el sujeto pasivo del proceso sin posibilidad de intermediación²⁰⁵⁰.

Pues bien, entre los cometidos que corresponde desempeñar a este representante, como ya se ha referido anteriormente, destaca el ejercicio del derecho de autodefensa, titularidad de la persona jurídica inculpada, tanto durante los actos de la instrucción como durante la vista oral. Así, tal representante debe poder intervenir en las diversas diligencias de investigación, tales como inspecciones oculares, interrogatorio de testigos, entrada y registro e interceptación de comunicaciones, para alegar lo que convenga al derecho de defensa de su representada. Igualmente, deberá dársele la oportunidad de intervenir en la práctica de la prueba anticipada o preconstituida, para garantizar la posibilidad de contradicción²⁰⁵¹. También podrá declarar cuantas veces quisiere ante el Juez de Instrucción que deberá recibirlo inmediatamente si su declaración tuviese relación con la causa (art. 400 LECrim). Posteriormente, durante el juicio oral, podrá intervenir en la práctica de la prueba, en orden a asegurar que el material probatorio llega al juzgador, pasando por el tamiz contradictorio que impregna esta fase del proceso penal. Asimismo, además de los actos de alegación, al

²⁰⁴⁷ Según SENTÍS MELENDO, S., “Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes”, pp. 997-1013, p. 999, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art23.pdf>, la carga es una facultad.

²⁰⁴⁸ GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso...* ob. cit., p. 84.

²⁰⁴⁹ En este sentido, afirma VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...* ob. cit., pp. 237-238, que los derechos que asisten al imputado tienen un aspecto de carga para él, lo cual ha sido señalado por la doctrina en relación con el derecho de defensa en general. En este sentido, el ejercicio o no ejercicio de los derechos a intervenir en la causa y a no colaborar con la acusación, comportaría, para el imputado, el riesgo correspondiente en relación con la “perspectiva” o “expectativa” procesal.

²⁰⁵⁰ En este sentido, el art. 120 LECrim, introducido por la LMAP, establece en su párrafo 1º que “*las disposiciones (...) que requieren o autorizan la presencia del imputado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de ésta*”. Sin embargo, en el párrafo 2º aclara que “*la incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el Abogado defensor*”. Según GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...” ob. cit., p. 21, tal precepto “*busca acomodar de forma general las previsiones que en la Ley Procesal se contienen en cuanto al derecho u obligación que el imputado tiene a estar presente en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada a la peculiar situación de las personas jurídicas, autorizando a que estas puedan estar presentes y participar en las mismas mediante el representante especialmente designado acompañado del letrado*”. Por otra parte, para la fase de juicio oral, dispone el art. 786 bis 1 LECrim que “*cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados*”.

²⁰⁵¹ Sobre el requisito de la contradicción en la práctica de la prueba anticipada y preconstituida véase GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal...* ob. cit., pp. 419-421.

representante le corresponde protagonizar ciertos actos de comunicación, en tanto que punto de contacto, junto con los postulantes, entre el órgano judicial y los órganos de la persona jurídica. Además, le corresponderá la realización de determinados actos personalísimos que solo el representante especialmente designado puede formalizar, como sería el caso de la prestación de la conformidad²⁰⁵², el interrogatorio de parte o el ejercicio del derecho a la última palabra, como manifestación de la autodefensa.

En relación con las facultades de autodefensa destacan las declaraciones que podrá prestar en nombre de la entidad, tanto en la instrucción, particularmente en la primera comparecencia, como en el juicio oral, siempre que su declaración sea propuesta y admitida como prueba. Pero además, también son manifestaciones del derecho a autodefenderse o, al menos, posibilidades para su ejercicio, las alegaciones que puedan hacerse en las diligencias de investigación que requieren o autorizan la presencia del investigado, así como durante la práctica de la prueba anticipada, en la preceptiva vista previa a la adopción de medidas cautelares y en ejercicio del derecho a la última palabra por parte del acusado²⁰⁵³. En este punto, vale la pena recordar que el representante no ejercita ningún derecho propio, ni actúa en interés propio, sino que su misión es ejercitar los derechos, cumplir las cargas y aprovechar las oportunidades autodefensivas de la persona jurídica en tanto que parte pasiva del proceso penal. En definitiva, la finalidad de su actuación es cubrir el espacio autodefensivo que corresponde a la entidad, inicialmente como investigada y, posteriormente, como encausada y acusada.

En cuanto a los actos de comunicación, se ha dicho que correspondería al representante defensivo, en primer lugar, la designación de un domicilio para notificaciones y, en segundo, la recepción de cualquier clase de requerimiento personal dirigido a la entidad inculpada, así como de aquellas comunicaciones o resoluciones que reclamen, para su eficacia, la notificación personal²⁰⁵⁴. Sin embargo, la LECrim ha sustituido la designación de domicilio por la del procurador, atribuyendo a tales profesionales el cometido de recibir toda clase de notificaciones dirigidas a la entidad inculpada, incluidas las de carácter personal (art. 119.1 d)). Consiguientemente, a los representantes legales sólo les corresponderá recibir la citación para la primera comparecencia, en la que se requerirá al ente investigado para que designe a sus

²⁰⁵² Según CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Aspectos sustantivos y procesales...ob. cit., las funciones del representante serían las siguientes: a) recibir información de la imputación de la persona jurídica, por escrito o por entrega de la copia de la denuncia o querrela; b) asistir a las diligencias de investigación que precisan la presencia del imputado y a la práctica de la prueba anticipada; c) declarar sobre los hechos en que ha participado la persona jurídica; d) asistir al juicio oral, conformarse con poder especial para ello y comparecer en el trámite de adopción de posibles medidas cautelares y e) ejercitar el derecho a la última palabra; Por su parte, MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 67, afirma, en relación con el representante, que *“con este sujeto se practicarán las actuaciones judiciales que conciernen a la entidad, desde la primera comparecencia –traslado de la imputación e información de derechos-, a la toma de declaración (art. 409 bis), presencia en las actuaciones investigadoras, pruebas anticipadas, injerencias, e incluso, llegado el caso, estará presente en el juicio oral en el lugar reservado a los acusados”*.

²⁰⁵³ En esta línea, se refiere VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...ob. cit.*, pp. 237-238, al aspecto de carga que presentan los derechos que asisten al imputado y, señaladamente, el derecho de defensa, afirmando que la ley dispone “ocasiones” o “posibilidades”, que si se dejan pasar no se repiten, perdiéndose el correspondiente trámite irremisiblemente. Tales posibilidades de actuación serían, por ejemplo, la intervención en reconocimientos e inspecciones, en examen y recogida de muestras y vestigios, en análisis, en interrogatorios etc.

²⁰⁵⁴ Cfr. GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 20.

postulantes y a su representante defensivo, entendiéndose, a partir de ese instante todas las comunicaciones con el procurador, ya designado de oficio, ya libremente elegido por la entidad. Además, el traslado de la imputación a la persona jurídica, por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela, que tendrá lugar, precisamente, en esa primera comparecencia de la entidad investigada ante el Juez de Instrucción, también deberá dirigirse al representante defensivo, en caso de estar presente (art. 119. 1 c) LECrim).

Por otra parte, el representante defensivo, durante la vista oral, ocupará en la sala el lugar reservado a los acusados (art. 786 bis 1 LECrim)²⁰⁵⁵, con lo que ello tiene de simbólico, en vista de que será este individuo el que sufra, de alguna forma, la conocida popularmente como “pena de banquillo” o “pena de telediario”, esto es, el estigma que supone el hecho de sentarse en el banquillo de los acusados y de ser la cara visible de la organización objeto de acusación penal.

Por último, corresponde al representante defensivo conformarse, en nombre de la entidad, con la pena más alta de entre las solicitadas por las acusaciones, siempre que cuente con un poder especial a tal efecto (art. 787.8 LECrim). Para esta finalidad la figura del representante deviene imprescindible, en tanto que, de la ley se deduce que no cabe una conformidad prestada, únicamente, a través de los postulantes²⁰⁵⁶.

Otra función que podría atribuirse al representante defensivo es la de nombrar y remover al letrado de confianza encargado de la defensa técnica de la persona jurídica²⁰⁵⁷, designación que, de ordinario, corresponde realizar a los representantes legales²⁰⁵⁸. Existen dos posibilidades en cuanto a la forma de designar a los postulantes. Una consistiría en que el abogado y el procurador se personasen en defensa y representación de la persona jurídica mediante poder notarial que les habilitase al efecto. En tal caso, el escrito de designación de abogado y procurador debiera venir suscrito, o bien por el representante especialmente designado por la entidad para actuar por ella en el juicio que, al mismo tiempo, debiera contar con un poder especial al efecto, o bien, en caso de no existir tal representante defensivo, por alguno de los representantes legales debidamente autorizado al efecto. La otra posibilidad consistiría en que los postulantes fuesen apoderados mediante comparecencia *apud acta* del representante especialmente designado por la entidad para actuar en su nombre en el proceso penal. También sería posible que, una vez designado el procurador por

²⁰⁵⁵ Esta localización del representante defensivo en la sala de justicia, ya estaba expresamente prevista en la regulación del PLMAP, aun cuando, tal y como se refirió anteriormente, la presencia del representante en aquel proyecto de regulación era puramente testimonial y su intervención estaba vacía de contenido, en tanto que no podía realizar alegaciones orales durante la vista ni era objeto de interrogatorio.

²⁰⁵⁶ Esta cuestión se tratará más extensamente en el epígrafe IV del presente capítulo relativo a la conformidad.

²⁰⁵⁷ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de... ob. cit.; En esta línea MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 19, apunta que le corresponde a este representante defensivo asumir la dirección material de su propia defensa, lo que entraña las facultades subrogadas de control de la actividad, nombramiento y remoción de postulantes.

²⁰⁵⁸ Sobre esta designación, ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas...*ob. cit., pp. 234-235, señala que, dentro de las facultades de los representantes legales de las personas jurídicas, se incluye el poder de postulación, es decir, la posibilidad de conferir poderes a favor de procuradores y letrados para realizar cualquier actividad ante los Juzgados y Tribunales.

cualquiera de estas vías, fuese éste el encargado de nombrar a un abogado para la defensa²⁰⁵⁹. En todo caso, deberían extremarse las cautelas para evitar personaciones que no responden a la verdadera voluntad del ente societario²⁰⁶⁰.

En relación con esta cuestión, surge de nuevo el problema del conflicto de intereses para el caso de que el representante esté siendo personalmente investigado. En Italia se entiende que, mientras los representantes legales imputados pueden recibir notificaciones en nombre del ente, porque se trata de un acto neutral, por el contrario, tales individuos no pueden nombrar letrado ni encarnar la autodefensa de la persona jurídica²⁰⁶¹. En esta línea, se ha dicho que los juzgados han de ser rigurosos a la hora de impedir que los administradores involucrados en el proceso, como imputados, puedan hacer uso de las atribuciones legales que les corresponden para designar letrado ya que, sólo de esta forma se posibilitará la autonomía e independencia de la estrategia defensiva de la persona jurídica²⁰⁶². El problema es de difícil solución, sobre todo cuando todos los representantes legales son investigados o encausados en el mismo proceso que la persona jurídica. Sin embargo, la necesidad de salvar el conflicto de intereses no puede llevar a conculcar el derecho de la entidad a nombrar un abogado de confianza, designándole, automáticamente, uno de oficio.

Por eso, la medida más prudente, como ya se estableció al tratar la determinación del representante para el proceso en el apdo. 3 del epígrafe III del capítulo 1, consiste en que el conflicto de intereses sea resuelto en el ámbito interno de la persona jurídica, sin que, el objetivo de solventar tal conflicto, en un afán de sobreproteger el interés social, conduzca a limitar el derecho de la entidad a designar un letrado de su confianza. Así pues, a través de los procedimientos internos previstos al efecto, ya sea a través de la celebración de una Junta de accionistas o de previsiones estatutarias *ad hoc*, la entidad tendrá la posibilidad de designar, como representante defensivo, a un sujeto no investigado ni encausado, que podría ser el *compliance officer*, un representante legal, un administrador o, incluso, un tercero no integrado en el organigrama empresarial. Pues bien, tal representante defensivo, como encargado de representar al ente inculcado en las diversas actuaciones procesales, será el que deba designar, en su caso, al abogado de confianza.

4.- Recapitulación

Los vaivenes en los textos pre-legislativos y en las propuestas normativas llamadas a regular la intervención de la persona jurídica en el proceso penal, denotan, por una parte, la dificultad de adaptar un sistema procesal esencialmente antropocéntrico a las

²⁰⁵⁹ ABASCAL JUNQUERA, A., “Problemas y soluciones a la imputación...ob. cit., p. 128.

²⁰⁶⁰ Ídem., p. 128.

²⁰⁶¹ En este sentido, el art. 43.2 D. Lgs. 231 dispone que las notificaciones consignadas al legal representante serán válidas, aun cuando se encuentre imputado por el delito del que depende el ilícito administrativo.

²⁰⁶² GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 14.

personas jurídicas y, por otra, la escasa madurez del debate doctrinal al respecto. En este sentido, mientras el PLMAP concebía la participación de la entidad en el proceso, a través de un representante designado *ad hoc*, distinto de los postulantes, como algo excepcional, dotando su intervención en el proceso de un carácter meramente testimonial, en tanto que no podía declarar, ni ser interrogado en nombre de la entidad, la regulación actual le atribuye el ejercicio de los derechos de autodefensa de la entidad, incluido el derecho a la última palabra, aunque su designación y efectiva comparecencia no son obligatorias. Por su parte, la Propuesta CPP, que no llegó a aprobarse, profundizando en la línea de la humanización, preveía la obligatoriedad para la entidad de estar presente en el proceso penal a través de un representante, previendo, incluso, la posibilidad de detener al que, citado en tal calidad, no compareciese.

El representante de la persona jurídica en el proceso ocupa una posición especial, en tanto que no es parte, pero actúa como si lo fuese, con un estatuto jurídico similar al del investigado, encausado o acusado, según la fase procesal de que se trate, lo cual le permite desarrollar, en el proceso, la función que está llamado a desempeñar, cual es el ejercicio del derecho de autodefensa en nombre de la persona jurídica. Pues bien, siendo el ejercicio del derecho de autodefensa renunciable y limitándose las consecuencias de la falta de designación de representante, así como de la incomparecencia del especialmente designado para actuar por la entidad en el proceso, a la pérdida de las posibilidades de autodefenderse, sin que, en ningún caso, se obstaculice ni se suspenda la continuación del proceso, cabe entender que la presencia de la entidad, a través del referido representante, se configura como una carga procesal, análogamente, a lo que ocurre con la presencia del demandado en el proceso civil.

En definitiva, parece adecuado que aquellos actos que requieren o autorizan la presencia del investigado, del encausado o del acusado sean protagonizados por el representante de la persona jurídica, como encargado de manifestar la voluntad social, mientras que el letrado debiera limitar sus actuaciones a la asistencia técnica. Ahora bien, la designación y asistencia del representante al juicio es una carga que el ente, investigado o encausado, puede cumplir, o hacer cumplir, en su propio interés, esto es, para un mejor ejercicio de su derecho de defensa, sin que su presencia se configure como una obligación, en la medida en que su incumplimiento no entorpece ni obstaculiza la continuación del proceso penal.

Algunos ordenamientos extranjeros, como el alemán, el chileno o el francés, admiten la adopción de ciertas medidas coercitivas en contra del representante de la entidad, lo cual no ocurre en el ordenamiento jurídico español en el que, tal y como se acaba de referir, la presencia del ente a través de un representante no es obligatoria. En todo caso, de configurarse tal presencia como una obligación, frente al representante de la entidad podrían acordarse, a lo sumo, las medidas permitidas en relación con los testigos, es decir, multas coercitivas, conducción obligada ante la autoridad o, incluso, amenaza penal de incurrir en un delito de obstrucción a la justicia (art. 420 LECrim).

La adopción de tales medidas coercitivas frente al representante podría encontrarse justificada, en tanto que tal individuo, a pesar de no ser sujeto pasivo del proceso penal, habría protagonizado un acto de desobediencia, al desatender, injustificadamente, el

llamamiento judicial que se le hubiese dirigido personalmente. En este sentido, cabe argüir que, si un testigo, que ha sido citado y no comparece, puede ser conducido por la fuerza ante el tribunal, con más motivo podrá serlo el representante de la persona jurídica imputada. Ahora bien, antes de adoptar una decisión restrictiva de derechos fundamentales, como sería la detención del representante de la entidad, habrá que determinar si su intervención en el acto procesal en cuestión es necesaria e idónea para que aquél alcance su finalidad, ya que, en otro caso, la detención resultaría desproporcionada.

Por último, en cuanto a las funciones que corresponde realizar al representante designado para actuar por la entidad en el proceso, destacan la realización de determinados actos personalísimos que solo el representante especialmente designado puede formalizar, como sería el caso de la conformidad, así como el ejercicio del derecho de autodefensa, durante los actos de la instrucción, así como en el juicio oral. Así mismo, el representante defensivo será el encargado de nombrar y remover al letrado de confianza encargado de la defensa técnica de la persona jurídica. Cabe recordar, en este punto, que el representante no ejercita ningún derecho propio, ni actúa en interés propio, sino que su misión es ejercitar los derechos, cumplir las cargas y aprovechar las oportunidades autodefensivas de la persona jurídica inculpada.

II. El enjuiciamiento en ausencia de la persona jurídica

1.- Planteamiento

La presencia física del acusado durante el juicio presupone su corporeidad por lo que, obviamente, no puede entenderse respecto de la persona jurídica en los mismos términos que respecto de la persona natural. Consecuentemente, las disposiciones que exigen la presencia física del investigado, del encausado o del acusado, o bien se consideran incompatibles con la naturaleza de este nuevo sujeto pasivo, o bien deben ser objeto de adaptación. La principal consecuencia de esa falta de corporeidad radica en que la comparecencia “personal” del ente ha de materializarse, en todo caso, a través de ciertas personas físicas que actúen en su nombre, lo que da lugar a un desdoblamiento entre quien comparece y actúa en el proceso y la verdadera parte. En este sentido, debe convenirse que *“al establecer la legislación que el acusado debe asistir al acto del juicio, convirtiendo en imprescindible esa presencia corpórea, lo hace pensando en individuos que son protagonistas históricos de los hechos que se les imputan, y que soportarán directamente las penas que se les pueden imponer. La persona jurídica*

*nunca estará presente de esa forma y respecto de ella no juegan esas razones. A lo más que se puede aspirar es a que esté “representada”*²⁰⁶³.

Sin embargo, la falta de corporeidad de los entes colectivos no debe llevar a concluir de forma automática que todos los derechos vinculados a esa presencia física, principalmente los vinculados al ejercicio de la autodefensa, así como los principios jurídico-naturales del proceso de audiencia e igualdad²⁰⁶⁴, resultan prescindibles en el enjuiciamiento de la persona jurídica. En este contexto, se hace necesario arbitrar mecanismos destinados a la integración de la capacidad procesal de la entidad para que ésta pueda actuar en el proceso sin verse abocada a un enjuiciamiento en ausencia. De esta forma se pretende garantizar el ejercicio de sus derechos y el respeto de ciertos principios informadores del debido proceso legal. Cabe recordar que, a pesar de su falta de corporeidad, la persona jurídica se enfrenta al Estado, que ejerce su *ius puniendi*, a través del proceso penal, y es pasible de auténticas penas, lo que la convierte en acreedora de garantías y derechos análogos a los previstos para cualquier sujeto pasivo del juicio penal.

En este epígrafe, se tratará de determinar cuál es el fundamento de la regla general que obliga al acusado a estar presente en el juicio oral, para reflexionar sobre su posible traslación a la persona jurídica, como nueva parte pasiva del proceso penal. Además se analizarán los requisitos de ese proceso en ausencia, en el que la entidad no se encuentra personificada a través de ningún representante designado *ad hoc* que encarne su autodefensa.

2.- El fundamento de la obligación de la presencia del sujeto pasivo en el proceso penal

Partiendo de una triple consideración del imputado, como parte procesal, como sujeto de un medio de prueba y como objeto de la eventual sanción que en el proceso pueda dictarse, SERRA DOMÍNGUEZ²⁰⁶⁵ reclamó la naturaleza obligacional de su comparecencia en los dos últimos casos. Así, el citado autor entendía que, al ser el imputado sujeto de un medio de prueba y objeto de sanción, debía hallarse disponible a lo largo de todo el proceso y presente cuando fuese necesaria su declaración o debiera

²⁰⁶³ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 751.

²⁰⁶⁴ Denominación acuñada por DE LA OLIVA SANTOS, A. en la obra colectiva elaborada con ARAGONESES MARTÍNEZ, S; HINOJOSA SEGOVIA, R., et al. *Derecho procesal penal*...ob. cit., p. 51.

²⁰⁶⁵ *Estudios de Derecho Procesal*...ob. cit., p. 688; En un sentido similar, afirma PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., pp. 646-647, que, aunque a lo largo de toda la investigación la presencia del inculcado no es imprescindible, sí resulta necesaria a fin de desempeñar el papel de acusado que se le atribuye por el acusador, en cuanto sujeto de un eficacísimo medio de prueba y a fin de cumplirse los fines del propios del proceso y, particularmente, la ejecución de la pena impuesta; En la misma línea, afirma DE ARANDA Y ANTÓN, G., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 53-54, que la comparecencia del acusado en el proceso penal, como regla general, no es una carga, sino un deber, en aras del efectivo ejercicio del derecho de defensa, de favorecer la práctica de la prueba para conocer la verdad y de garantizar la eficacia de la sentencia.

procederse a la ejecución en su persona de la pena impuesta. Pero, tales fundamentos de la obligatoriedad de la presencia del imputado en el proceso no resultan enteramente trasladables al representante de la persona jurídica. En primer lugar, es posible, y aun probable, que no haya tenido ninguna intervención personal en los hechos y por lo tanto es, cuanto menos, incierto su valor como medio de prueba. Y en segundo lugar, la pena que se impondrá en la eventual sentencia condenatoria no recaerá en ningún caso sobre su persona, en tanto que no se está juzgando su responsabilidad personal, sino la de su representada, por lo que tampoco puede ser considerado objeto de sanción.

La condición de medio de prueba del sujeto pasivo del proceso penal se basa en que su presencia y su actuación procesal podrían permitir un mejor acercamiento a la verdad, afirmación que sólo tendría sentido en relación con quienes hubiesen tenido algún tipo de intervención directa y personal en los hechos²⁰⁶⁶. Sin embargo, el representante especialmente designado para actuar por la entidad, previsiblemente no habrá tenido una participación directa en los hechos, ni tan siquiera un conocimiento o percepción inmediato de los mismos, ya que, en tales supuestos, ocuparía el papel de inculpado o de testigo y no de representante de la entidad. Como consecuencia de lo anterior, su valor probatorio podría verse limitado, en muchos casos, a la de un testigo de referencia, con el dato añadido de que, en tanto que representante del ente inculpado, tendría derecho a no declarar y no recaería sobre él la obligación de decir verdad, por lo que, obligarle coactivamente a asistir a los actos procesales para esclarecer los hechos no parece justificado. Por otra parte, su función como medio probatorio podría resultar contraria al desempeño de sus deberes como representante autodefensivo de la entidad.

Como objeto de la eventual sanción no parece que el representante de la entidad en el proceso deba jugar ningún papel en tanto que la pena que, eventualmente, se imponga en la sentencia recaerá, en todo, caso sobre la entidad cuya responsabilidad se enjuicia y no sobre su representante. Por eso, para garantizar la ejecución de la eventual condena, las actuaciones más efectivas pasarían por la adopción de medidas cautelares contra el ente, ya sean de carácter real, ya se trate de medidas *contra societatem*, de naturaleza preventiva o conservativa, sin que la presencia física del representante durante el enjuiciamiento contribuya decisivamente a asegurar tal fin.

Sin embargo, el objetivo de garantizar un ejercicio efectivo del derecho de defensa de la persona jurídica inculpada, si constituiría un fundamento justificativo de la comparecencia de la entidad a través de su representante, en tanto que su ausencia supondría eliminar el espacio autodefensivo de la misma. En su faceta de parte procesal, el acusado es titular del derecho de defensa y la tuición de tal derecho podría requerir su presencia en el proceso. Pues bien, esta condición del representante, como legitimado para ejercitar el derecho de autodefensa de la entidad, sería el principal motivo de su actuación en el proceso, sino el único. De hecho, en sede de juicio oral, la LECrim establece expresamente que la finalidad de que la persona jurídica comparezca a través de un sujeto que la personifique es lograr “*un mejor ejercicio del derecho de defensa*” (art. 786 bis 1 LECrim).

²⁰⁶⁶ En esta línea, entiende SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal...* ob. cit., p. 691, que la declaración del imputado, como medio de prueba, tiene importancia en la medida en que este es el autor material de los hechos.

En definitiva, cabe concluir que la presencia del representante defensivo en el proceso seguido frente a la persona jurídica no responde a las tradicionales finalidades justificativas de la obligatoriedad de la presencia del acusado en el juicio, cuales son, su posición como medio de prueba y como objeto de sanción, sino que se limita a garantizar la autodefensa de la entidad imputada. Llegados a esto punto se hace preciso analizar la naturaleza de la autodefensa. Pues bien, se trata de un derecho fundamental, que otorga al sujeto pasivo ciertas posibilidades de actuación, para cuyo aprovechamiento es preciso cumplir con ciertas cargas procesales, señaladamente, la de estar presente en los distintos actos procesales y, en particular, en el juicio oral. Se trata, por lo tanto, de un derecho inalienable y no renunciable en abstracto, aunque de ejercicio facultativo.

Por lo tanto, si el ejercicio del derecho de autodefensa es renunciable y la comparecencia de la persona jurídica inculpada, a través de un representante defensivo, se fundamenta en posibilitarlo, cabe concluir que la presencia del ente en el proceso puede configurarse como una carga procesal del inculpado, en tanto que imperativo de su propio interés²⁰⁶⁷, y no como una obligación. En este sentido, resulta rechazable que la finalidad de proteger ese espacio autodefensivo sirva para justificar la obligatoriedad de la presencia del ente en el proceso a través de un representante, resultando suficiente con ofrecer a la entidad la posibilidad de estar presente en el juicio a través de tal sujeto²⁰⁶⁸, pero quedando a su elección el aprovechamiento efectivo de tal oportunidad.

De hecho, permitir el proceso contumacial del ente, sin exigirle que haya una persona física que la represente puede responder a varias razones, que son las que, de ordinario, se esgrimen como ventajas de los juicios en ausencia. En primer lugar, se podrían aducir motivos de economía procesal, en tanto que se evitarían dilaciones, provocadas por la pasividad de la entidad ante el requerimiento para designar a un representante o por la ausencia injustificada del representante designado. En segundo lugar, evitar este tipo de demoras en el procedimiento redundaría en una mejor protección de los intereses de las víctimas, en tanto que las mismas son protegidas frente a nuevos ataques de sus bienes jurídicos y los daños y perjuicios sufridos resarcidos con mayor celeridad²⁰⁶⁹. En tercer

²⁰⁶⁷ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal...* ob. cit., p. 269, en relación con las personas físicas, ha señalado que el deber de comparecencia del imputado es una carga procesal que, si no la dispensa, le expone a una declaración de rebeldía, caracterizándose la situación de rebeldía por constituir una renuncia a la autodefensa. Ahora bien, en mi opinión, en el caso de las personas naturales, la paralización del proceso que se produce como consecuencia de la situación de rebeldía del acusado, junto con la posibilidad de detener y conducir por la fuerza, ante la autoridad, al acusado rebelde, dotan a su deber de comparecencia de un carácter obligatorio que no se observa en el caso de las personas jurídicas.

²⁰⁶⁸ Como apoyo de tal afirmación se pueden traer a colación las palabras de SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal...* ob. cit., p. 689, cuando dice que si pudiera pensarse que el imputado como parte tiene únicamente la carga de efectuar en el proceso actos encaminados a su defensa y que el no ejercicio de dicha carga repercutirá en un posible resultado desfavorable del proceso, podría concebirse una rebeldía del imputado: pero al ser el imputado sujeto de un medio de prueba y objeto de la sanción –condiciones ambas que no concurren en el representante de la persona jurídica imputada–, debe hallarse disponible a lo largo de todo el proceso y presente en determinadas ocasiones, en las que es necesaria su declaración o debe procederse a la ejecución de la pena en su persona.

²⁰⁶⁹ En esta línea, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., pp. 78 y 158, señala el principio de celeridad procedimental y la economía procesal como uno de los bastiones que cimantan la institución del juicio en contumacia, junto con la protección de los intereses de la víctima.

lugar, concurren también motivos de índole sociológica, como evitar el descrédito que conlleva toda sujeción a un procedimiento punitivo público²⁰⁷⁰. Se trata de evitar que un individuo, que no ha sido personalmente acusado, tenga que personificar a la entidad, sufriendo así la denominada pena de “banquillo”. En este punto, hay que tener en cuenta que, en el caso de las personas jurídicas se produce un cierto desdoblamiento entre quien sufre la pena de banquillo y quien puede llegar a padecer la eventual condena. Por lo tanto, quien sufre ese descrédito ni siquiera es parte del proceso penal, en tanto que no recaen, sobre el mismo, indicios de criminalidad, de lo que cabría deducir que concurre, en tal sujeto, un menor grado de exigibilidad, a la hora de forzarle a estar presente en el acto del juicio oral, ocupando el lugar de los acusados.

Desde luego, no parece admisible prohibir al representante del ente inculcado aprovechar sus posibilidades autodefensivas, impidiéndole declarar o realizar alegaciones, tal y como pretendía el PLMAP²⁰⁷¹, ya que, en tal caso, se estaría vulnerando el derecho de defensa de la persona jurídica, en su faceta de autodefensa. Pero tampoco parece justificado establecer la obligatoriedad de tal presencia, tal y como pretendía la Propuesta CPP. Por eso, la solución más correcta pasa por configurar la presencia del ente a través de un representante defensivo como una carga procesal para la persona jurídica, de la que dependería el aprovechamiento efectivo de sus posibilidades autodefensivas, pero con posibilidad de renunciar al ejercicio de la autodefensa, siempre que tal renuncia conste de forma expresa e inequívoca²⁰⁷².

Por último, la presencia del acusado, entendida como una obligación, también se ha vinculado con la corrección y legalidad en el desarrollo del proceso, en razón de la observancia de los principios de audiencia e inmediación²⁰⁷³. Sin embargo, cuando el sujeto, cuya responsabilidad se enjuicia, no coincide con la persona que comparece y declara en el seno del proceso, los principios de audiencia e inmediación, entendidos como la necesidad de que el juzgador oiga directamente al acusado, pierden su razón de ser. O, al menos, el entendimiento de tales principios, desde una perspectiva vinculada a la presencia física del acusado, debe ser irremediabilmente matizado²⁰⁷⁴. En este sentido, cabe entender que la presencia de la entidad y su declaración a través de un representante que actúe en su nombre constituyen derechos, de carácter renunciabile, y

²⁰⁷⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., pp. 78 y 160-161; En este sentido, FGE. Circular 1/1989, de 25 de marzo de 1989, sobre el procedimiento abreviado introducido por la L.O. 7/88, de 28 de diciembre, p. 414, reconoce la “estigmatización” que supone el juicio oral.

²⁰⁷¹ BOCG. Congreso de los Diputados. 18 de marzo de 2011 (núm. expte. 121/000117).

²⁰⁷² Esto se deduce de las SSTC 134/2000, de 16 de mayo, F, J. 4º; 163/2000, de 12 de junio, F. J. 5º, en las que se dispone que “*Aun sin necesidad de analizar si el derecho a la autodefensa es o no renunciabile, es lo cierto que en las actuaciones no consta una renuncia expresa del condenado a un juicio en su presencia, pues del mero dato de la presencia en el juicio penal de un Letrado para la defensa de sus intereses no cabe colegir una renuncia expresa al derecho a comparecer personalmente en juicio*”. En definitiva, lo que viene a establecer el TC en estas resoluciones es que, de la incomparecencia del acusado en el juicio penal, no puede inferirse una renuncia al derecho a la autodefensa, debiendo constar tal renuncia expresamente.

²⁰⁷³ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., pp. 157-158.

²⁰⁷⁴ Esto no implica que tales principios no rijan en el enjuiciamiento del ente, en tanto que la práctica de la prueba personal –testigos y peritos, de cargo o de descargo- debe ser realizada bajo tales premisas, pero no ocurre lo mismo con la declaración del representante del ente que, al no ser protagonista extra procesal de los hechos, no ha de estar presente ni ser ineludiblemente oído en el juicio oral.

no obligaciones exigidas para el correcto desarrollo del proceso, el cual viene suficientemente garantizado con la disposición de que la inasistencia del representante no impedirá la continuación del juicio.

3.- La naturaleza de carga de la presencia del representante en el proceso frente a la entidad

Como punto de partida puede predicarse la naturaleza híbrida de la presencia del sujeto pasivo del proceso penal, que, en unos casos, podría constituir una obligación, en otros una carga, pero que siempre será un derecho fundamental inherente a la condición de parte procesal²⁰⁷⁵. Se trata de un auténtico derecho por exigencia del principio de igualdad de armas y por su vinculación con el ejercicio del derecho de autodefensa²⁰⁷⁶. En este sentido, es necesario darle a la persona jurídica, como a cualquier otro acusado, la posibilidad de estar presente en el proceso a través de un representante especialmente designado a tal fin.

En mi opinión, la personificación de la entidad en el juicio no es sólo una cuestión simbólica²⁰⁷⁷, sino que se trata de una garantía de la autodefensa²⁰⁷⁸ y una forma de que la persona jurídica pueda articular aquellos actos procesales a los que la Ley atribuye carácter personalísimo²⁰⁷⁹. En este sentido, se afirma que la equiparación del ente al imputado, y el hecho de que el mismo participe en el proceso a través de un representante, puede, teóricamente, consentir la adaptación de un modelo procesal de estructura marcadamente antropomórfica a un sujeto desprovisto de dimensión física y, por tanto, incapaz de ejercitar por sí mismo la propia autodefensa²⁰⁸⁰.

²⁰⁷⁵ Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 64.

²⁰⁷⁶ JIMÉNEZ ASENJO, E., "El procedimiento contra reos ausentes, hoy 1980 (Rebeldía procesal)", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 4, 1980, pp. 679-694, p. 681.

²⁰⁷⁷ Según GÓMEZ COLOMER, J. L., "El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica..." ob. cit., pp. 213-214, el ejercicio del derecho de defensa parece que queda envuelto en una aureola mística cuando se defiende a alguien que no está, que no se ve, que sólo está registrado virtualmente, aunque jurídicamente no hay ninguna duda sobre su existencia. En tal contexto, la presencia del representante permitiría visualizar a la empresa en el banquillo y, por tanto, desenmascararía esa irrealdad; A mi modo de ver, este tipo de argumentaciones, que otorgan valor más bien simbólico al representante, vaciando su función de contenido sustancial, son las que se esconden detrás de las opiniones que, como la de DEL MORAL GARCÍA, A. "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas..." ob. cit., p. 729, no ven la necesidad de que la persona jurídica imputada esté representada en el proceso.

²⁰⁷⁸ En esta línea, BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "Derechos procesales fundamentales..." ob. cit., p. 280, han dicho que para la materialización de los derechos y garantías de los que goza la persona jurídica, se precisa en muchas ocasiones de la actuación de una persona física en tanto que representante de la persona jurídica.

²⁰⁷⁹ En este sentido, la doctrina italiana, VARRASO, G., "La partecipazione e l'assistenza della persona..." ob. cit., p. 234, entre otros, entiende que el representante consiente en el procedimiento penal la intervención o participación de la sociedad dirigida al cumplimiento de los actos personalísimos y, más en general, al ejercicio de la autodefensa.

²⁰⁸⁰ GIGLIOLI, M., "Il procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni..." ob. cit., p. 610.

Asimismo, se trata de una cuestión de coherencia sistemática. La decisión de introducir a la persona jurídica en el círculo de potenciales responsables penales y, por lo tanto, pasibles de penas, hace necesario adaptar a su naturaleza jurídica las posibilidades autodefensivas, previstas para las personas físicas, en tanto que no exista una justificación razonable para restringirlas. La posición contraria tendría como resultado un inculpado de segunda categoría, al que se privaría de la posibilidad de autodefenderse²⁰⁸¹ y que, por lo tanto, se situaría en una situación desigual respecto de las personas físicas, que incluso podrían encontrarse coimputadas, en el mismo procedimiento, si ambos sujetos son juzgados conjuntamente.

La falta de representante o su incomparecencia determinan la celebración del juicio en ausencia frente a la entidad, con la consiguiente pérdida de las oportunidades procesales de actuación personal que, de ordinario, disfruta la parte pasiva del proceso penal. Así, sólo mediante la presencia física del representante puede la entidad prestar la conformidad con la pena más grave solicitada por la acusación, puede utilizar la declaración del acusado para su defensa, puede interrogar directamente a los testigos y ser examinado por el abogado de la parte contraria, puede coordinar y dirigir la defensa técnica ejercida por el letrado y, en fin, puede ejercer el derecho a la última palabra en nombre de la entidad²⁰⁸². En definitiva, sólo si se permite a la entidad estar personificada en el proceso podrá aprovechar las oportunidades de actuación que el ordenamiento jurídico brinda a los investigados, encausados o acusados. Ahora bien, habrá que determinar si su presencia en el proceso penal en que se enjuicia su responsabilidad y, por lo tanto, su personificación, debe ser meramente facultativa o, por el contrario, ha de ser preceptiva.

Para determinar si la presencia del ente en el proceso es una obligación o una carga resulta necesario indagar sobre el fundamento de su comparecencia, al que ya se ha hecho referencia en el apdo. anterior, y sobre las consecuencias de su incomparecencia. En este sentido, si la comparecencia del ente responde a un imperativo de su propio interés²⁰⁸³, en este caso, al aprovechamiento de sus posibilidades de autodefenderse, y su ausencia a un determinado acto procesal no impide las actuaciones discurran con normalidad, entonces su comparecencia será una carga²⁰⁸⁴ y no una obligación jurídica.

Así, cabe argumentar que si el ejercicio de la autodefensa constituye el único fundamento de la presencia de la persona jurídica en el proceso, esta debería configurarse como una carga y no como una obligación, tal y como ocurre en la

²⁰⁸¹ Es necesario recordar que el TC ha señalado en repetidas ocasiones que el derecho de defensa no se agota en el derecho de representación letrada. Por ejemplo, en la STC 91/2000, de 30 marzo, F. J. 13º, el Alto Tribunal dispuso que “la opción por la asistencia jurídica no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa”.

²⁰⁸² En este sentido se pronuncia DÍAZ PITA, Mº. P., *Conformidad, reconocimiento de...* ob. cit., p. 32; En la misma línea se pronuncia la STC 91/2000, de 30 de marzo, F. J. 13º.

²⁰⁸³ En esta línea, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 68, sostiene que cuando la comparecencia constituye un imperativo del propio interés el presupuesto lógico a su ejercicio ha de ser, necesariamente, la configuración de la comparecencia como una posibilidad.

²⁰⁸⁴ Esto es lo que ocurre, según GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., pp. 68-69, con la presencia de la persona física en los actos practicados en la fase de instrucción.

legislación vigente, en tanto que una de las características de la autodefensa viene constituida porque su ejercicio es renunciable²⁰⁸⁵ y porque responde principalmente al interés del titular del derecho y sólo, mediatamente, al abstracto interés de la justicia. Por otra parte, la naturaleza de la comparecencia del imputado en el proceso habrá de configurarse de diferente forma, según se permita o no la celebración del juicio oral en su ausencia²⁰⁸⁶, esto es, según cuáles sean las consecuencias previstas en la ley ante su incomparecencia, en tanto que como idea primaria e inherente al concepto de carga tenemos que su falta de verificación por la parte interesada no interrumpe ni paraliza el desarrollo del acto procesal de que se trate²⁰⁸⁷.

Se observa cómo, en la regulación vigente, la falta de designación de representante, o la incomparecencia del especialmente designado a tal fin, no impide la continuación del proceso²⁰⁸⁸. En este sentido, la LECrim señala reiteradamente que la incomparecencia del representante especialmente designado no suspenderá el acto de que se trate, que se desarrollará con la presencia de sus postulantes. Así lo señalan los arts. 409 bis, en relación con la primera comparecencia²⁰⁸⁹, 120.2, en relación con las diligencias de investigación y la prueba anticipada practicada durante la instrucción²⁰⁹⁰ y 786 bis 2, en relación con el juicio oral²⁰⁹¹. Esto supone un cambio de la regla general según la cual la ausencia del sujeto pasivo del proceso, en tanto que provoca su suspensión temporal, supone una crisis provisional del proceso²⁰⁹².

En este sentido, la designación de una persona física, para que actúe como representante del ente en el proceso, constituye una carga procesal²⁰⁹³ para la persona jurídica, de la cual depende su presencia “personal” en el proceso penal y, por ende, el aprovechamiento de sus posibilidades de autodefensa²⁰⁹⁴. Ahora bien, de la falta de designación de representante por parte de la entidad no se pueden extraer consecuencias

²⁰⁸⁵ Ídem. p. 162.

²⁰⁸⁶ Ídem., p. 52.

²⁰⁸⁷ Ídem., p. 68.

²⁰⁸⁸ En opinión de GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 68, esto también pone de manifiesto la naturaleza de carga de su “presencia física” en tanto que, como idea primaria e inherente a la institución de carga tenemos que la no verificación de cualquier tipo de carga por la parte interesada no interrumpe ni paraliza el desarrollo del acto procesal de que se trate, lo que va a impedir de entrada que en los supuestos de rebeldía (de las personas físicas) pueda conceptuarse la incomparecencia como una verdadera carga.

²⁰⁸⁹ La incomparecencia 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.

²⁰⁹⁰ La incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el Abogado defensor.

²⁰⁹¹ La incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta.

²⁰⁹² PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., p. 628.

²⁰⁹³ Esta calificación no es unánime. Por ejemplo, según GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 14, la posibilidad de la entidad de designar a un representante constituiría un “deber/derecho” de la persona jurídica.

²⁰⁹⁴ Cabe recordar, en este punto, las palabras de VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...* ob. cit., pp. 237-238, según las cuales, los derechos que asisten al imputado y, señaladamente, el derecho de defensa, tienen un aspecto de “onus” o “carga” para él.

negativas en relación con su responsabilidad penal²⁰⁹⁵, en vista de que, de acuerdo con la regulación actual, se trataría de una estrategia de defensa perfectamente legítima. En realidad, en este contexto, la contumacia del ente que, debidamente citado e informado de las consecuencias de su incomparecencia, decide no designar representante o no comparecer a través del mismo en el proceso, puede entenderse, incluso, como una manifestación autodefensiva, a través del ejercicio del derecho al silencio²⁰⁹⁶. En el caso de la persona jurídica, esta asimilación se produce *ex lege* en tanto que la ley asimila su ausencia al acto de la primera comparecencia con el ejercicio, por su parte, del derecho a no declarar (art. 409 bis *in fine* LECrim).

Por otra parte, se entiende que, para que exista una verdadera obligación de comparecer, la Ley ha de arbitrar mecanismos coactivos tendentes a asegurar su cumplimiento (como las medidas cautelares personales)²⁰⁹⁷. En el caso de las personas físicas, la contumacia o la rebeldía del acusado conlleva la posibilidad de conducirlo por la fuerza al órgano judicial, lo cual permite hablar de una genuina obligación de comparecer²⁰⁹⁸, mientras que, en el caso de las personas jurídicas, la incomparecencia del representante especialmente designado no permite que el mismo sea conducido por la fuerza ante el órgano judicial en tanto que, tal y como se señaló *ut supra*, no se prevén diligencias para sujetar al representante al proceso, ni para forzar su designación por parte de la entidad.

Así, el sistema de ausencia voluntaria, actualmente vigente para la persona jurídica, implica que, ante la incomparecencia del representante, el proceso continúa su curso, sin que se prevean medidas coercitivas para forzar la designación de un representante o la asistencia del designado a tal fin. Su comparecencia se configura, de esta forma, como una auténtica carga procesal para el ente, en tanto que a la misma se vincula el aprovechamiento de ciertas oportunidades defensivas o de ciertas posibilidades de actuación que constituyen imperativos del propio interés²⁰⁹⁹. La entidad es libre para decidir si cumple con tales cargas de comparecencia y aprovecha las posibilidades autodefensivas que se le brindan o si, por el contrario, renuncia al ejercicio de las mismas²¹⁰⁰. No se trataría de una obligación jurídica en tanto que la propia ley señala que la finalidad de que el ente se encuentre representado en la vista oral por un

²⁰⁹⁵ Por este motivo no se comparten los argumentos aducidos en VEGAS TORRES, J.; "Derechos de la persona jurídica imputada...ob. cit., p. 8, según los cuales, que la persona jurídica no quiera siquiera nombrar un representante es la mejor prueba de que no tenía un buen sistema de prevención o *compliance* penal, ya que es indicativo de no tener ni tan siquiera previsto qué hacer en caso de la comisión de un ilícito penal en su seno, lo que supondría con certeza la condena de persona jurídica.

²⁰⁹⁶ Cfr. ORTELLS RAMOS, M., "La ausencia del imputado en el proceso penal. Consideración especial de la incomparecencia", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2-3, 1978, pp. 433-492, p. 438; UBERTIS, G., *Dibattimento senza imputato e tutela del diritto di difesa*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 2.

²⁰⁹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J., La Ausencia del acusado en el proceso...ob. cit., pp. 79-80.

²⁰⁹⁸ Ídem. pp. 80-81.

²⁰⁹⁹ Se acude aquí, nuevamente, al concepto de carga procesal de GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*...ob. cit., 84, que las define como imperativos del propio interés, estrechamente ligadas con las posibilidades, en la medida en que "*cada posibilidad impone a la parte la carga de aprovechar la posibilidad al objeto de prevenir su pérdida*".

²¹⁰⁰ En la misma línea, en Italia, afirma GIARDA, A., "Procedimento di accertamento della "responsabilità amministrativa degli enti"" en CONSO, G; GREVI, V., *Compendio di procedura penale*, Cedam, 5ª ed., Milán, 2010, p. 1226, que, una vez que son llamados al proceso como imputados, los entes colectivos se encuentran frente a la posibilidad de elegir entre participar en el procedimiento o mantenerse contumaces.

representante es permitirle “*un mejor ejercicio del derecho de defensa*” y que su incomparecencia no impedirá la celebración de la vista.

Por lo tanto, mientras que para las personas físicas, al menos en los procesos penales por delitos graves, la presencia del sujeto pasivo en el acto del juicio oral no es sólo un derecho fundamental del acusado, sino también una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso y una obligación del sujeto en cuestión, en el caso de las personas jurídicas se configura como una carga o como un derecho de ejercicio facultativo²¹⁰¹. De esta forma, si el ente decide no estar presente en el proceso a través de un representante podrá sufrir las consecuencias desfavorables que, para su situación procesal podrían derivarse del hecho de no poder alegar o desvirtuar todo aquello que sea conveniente a su posición procesal²¹⁰², pero las actuaciones procesales proseguirían su curso.

Esta configuración de la presencia de la parte pasiva como una carga procesal evoca al proceso civil, en el que la presencia del demandado también se entiende como una carga y no como una obligación²¹⁰³. En esta línea, algún autor, anticipándose a la regulación legal actual, señalaba que “*aunque por vía de principio la persona jurídica debe ser traída al proceso penal en una cualidad más asimilable a la de imputado que a la de tercero responsable civil, en todo aquello definitorio del estatus de imputado que exige o presupone la individualidad física (...) habrá que abandonarse el paralelismo y encontrar los referentes en los terceros responsables civiles*”²¹⁰⁴. La consecuencia de no asumir tal carga de comparecencia a través del representante designado a tal fin es la pérdida de una serie de “ocasiones” o “posibilidades” procesales, en particular, la oportunidad de realizar ciertos actos personalísimos, como la prestación de la conformidad o el ejercicio del derecho a autodefenderse y a intervenir personalmente en el proceso²¹⁰⁵, actuaciones que normalmente se reservan al reo y que, en el caso de la persona jurídica, se reservan, en exclusiva, a su representante defensivo, como encargado de actuar en su nombre en el seno del proceso penal.

En la misma línea, en el ordenamiento italiano, se establece un régimen de ausencia voluntaria similar al introducido en la LECrim, en el cual, si el ente decide no participar

²¹⁰¹ SENTÍS MELENDO, S., “Desarrollo del proceso. Deberes...ob. cit., p. 999, sostiene que la carga es una facultad.

²¹⁰² En opinión de DÍAZ, C. A., *Contribución al estudio de los deberes procesales*, recogida por SENTÍS MELENDO, S., “Desarrollo del proceso. Deberes...ob. cit., p. 1000, la carga se libera con el cumplimiento, pero el incumplimiento solamente origina la posibilidad de lo desfavorable, no lo desfavorable mismo.

²¹⁰³ En este sentido, VERGER GRAU, J., *La rebeldía en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 7, afirma, sobre la naturaleza jurídica del emplazamiento del demandado que ha pasado de ser un acto coercitivo a formar parte de un derecho constitucional del demandado, “y ello sin dejar de ser una carga desde el punto de vista procesal”.

²¹⁰⁴ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 725.

²¹⁰⁵ En esta línea, se refiere VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado*...ob. cit., pp. 237-238, al aspecto de carga que presentan los derechos del imputado a intervenir en el proceso y a defenderse, afirmando que la ley dispone “ocasiones” o “posibilidades”, tales como la intervención en reconocimientos e inspecciones, en examen y recogida de muestras y vestigios, en análisis, en interrogatorios etc., que si se dejan pasar se pierden irremisiblemente, comportando un riesgo para la expectativa o perspectiva procesal del imputado.

en el proceso, manteniéndose contumaz, puede nombrar a un defensor de confianza o ser asistido por un defensor de oficio. En este caso, el letrado representa al ente contumaz, pero sólo puede realizar aquellos actos ligados al *ius postulandi*, es decir, aquellos que no presupongan la participación directa del ente a lo largo del procedimiento²¹⁰⁶, quedando excluidos aquellos otros a través de los cuales se puede hacer valer el derecho de la autodefensa y aquellos ejercitables “en vía personalísima” por el ente²¹⁰⁷.

En el desarrollo legislativo, al que se ha hecho referencia *ut supra*, sobre la forma de intervención de la entidad en el proceso, se observa como la necesidad de que la persona jurídica se encuentre representada por una persona física se ha ido acentuando. Ha pasado de constituir una posibilidad casi excepcional en el PLMAP, a configurarse como una carga para la persona jurídica en la LMAP y, de haber llegado a entrar en vigor la Propuesta CPP, se habría erigido en una verdadera obligación, tanto para la persona jurídica como para su representante a título personal. En concreto, en esta última propuesta legislativa, se establecía la necesidad de que existiese una persona física, distinta del letrado, que personificase a la entidad en el proceso, acordándose, en caso de su incomparecencia injustificada, su detención y conducción forzosa ante la autoridad judicial.

Se podría decir, con este panorama legislativo, que se ha tratado de avanzar en la línea de la humanización de la persona jurídica imputada²¹⁰⁸. Tendencia que es objeto de crítica por DEL MORAL GARCÍA, en cuya opinión la humanización sería más bien fruto de la inercia que de una serena reflexión sobre lo que significa asegurar el respeto de las garantías²¹⁰⁹, en tanto que visibilizar a la persona jurídica con un rostro concreto no añadiría nada relevante desde la perspectiva de las garantías e, incluso, podría entorpecer el proceso²¹¹⁰. Este autor sostiene que la obsesión por “ver” sentada materialmente en el banquillo a la persona jurídica sería un lastre derivado de olvidar o no captar con profundidad que existen diferencias sustanciales entre la responsabilidad penal de las personas físicas y de las jurídicas²¹¹¹.

²¹⁰⁶GIARDA, A., “Procedimento di accertamento della "responsabilità amministrativa...ob. cit., p. 1226; En la misma línea, UBERTIS, G., *Dibattimento senza imputato*...ob. cit., p. 126, afirma que el ámbito de operatividad del defensor en el juicio en ausencia tendrá como límite los actos que presupongan la presencia personal del acusado, es decir, todos aquellos a través de los cuales se puede hacer valer el derecho de la autodefensa en el juicio oral.

²¹⁰⁷GIARDA, A., “Procedimento di accertamento della "responsabilità amministrativa...ob. cit., p. 1228.

²¹⁰⁸El término de humanización, acuñado por DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 728, se refiere a una concepción del proceso penal frente a las personas jurídicas que ha sido duramente criticada por este mismo autor que no comparte la necesidad de personificar a la entidad en el proceso.

²¹⁰⁹“El estatuto jurídico procesal”...ob. cit., p. 80.

²¹¹⁰DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 730; En la misma línea se pronuncia, VEGAS TORRES, J., “Problemática procesal derivada de la...ob. cit., quien entiende que no es necesario, e incluso puede ser perturbador, que haya una persona física que asuma la condición de imputado en representación de la persona jurídica. En su opinión, ésta necesita actuar en el proceso, principalmente, para defenderse y, a estos efectos, basta con que se persone en las actuaciones por medio de abogado y procurador.

²¹¹¹DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 730.

4.- Supuestos de enjuiciamiento en ausencia de la persona jurídica. Ausencia voluntaria o involuntaria

La falta de designación de representante o la incomparecencia, en la vista oral, del designado a tal fin determinan el enjuiciamiento en ausencia o en contumacia de la entidad acusada. Normalmente, tal situación responde a un comportamiento negativo del inculpado, el cual, aun conociendo la existencia de un proceso penal entablado en su contra y sus posibles consecuencias desfavorables, decide voluntariamente desobedecer las intimaciones judiciales de comparecer²¹¹². Sin embargo, también es posible que, un error en la citación o una causa de fuerza mayor hayan impedido al representante defensivo comparecer en la vista oral en nombre de la entidad.

Dentro de las facultades de actuación de la persona jurídica se encuentra la de decidir a quien se encomienda su actuación procesal, que se puede encauzar, exclusivamente, a través de la defensa técnica, renunciando, de esta forma, al ejercicio de ciertos actos personalísimos, y siendo juzgada en ausencia o a través de un representante especialmente designado, que actúe junto con los postulantes, ocupando la posición procesal del acusado y cubriendo su espacio autodefensivo. También constituye una carga para la entidad asegurarse de que su representante defensivo asiste a los actos procesales en los que se prevé su actuación personal, señaladamente, la primera comparecencia, a las diligencias de investigación, a los actos de prueba anticipada y al juicio oral. Si el representante no acude a la vista oral la consecuencia será, asimismo, su enjuiciamiento en ausencia.

En principio, resulta legítimo que la incomparecencia del representante no implique la suspensión del proceso. Dicha opción legislativa es coherente con un sistema de ausencia voluntaria, como el regulado en la LECrim, en el que la actuación a través de un representante constituye una carga para la persona jurídica. En esta línea, se constata que permitir que la persona jurídica actúe a través de sus postulantes, renunciando al derecho de autodefensa y al ejercicio de ciertos actos personalísimos, no plantea ningún problema de legitimidad constitucional, siempre y cuando la no designación del representante, o su incomparecencia, hayan sido opciones voluntariamente asumidas por la entidad acusada. Sin embargo, cuando la ausencia de debe a causas ajenas a la voluntad del acusado, por ejemplo, al desconocimiento del proceso, ante la falta de una citación efectiva, o a la concurrencia de una causa justificativa, que haya impedido la comparecencia del representante defensivo, no debería celebrarse el juicio en ausencia²¹¹³.

²¹¹²En este sentido, FAIRÉN GUILLÉN, V., "El encausado en el proceso penal español: (el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal" de 1967 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la Ley de 8 de abril de 1967)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, Fascículo 1, pp. 37-52, p. 48, distingue entre el "ausente" que no conoce ni siquiera la existencia de un proceso contra él y el "contumaz" o verdadero rebelde que, con conocimiento del proceso y de sus consecuencias, decide desatender los requerimientos judiciales de comparecencia.

²¹¹³PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., "Aproximación al estudio del nuevo "recurso de...ob. cit., pp. 647-648.

Por lo tanto, a pesar de que la LECrim no distingue entre los supuestos de ausencia voluntaria e involuntaria, estableciendo que la suspensión por ausencia del representante en el juicio no procede en ningún caso, parece necesario establecer una distinción entre ambas hipótesis²¹¹⁴. En este sentido, dentro de los supuestos de ausencia habrá que distinguir, al igual que ocurre en el proceso civil, aquellos en los que la ausencia es voluntaria, y en los que, por lo tanto, no concurre una causa legítima de justificación, de aquellos otros en los que la ausencia está justificada, en tanto que el régimen jurídico de ambos debe ser distinto. Así pues, si la ausencia es voluntaria, la comparecencia del representante defensivo en una fase avanzada del proceso no permitirá retrotraer las actuaciones, de tal forma que las oportunidades o posibilidades de alegación y prueba que no hayan sido aprovechadas se perderán de forma definitiva, una vez precluido el término para efectuarlas. Sin embargo, si la comparecencia intempestiva tuvo su origen, bien en la existencia de un impedimento legítimo no susceptible de ser alegado en su momento, o bien en irregularidades en el acto de notificación, la solución debería ser la declaración de nulidad de todo lo actuado en la vista oral, por infracción del derecho de audiencia, (arts. 238.3º y 240 LOPJ) y señalamiento de fecha para celebrar una nueva vista²¹¹⁵.

En todo caso, hay que tener en cuenta que, en principio, la posibilidad de designar a un representante que actúe en el proceso en nombre de la persona jurídica no precluye nunca, pudiendo realizarse en el acto de la primera comparecencia, en los distintos actos instructorios que requieren o autorizan la presencia del investigado, antes del inicio de las sesiones del juicio oral o, incluso, en el propio acto del juicio²¹¹⁶, debiendo aplicarse, analógicamente, las reglas sobre la posibilidad de comparecencia personal del demandado en el proceso civil. Esto se debe a que el derecho de autodefensa es renunciable en cuanto a su concreto ejercicio, pero nunca en cuanto a su titularidad o a su ejercicio futuro. Sin embargo, habiendo sido debidamente citada y requerida para nombrar un representante, la persona jurídica que se mantiene inactiva y que, sólo avanzado el proceso, comparece, comenzará su actividad procesal en ese momento, sin que puedan retrotraerse las actuaciones ni repetirse los actos ya realizados²¹¹⁷.

²¹¹⁴ A estos efectos, sería útil, según GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 18, que nuestro ordenamiento diferenciase, al igual que el ordenamiento italiano, entre una situación de contumacia (arts. 487 y ss CPP italiano) y otra de “irreperibilidad” (arts. 159 y 160 CPP italiano). Refiriéndose la primera de ellas a aquel sujeto que, pese a conocer la existencia de un proceso penal pendiente en el que se le imputaba la comisión de hecho delictivo, decidía voluntariamente no asistir al mismo, sin que por ello se suspendiera la celebración de la vista oral, y la segunda, por el contrario, a la situación de aquel que no era hallado cuando había de practicarse alguna notificación.

²¹¹⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 182.

²¹¹⁶ En esta línea MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...” ob. cit., p. 72, afirma que “*de no haberse hecho el nombramiento oficial (...) nada impide que, con posterioridad, tanto durante la instrucción de la causa o después en la fase de enjuiciamiento, incluso en el mismo juicio oral, se materialice esta comparecencia con su representante*”; En el mismo sentido, en relación con la regulación italiana, RIGO, F., “Il giudizio”... ob. cit., p. 360, entiende que la persona jurídica puede, si no lo ha hecho antes, constituirse en el proceso en el sentido del art. 39 D. Lgs. 231, ante el juez competente para su enjuiciamiento.

²¹¹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 181.

5.- Los requisitos del proceso en ausencia

La L.O. 7/1988, de 28 de diciembre, introdujo en el ordenamiento jurídico español la posibilidad de celebrar el juicio en ausencia del acusado, en causas por delitos no graves, bajo condiciones que, tal y como indica la citada Ley en su preámbulo, garantizan, no sólo el derecho de defensa del ausente, asegurado por la intervención de su abogado defensor, sino también el derecho de recurrir en anulación la sentencia dictada, cumpliendo, de este modo, con las orientaciones de la Resolución núm. 75 (11) y de la Recomendación núm. R (87)18, adoptadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa²¹¹⁸.

Pues bien, al igual que ocurre con las personas físicas, la legitimidad constitucional del juicio en ausencia para las personas jurídicas, esto es, de aquel proceso al que no acude ningún representante de la entidad distinto de sus postulantes, ya sea porque no se ha designado ninguno, ya sea porque el designado a tal fin no comparece, exige el cumplimiento de ciertos requisitos que garanticen, por una parte, los derechos de la entidad, en concreto el derecho de defensa y el derecho a los recursos, y, por otra, la legalidad procesal, de forma que se asegure que la convicción judicial se ha alcanzado con las suficientes garantías.

Ante la falta de disposiciones legales específicas relativas al enjuiciamiento en ausencia de las personas jurídicas, es necesario estudiar los requisitos que, como regla general, informan el proceso penal en ausencia de las personas físicas, en orden a determinar en qué medida resultan extensibles al juicio del ente colectivo ausente. Tales requisitos vienen establecidos en el art. 786. 1 LECrim y pueden clasificarse en exigencias formales y materiales²¹¹⁹.

5.1.- Exigencias formales

Como regla general, las exigencias formales, establecidas para celebrar un juicio en ausencia del acusado, son las siguientes: a) que haya sido debidamente citado para el juicio oral, bien personalmente, o bien en el domicilio en España que haya designado en la primera comparecencia; b) que al acto del juicio oral asista físicamente el letrado defensor del contumaz y c) que las penas pedidas por la acusación estén dentro de los límites legales para juzgar en ausencia²¹²⁰.

²¹¹⁸ Comité de Ministros del Consejo de Europa. Resolución (75) 11, de 21 de mayo de 1975 sobre los criterios aplicables en los juicios en rebeldía y Recomendación (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, para la simplificación de la Justicia penal.

²¹¹⁹ Esta sistematización de los requisitos del juicio contumacial se ha tomado de GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 125.

²¹²⁰ Cfr. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., "Aproximación al estudio del nuevo "recurso de...ob. cit., p. 634.

5.1.1.- Límite penológico

En cuanto al último de los citados requisitos, en el caso de las personas jurídicas, no existe límite penológico, en tanto que la ley permite que se celebre el juicio en ausencia independientemente de cual sea la pena solicitada por la acusación, señalando que la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impide *en ningún caso* la celebración de la vista (art. 786 bis 2 LECrim).

Por lo tanto, el límite de dos años de privación de libertad o, de seis años para penas de distinta naturaleza (art. 786. 1. II LECrim) no resulta de aplicación a las personas jurídicas²¹²¹, a pesar de que ciertas penas de las que son pasibles los entes colectivos superan ese umbral ordinario de los seis años²¹²². El distinto baremo utilizado, en este aspecto, para las personas físicas y las personas jurídicas, se justifica por la falta de corporeidad de las personas jurídicas, que impide entender su obligación de estar presente en el proceso en los mismos términos que para las personas naturales. Y es que, la clave de la admisión del enjuiciamiento en ausencia debe buscarse en esa naturaleza incorpórea, y no en la presunta menor gravedad de las penas previstas para los entes colectivos, ni en las supuestas menores garantías que exige su enjuiciamiento²¹²³. Así mismo, también resulta determinante de la posibilidad de enjuiciar en ausencia, esto es, sin la presencia física del representante de la entidad, el hecho de que no pretende enjuiciarse la responsabilidad de éste, sino la de su representada.

En definitiva, ampliar las posibilidades de enjuiciar en ausencia, eliminando el límite penológico, en el caso de las personas jurídicas, se fundamentaría, por una parte, en que la obligación de estar presente en el juicio oral, y la correlativa regla que, con carácter general, impide juzgar al acusado ausente, presuponen la individualidad física del sujeto

²¹²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 102-103.

²¹²² Observando la duración de las penas previstas en el art. 33.7 CP se constata como 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 puede tener una duración de hasta quince años, mientras que la disolución es permanente por naturaleza y la prohibición de realizar en el futuro ciertas actividades puede acordarse con carácter definitivo o con carácter temporal, en cuyo caso puede durar también hasta quince años.

²¹²³ En este sentido, no se comparte la argumentación de DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 728, según la cual sería farisaico escandalizarse por la imposición de una pena de multa cuando el representante legal no ha estado presente físicamente, dado que en un procedimiento administrativo se puede llegar al mismo resultado, sin una comparecencia física, sólo con trámites escritos. Esta postura resulta inconsistente con la decisión legislativa de introducir a las personas jurídicas en la rueda penal, imponiéndoles auténticas penas que, en todo caso, han de ser impuestas en un proceso penal con todas las garantías (arts. 1 LECrim y 24.2 CE), aun cuando su contenido material pueda ser semejantes al de una sanción administrativa. Del mismo modo que no se reducen las garantías del imputado cuando el delito presuntamente cometido lleva aparejado sólo una pena de multa, no deben reducirse las garantías procesales de las personas jurídicas imputadas por el hecho de que no quepa imponerles sanciones privativas de libertad. Desde el momento en el que los medios e instrumentos con los que cuenta el Estado de Derecho para ejercitar el *ius puniendi* se ponen al servicio de la represión de las personas jurídicas, sus garantías procesales deben ser análogas. De lo contrario se crearía un inaceptable acusado de segunda clase, provocándose un riesgo de relajación de las garantías del proceso penal.

en cuestión, de la cual las personas jurídicas evidentemente carecen y, por otra parte, en el carácter meramente instrumental del representante de la persona jurídica²¹²⁴, que no es parte pasiva del proceso penal, sino tan sólo representante del inculpado.

Sin embargo, so pena de menoscabar los principios de audiencia y contradicción y, por ende, la esencia misma del proceso, como método exclusivo de aplicación del Derecho Penal, así como los derechos y garantías que corresponderían a la persona jurídica acusada, en mi opinión, el resto de los requisitos del enjuiciamiento en ausencia, que se analizarán a continuación, también deberían respetarse en relación con las personas jurídicas, en particular, la necesidad de que haya habido una citación válida y de que el acusado ausente se encuentre defendido en el proceso por un abogado y representado por un procurador.

5.1.2.- Citación efectiva

Este segundo requisito pretende garantizar que el acusado sólo sea juzgado en ausencia cuando existe constancia de que conoce la existencia de un proceso en su contra. La clave se encuentra en asegurarse de que ha habido una efectiva notificación y de que, por lo tanto, la situación de contumacia es una decisión voluntaria e informada del ente, que conoce la existencia del proceso²¹²⁵ y la posibilidad de ser enjuiciada en ausencia, en su caso, con procurador y abogado designados de oficio para el caso de que no designe postulantes de confianza.

A tal fin, para que haya una citación válida, no es suficiente un cumplimiento formal de los requisitos legales de citación, sino que debe garantizarse la efectividad de la notificación para la primera comparecencia, que ha de practicarse en el domicilio social del ente o en aquel lugar en que desarrolle su actividad, de tal forma que conste su efectiva recepción y, por lo tanto, el conocimiento real del proceso en marcha, otorgando a la persona jurídica la posibilidad de nombrar postulantes de confianza y representante defensivo (art. 119.1 a LECrim) y advirtiéndole de que, en caso de que no designe representante o de que el designado no comparezca el día del juicio oral y no alegue justa causa, será juzgada en ausencia.

A estos efectos, es preciso agotar las posibilidades de notificar efectivamente al ente, como forma de dar la máxima efectividad a sus derechos procesales, sin que quepan, en este ámbito, interpretaciones formalistas que podrían, incluso, causar situaciones de indefensión constitucionalmente proscritas. En este sentido, *“debe entenderse el término domicilio social en sentido amplio y reconocer la posibilidad de dirigir la citación a cualquier otro domicilio que conste en registros públicos o aquel en que desarrolle su actividad, con aplicación de lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el*

²¹²⁴GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 102-103.

²¹²⁵VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...*ob. cit., pp. 470-471.

*domicilio del demandado (arts. 50.3 o 156 LECiv)*²¹²⁶. En definitiva, no basta con intentar la notificación en el domicilio registral, siendo preciso realizar las pertinentes averiguaciones para practicar la notificación en el domicilio real u operativo. Solo cuando se acredita que se han agotado todas las posibilidades de practicar una notificación efectiva, que asegure el real conocimiento del proceso por parte del sujeto pasivo, es posible proceder a su enjuiciamiento en ausencia, tras su citación edictal. Por eso, un intento de notificación fallido en el domicilio registral no resulta suficiente para acudir, de forma automática, a la notificación por edictos o para justificar su declaración en rebeldía.

Posteriormente, tras la práctica de la primera citación, a diferencia de lo que ocurre en relación con las personas físicas, las comunicaciones subsiguientes, incluidas aquellas a las que la ley asigna carácter personal, como ocurre con la citación para el juicio oral, que es la relevante a efectos del enjuiciamiento en ausencia, se practicarán con el procurador (art. 119.1 d) LECrim), lo cual simplifica la realización de los actos de comunicación, aunque no siempre asegura su efectiva recepción por el ente inculpado. Así mismo, la LECrim prevé que si el procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada (art. 119.1 d)). Por eso, la clave está en la primera citación, si ésta fue defectuosa, o no fue efectivamente recibida por el ente, la defensa podría solicitar la nulidad de actuaciones²¹²⁷. Del mismo modo, la falta de comunicación efectiva sobre la identidad del procurador nombrado de oficio podría ocasionar la nulidad de los sucesivos requerimientos o citaciones realizados a través del referido profesional.

En todo caso, debe quedar acreditado en las actuaciones que el ente acusado fue informado de la fecha del juicio, ya sea por haberse recibido la citación en su domicilio social, por medio de un representante debidamente autorizado para actuar en su nombre, por haberse notificado personalmente al representante especialmente designado para representar al ente en el proceso o por haberse notificado a través del procurador designado por la entidad. Sin embargo, cuando, ante la imposibilidad de localizar al ente o de practicar la primera citación de forma efectiva, se le designa un procurador de oficio las citaciones realizadas a través de este profesional no garantizan su efectiva recepción por la persona jurídica imputada, con lo que, *a posteriori*, podría justificarse, por este motivo, la rescisión de la sentencia condenatoria del ausente²¹²⁸, con los consiguientes perjuicios en términos de economía procesal²¹²⁹.

²¹²⁶ ABASCAL JUNQUERA, A., “Problemas y soluciones a la imputación...ob. cit., p. 127.

²¹²⁷ Tal y como observa PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 167, en el caso de que la primera notificación haya resultado defectuosa, el ente que comparece al inicio de las sesiones del juicio oral, puede instar la nulidad de actuaciones o de todos aquellos actos de la instrucción realizados con violación de sus derechos fundamentales (art. 786.2 LECrim).

²¹²⁸ En este sentido, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., pp. 651-652, sostiene que el acusado, para ser juzgado en ausencia, debe haber sido citado personalmente, con lo que no sería suficiente la notificación a través del Procurador, aunque sí podría realizarse en persona designado por el acusado, ya que nadie puede alegar indefensión cuando ha sido provocada por su propio comportamiento.

²¹²⁹ En esta línea, VERGER GRAU, J., “De la rebeldía y rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde” en AA.VV., A. M^a. Lorca Navarrete (dir.); V. Guilarte Gutiérrez (coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2377-2394, p. 2386, afirma que “*la reproducción del emplazamiento o citación en debida forma favorece a la economía procesal pues, en otro caso, la validez de los actos procesales que se vayan realizando está*

5.1.3.- Presencia del abogado de la defensa

Por otra parte, en los juicios en ausencia, ya se celebren frente a una persona jurídica o frente a una persona física, resulta imprescindible, la asistencia del abogado a la vista oral, ya se trate de un letrado de confianza o del turno de oficio. Y es que, ausente el representante de la persona jurídica, la debida asistencia de su abogado y su procurador constituye la única garantía de los principios de igualdad de armas y de contradicción. De hecho, la figura del defensor resulta potenciada en el juicio en contumacia, ya que sobre él ha de recaer todo el peso de la exculpación de su patrocinado²¹³⁰.

Esta última exigencia, como se verá posteriormente, debe ser común también a los supuestos en que la entidad es juzgada en rebeldía, en tanto que no cabe celebrar un juicio penal en el que los intereses de una de las partes no se encuentran representados, siendo preciso, para poder hablar de un verdadero proceso, el enfrentamiento de dos posiciones ante un tercero imparcial²¹³¹. En este sentido, se afirma que todo el sistema de aplicación del Derecho Penal se basa en la idea de proceso, como método único para aplicar ese Derecho, que responde por definición a la concepción de *actus trium personarum*²¹³².

Por lo tanto, el juicio oral puede celebrarse en ausencia del representante, renunciando la persona jurídica a sus posibilidades de autodefensa²¹³³, pero siempre que se garantice la representación de la entidad a través de un procurador²¹³⁴ y su defensa técnica con la presencia del abogado, en tanto que el derecho a la asistencia letrada es de carácter fundamental e irrenunciable²¹³⁵. En tal caso, el abogado tendrá el deber de defender a la entidad, la cual podría, incluso, tener intereses contrapuestos a los de las personas físicas coimputadas y presentes en la vista²¹³⁶, mientras que al procurador corresponderá el importante cometido de representar a la entidad y de recibir las comunicaciones en su nombre sustituyendo, a estos efectos, a la designación de un domicilio a efectos de notificaciones. Este último cometido justifica que, a diferencia de lo que ocurre en los

amenazada por un eventual incidente de nulidad que el demandado podrá interponer cuando conozca de la existencia del proceso".

²¹³⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 141.

²¹³¹ En este sentido, sostiene MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad...* ob. cit., pp. 359 y 365, que si pudiera decirse que en el proceso penal no hay partes, o que sólo el acusado es parte, o que se trata sólo de partes en sentido formal, lo que se estaría queriendo decir es que ese método de aplicar el Derecho Penal no era procesal. Sin partes no hay proceso que valga, en tanto que queda fuera de lo imaginable la existencia de un proceso sin dos partes. En el supuesto que se plantea en el trabajo aunque, en sentido estricto seguiría habiendo dos partes, la total ausencia de la defensa, impediría celebrar el proceso, por imposibilidad de instaurar el debate contradictorio en que el mismo consiste.

²¹³² MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad...* ob. cit., p. 365.

²¹³³ En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 161, dice que de las clásicas manifestaciones del derecho de defensa, esto es, la privada o autodefensa y la pública o técnica, es la primera la que sufre un menoscabo mayor con la ausencia en la vista oral de su titular, debiendo ser la segunda totalmente garantizada.

²¹³⁴ GARCÍA PÉREZ, J. J., "Cuestiones procesales en la exigencia..." ob. cit., p. 28.

²¹³⁵ Así lo señala GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 141.

²¹³⁶ LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., "La persona jurídica en el proceso..." ob. cit., p. 15.

procesos frente a las personas físicas, no pueda demorarse su designación, en el procedimiento abreviado, hasta la apertura del juicio oral²¹³⁷.

Pero es más, el ente contumaz podrá estar representado por un defensor de confianza. Al contrario de lo que ocurre en los supuestos de rebeldía, en los cuales, ante la imposibilidad de localizar al ente, no es posible requerirle para que nombre letrado de confianza, en los supuestos de contumacia, en los cuales el ente efectivamente citado decide no comparecer a través de un representante *ad processum*, la persona jurídica habrá sido requerida para designar a su abogado²¹³⁸, de tal forma que, sólo si desatiende tal requerimiento, se le designará un letrado del turno de oficio.

Por otra parte, antes de proceder al enjuiciamiento en ausencia del ente, resultaría conveniente que fuese escuchada la defensa (art. 786.1 LECrim), ofreciéndosele, de este modo, la oportunidad de alegar cualquier causa legítima que impidiese el juicio en ausencia, provocando la suspensión o el aplazamiento del juicio oral, como por ejemplo, la imposibilidad del representante especialmente designado de comparecer en el día y hora señalados para la vista. Así mismo, el letrado, en defensa del ente contumaz, podría poner de manifiesto cualquier otro óbice procesal para celebrar el juicio, como la falta de capacidad para ser parte de su representada o la falta de jurisdicción o competencia del órgano.

5.1.4.- Petición de la parte acusadora para que se celebre el juicio en ausencia

Este requisito tampoco resultaría aplicable a las personas jurídicas, en primer lugar, porque la ley no lo establece. Pero sobre todo porque con el sistema de ausencia voluntaria diseñado por el legislador, la entidad tiene la posibilidad de no hacerse representar en el proceso y, tal facultad de renuncia a su autodefensa, no puede, en principio, quedar sometida a la voluntad de la acusación. En otras palabras, no corresponde a la acusación, sino a la defensa de la persona jurídica, decidir sobre la celebración del juicio en contumacia.

Por otra parte, si se entiende que la falta de petición por parte de la acusación, constituye un impedimento para la celebración del juicio en ausencia, deberían existir mecanismos para compeler a la entidad a designar a un representante y para forzar la presencia de éste en el juicio. Sin embargo, tal y como se expuso *ut supra*, el legislador no ha previsto ningún mecanismo coactivo para forzar la presencia del ente a través de la asistencia de su representante especialmente designado a tal fin, constituyendo su comparecencia una mera facultad para la entidad, esto es, una carga que la persona

²¹³⁷ ABASCAL JUNQUERA, A., “Problemas y soluciones a la imputación...ob. cit., p. 128.

²¹³⁸ En el ordenamiento italiano, la ley garantiza, expresamente, la defensa técnica al ente contumaz (art. 40 D. Lgs. 231), pero no deja claro si se podría nombrar, en tal caso, defensor de confianza. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina italiana afirma que el ente contumaz puede nombrar defensor de confianza, ya que no se justifica, por esta sola causa, la disparidad de tratamiento con el imputado. Cfr. VARRASO, G., “La partecipazione e l’assistenza dellapersona...ob. cit., pp. 248 y 250.

jurídica puede asumir para un mejor ejercicio de su derecho de defensa o de la que, simplemente, puede no liberarse, quedando, en tal caso, expuesta a sufrir las consecuencias desfavorables que podrían derivarse de tal proceder, vinculadas a la pérdida de las posibilidades que le otorga el derecho de autodefensa.

5.2.- Exigencias materiales

En cuanto a las exigencias materiales, siguiendo a GARBERÍ LLOBREGAT, para proceder a enjuiciar al acusado ausente será necesario, por una parte, que su ausencia no resulte debidamente justificada y, por otra, que existan elementos suficientes para el enjuiciamiento, es decir, que la ausencia no origine perturbaciones que sean tan decisivas como para estimar que la celebración de la vista en tales condiciones puede generar indefensión o atentar contra la recta administración de justicia²¹³⁹.

5.2.1.- Elementos suficientes para el enjuiciamiento

En el caso de las personas jurídicas, la valoración casuística sobre si, en el supuesto planteado, existen elementos suficientes para juzgar en ausencia, sin provocar indefensión al acusado y sin que su “no presencia” física constituya un obstáculo importante para conocer los hechos y practicar plenamente las pruebas, debe ser obviada por el juzgador²¹⁴⁰ en tanto que la propia ley, al señalar que la incomparecencia del representante no implicará la suspensión de la vista, ya encierra un juicio *ex lege* sobre la no necesidad de su presencia en el proceso. Obviamente, sin perjuicio de que la falta de otro coacusado o de un testigo puedan provocar la suspensión del juicio oral.

En este punto, se debe tomar en consideración, nuevamente, el desdoblamiento que se produce entre el presunto responsable penal, persona jurídica, y su representante en el proceso que, en principio, siendo un sujeto no acusado, ni llamado como testigo, podría ser un tercero, sin conocimiento extraprocesal directo de los hechos, cuya comparecencia no aportaría nada desde el punto de vista probatorio o desde la perspectiva de la búsqueda de la verdad, quedando, al mismo tiempo, la defensa técnica

²¹³⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 126; En la misma línea, sostiene PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de... ob. cit., pp. 646-647, que el “*el imputado, en cuanto sujeto de un eficazísimo medio de prueba del que no puede prescindirse, impone, en ocasiones, la exigencia de su necesaria presencia*”, señalando, además, que “*la ausencia justificada no permite la celebración del juicio en ausencia*”.

²¹⁴⁰ En esta línea señala GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 102-103, que, estableciendo un paralelismo entre la incomparecencia del representante de la persona jurídica y el juicio en ausencia de las personas físicas, se constata, entre ambos, una diferencia de trato, en tanto que, en el caso de las personas jurídicas, no se exige una valoración judicial acerca de la existencia de elementos suficientes para el enjuiciamiento.

de la entidad garantizada con la presencia del abogado y asimilándose la ausencia voluntaria del representante a la legítima renuncia de sus posibilidades de autodefensa.

5.2.2.- Inexistencia de una causa legítima que justifique la ausencia

El último requisito para justificar el enjuiciamiento en ausencia implica que no haya una causa legítima que justifique la incomparecencia. Llama la atención, en este sentido, que la LECrim no prevea la posibilidad, para la persona jurídica, de alegar una causa justificativa de la incomparecencia de su representante que, en buena lógica, debiera conducir a suspender la vista oral. De hecho el, tantas veces referido, art. 786 bis 2 LECrim dispone que la incomparecencia del representante defensivo “*no impedirá en ningún caso la celebración de la vista*”. Esta taxatividad de la ley parece encerrar la presunción de que cualquier ausencia del representante designado es injustificada y responde a una decisión deliberada de la persona jurídica de no participar en la vista oral, suposición contraria a la presunción general de buena fe que, además, podría comprometer la estrategia de defensa del ente. Por lo tanto, de *lege ferenda*, sería conveniente que la persona jurídica tuviese la oportunidad de alegar y probar la concurrencia de una causa legítima que le impidiese comparecer a través de su representante defensivo y que, en su caso, llevase a aplazar la celebración del juicio.

Otra forma de interpretar esta opción legislativa podría parar por entender que el legislador parte de la fungibilidad del representante, de tal forma que la imposibilidad de comparecer del representante defensivo no justificaría la suspensión del proceso, toda vez que la entidad podría designar a otro. Sin embargo, aunque, en abstracto, cualquier persona designada al efecto podría ocupar tal posición, en tanto que la LECrim no señala ningún requisito específico para desempeñar tal función, en la práctica, la individualización del representante puede revestir una enorme importancia, ya que su relación con la entidad y con los hechos objeto del proceso puede influir enormemente en la credibilidad de sus declaraciones y, por ende, en la efectividad de la estrategia de defensa de la persona jurídica. Por eso, si la entidad ha preparado su defensa con un sujeto, la imposibilidad sobrevenida del mismo para concurrir al llamamiento judicial, puede hacer inconveniente su sustitución por otro representante.

Resulta legítimo que el proceso continúe ante la pasividad de la entidad a la hora de designar representante o ante la incomparecencia del sujeto especialmente designado como tal, en tanto que, en otro caso, se permitiría al ente inculcado dilatar, indebidamente, el proceso, de forma intencionada, con el consiguiente perjuicio para las víctimas, para la justicia y para la sociedad en general. Sin embargo, resultará necesario dar a la persona jurídica, a través de su defensa técnica, la oportunidad de alegar que concurre una justa causa por la que no ha podido designar representante en el plazo señalado para ello, o por la que el designado no ha podido acudir al acto en cuestión. Si la entidad acredita la concurrencia de una causa legítima, impeditiva de su comparecencia temporánea, y solicita la suspensión y aplazamiento de la vista o del acto en cuestión, en mi opinión, debería procederse en tal sentido, so pena de causarle indefensión. En caso de que a pesar de su petición en tal sentido, la vista se celebre

igualmente, la persona jurídica podría solicitar, *a posteriori*, la nulidad o rescisión del juicio o acto así celebrados.

A la vista de lo anterior, cabe afirmar que la previsión del art. 786 bis 2 LECrim resulta demasiado tajante y poco respetuosa con el derecho de defensa del ente. Por poner un ejemplo extremo, con la legislación vigente, ni siquiera la repentina enfermedad del representante, verificada por un facultativo, implicaría la suspensión del juicio oral²¹⁴¹. De hecho, al art. 746 LECrim, en el que se regulan las causas de suspensión del juicio oral, se le ha añadido un último párrafo disponiendo que “*cuando el procesado sea una persona jurídica, se estará a lo dispuesto en el artículo 786 bis de esta Ley*”, según el cual, tal y como se ha indicado, la incomparecencia del representante nunca impedirá la celebración de la vista, con lo que parecen querer indicarse la exclusión tales causas generales de suspensión, para el caso de las personas jurídicas.

Sin embargo, en mi opinión, en ciertos casos, la suspensión de la vista oral estaría justificada. Por ejemplo, si el representante se encuentra enfermo o imposibilitado para acudir al acto del juicio oral, o concurre otra causa de fuerza mayor. La solución contraria implicaría menoscabar las posibilidades de la entidad de utilizar los medios de prueba pertinentes y útiles para su defensa, especialmente si el interrogatorio de su representante hubiese sido propuesto y admitido como prueba en el juicio. En cualquier caso, si, estando justificada la ausencia, el proceso continúa, los recursos de apelación (arts. 790.2 y 3 LECrim) y de casación (art. 852 LECrim) son los medios idóneos a fin de denunciar la infracción del derecho fundamental del acusado a utilizar las pruebas pertinentes para su defensa (art. 24.2 CE), solicitando la admisión de dicho medio de prueba en segunda instancia o, en su caso, la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración del citado precepto constitucional²¹⁴².

En definitiva, la interpretación literal de las disposiciones legales analizadas (arts. 746 y 786 bis LECrim) podría presentar problemas de constitucionalidad en tanto que podrían provocar situaciones de genuina indefensión para la persona jurídica acusada. Si se tiene en cuenta que la presencia del representante del ente en el juicio se dirige, según lo que dispone la propia ley, a la consecución de un mejor ejercicio del derecho de defensa y que, además, la ausencia de tal representante implica la preclusión de ciertos actos defensivos de carácter personal, como la declaración de parte o el ejercicio del derecho a la última palabra, no parece adecuado impedir, en todo caso y sin excepción, que el proceso pueda ser suspendido ante la incomparecencia del representante especialmente designado.

Será necesario, al menos, darle a la persona jurídica la oportunidad de alegar, por medio de su abogado, la existencia de cualquier causa legítima que haya podido impedir su

²¹⁴¹ En este sentido, PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 166, afirma que no es posible la suspensión del acto del juicio oral si el representante que personaliza al ente se encuentra enfermo, le sobreviene una demencia o fallece.

²¹⁴² PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., pp. 166-167.

designación o su comparecencia tempestiva²¹⁴³. Tal impedimento a la comparecencia de su representante debería servir para solicitar la suspensión de ciertos actos procesales, en particular del juicio oral, que debiera acordarse siempre y cuando se acreditase una imposibilidad absoluta, legítima y actual de comparecer²¹⁴⁴. Absoluta, en el sentido de que no pueda superarse en modo alguno, o por lo menos, no sin sacrificios que no puedan exigirse razonablemente. Para valorar este requisito, en relación con un concreto representante defensivo, es necesario que la entidad señale los motivos en los que se fundamenta su idoneidad para encargarse de la defensa del ente en el proceso o, en su caso, la ausencia de otras personas, en el seno de la entidad, igualmente idóneas para asumir tal representación. Legítima, en tanto que no resulte imputable a la conducta torcida del acusado o a su falta de diligencia. Y actual en el sentido de contemporánea al momento de la comparecencia.

Parece evidente que tras la previsión de los arts. 746 *in fine* y 786 bis 2 LECrim se esconden razones de economía procesal. Tales disposiciones pretenden evitar que se produzcan dilaciones procesales por la ausencia o la incomparecencia del representante de la entidad. Sin embargo, aunque la presencia de tal sujeto no se puede equiparar, en términos absolutos, a la presencia del acusado persona física, cuya responsabilidad personal va a ser enjuiciada, es necesario ofrecer a la persona jurídica la oportunidad de alegar la concurrencia de una justa causa por la que su representante no haya podido asistir al juicio, provocando, en su caso, la suspensión del acto. En otro caso, se podría llegar a frustrar la estrategia defensiva de la entidad por causas ajenas a su voluntad. Tal situación podría terminar resultando contraproducente, no sólo para los derechos de la entidad, sino también en términos de economía procesal, ya que la sentencia de condena dictada en ausencia podría resultar impugnada, incluso, tras haber adquirido firmeza²¹⁴⁵. Por lo tanto, considero que el Juez debe valorar si la no comparecencia del representante del ente responde a un impedimento legítimo impedimento, sin que quepa, en este punto, una interpretación literal y rigorista de la LECrim.

En definitiva, la defensa del ente se encuentra, al menos en su vertiente de autodefensa, condicionada por la presencia de su representante en el proceso, pero tal presencia, cuando es objeto de una renuncia libre e informada por parte del ente, es prescindible, sin que el enjuiciamiento en ausencia de la persona jurídica contumaz, que libremente decide no comparecer en la vista oral, plantee problemas de legitimidad constitucional. Ahora bien, para garantizar el derecho del ente inculpado a ser representado en el proceso, su ausencia debe someterse a un cierto control judicial que corrobore que su

²¹⁴³ Cfr. PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., pp. 166-167; GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 29; MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 72.

²¹⁴⁴ Se sigue, nuevamente, en este punto a GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...*ob. cit., pp. 143-151.

²¹⁴⁵ Según PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit., esta decisión legislativa no acelera el proceso, dado que se faculta al ente para el uso del recurso de anulación (art. 793.2 LECrim), cuyo fin se centra en conocer si el ente ha padecido indefensión, retrotrayendo las actuaciones en el instante que la misma se produjo; En este punto resultan interesantes las reflexiones de PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., p. 646, sobre la condicionalidad a la que queda sometida la firmeza de las sentencias dictadas en ausencia.

incomparecencia responde a una decisión consciente y voluntaria²¹⁴⁶, debiendo procederse, en caso contrario, a suspender o aplazar la vista oral.

6.- Las posibilidades de impugnación de la resolución dictada en ausencia

En vista de que el enjuiciamiento en ausencia sólo procede cuando concurren las referidas circunstancias (citación válida, presencia del letrado y no concurrencia de una causa legítima que impida la comparecencia del representante), es necesario prever un medio de rescisión de sentencias para impugnar aquellas resoluciones firmes dictadas en ausencia, a pesar de que lo procedente hubiera sido suspender el proceso.

Las posibilidades de revisión o impugnación de la resolución dictada en ausencia, cuando concurría una causa legítima para suspender el proceso, se tratarán más detenidamente en el apdo. 7.1 del siguiente epígrafe, al hilo del estudio de la rebeldía, con especial consideración del recurso de anulación (art. 797 LECrim).

7.- Recapitulación

En este epígrafe se ha intentado describir el modelo de ausencia voluntaria por el que ha optado el legislador al permitir que la persona jurídica actúe en el proceso, únicamente, representada y defendida por sus postulantes, ya sean estos designados de oficio, ya por la propia entidad, renunciando, de este modo, a ejercitar sus facultades autodefensivas.

En primer lugar, se ha intentado determinar cuál es el fundamento de la regla general, según la cual el acusado ha de estar presente durante el juicio oral, para ver si resulta trasladable a las personas jurídicas cuando son objeto de acusación penal. Pues bien, no parece que tal fundamento sea trasladable en lo que se refiere a la posición del acusado como medio de prueba y destinatario de la pena, dado que las personas jurídicas comparecen, ineludiblemente, a través de un representante que no es parte en el proceso. Sin embargo, la presencia de tal representante en el juicio oral se justifica como forma de aprovechar las posibilidades autodefensivas del ente, de lo que se deduce que basta con darle a la entidad la posibilidad de hacerse representar en el proceso, pero sin exigir, obligatoriamente su presencia. En este sentido, la incomparecencia del representante defensivo al juicio, y el consiguiente enjuiciamiento en ausencia de la entidad, no presenta inconvenientes cuando se deriva de una decisión voluntaria de la entidad que, de este modo, se acoge a su derecho a guardar silencio.

²¹⁴⁶ Cfr. VARRASO, G., "La partecipazione e l'assistenza dellapersona...ob. cit., pp. 245-246.

La comparecencia de la entidad a través de un representante designado *ad hoc*, que aproveche las posibilidades de autodefensa de la persona jurídica investigada, encausada y acusada, que ocupe el banquillo de los acusados, que declare en su nombre o que ejerza, en su caso, el derecho a la última palabra, se configura como una carga para la persona jurídica, de tal forma que su cumplimiento no puede exigirse coactivamente, mientras que su incumplimiento puede acarrearle, únicamente, las consecuencias desfavorables derivadas de la pérdida de las correlativas posibilidades de autodefensa. Esta naturaleza de carga procesal, que se atribuye a la designación de tal representante, así como su efectiva asistencia a los actos en los que se autoriza o se requiere la presencia del inculcado, se explica, en primer lugar, por las funciones que se encomiendan a tal representante, y en segundo, por la prescripción legal según la cual la falta de designación o comparecencia del representante defensivo no supone un impedimento para la continuación del proceso.

Como consecuencia del régimen descrito es preciso plantearse la posibilidad de que la entidad sea enjuiciada en ausencia. Pues bien, en este epígrafe se han analizado los requisitos que deben concurrir en este enjuiciamiento en ausencia y, en particular, si se le aplican los previstos para el enjuiciamiento en ausencia de las personas físicas. Cabe concluir, en relación con esta cuestión que, debido a la naturaleza incorpórea de las personas jurídicas, no todos los requisitos que se exigen, en el caso de las personas físicas, resultarían trasladables. Ahora bien, sí deberían observarse las exigencias relativas a la citación válida, a la imprescindible presencia del abogado y el procurador de la entidad en el juicio oral celebrado en ausencia y a la necesidad de suspender el proceso, ante la petición en tal sentido de la persona jurídica, cuando concurra una causa legítima que justifique la incomparecencia del representante especialmente designado. Si tales requisitos no se cumplen, podrían provocarse situaciones de genuina indefensión que debieran dar lugar a una reparación a través de las correspondientes vías de impugnación y, señaladamente, a través del recurso de anulación (art. 797 LECrim).

III. La posibilidad de enjuiciar en rebeldía a las personas jurídicas

1.- Planteamiento

Una de las modificaciones, introducidas en la LECrim, al hilo de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro ordenamiento afecta a la institución de la rebeldía. En este sentido, se señala que *“la persona jurídica imputada únicamente será llamada mediante requisitoria cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido”*. En el mismo precepto, se regula el contenido de la requisitoria (art. 839 bis 2º LECrim) y un régimen específico de publicidad del llamamiento así realizado (art. 839 bis 3º LECrim).

Ahora bien, lo más llamativo y novedoso de la regulación es que, tal y como dispone el art. 839 bis 4º LECrim, *“transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión”*. De este modo, por primera vez en España, se permite el enjuiciamiento penal en rebeldía, en tanto que, para las personas físicas, como es bien sabido, se prohíbe, siendo la consecuencia habitual de la declaración en rebeldía, o más bien del fracaso de la requisitoria, la suspensión del procedimiento, una vez concluida la instrucción y pendiente el juicio oral (art. 841 LECrim).

2.- El presupuesto de la rebeldía o de la requisitoria frente a la persona jurídica: la falta de domicilio social conocido

En sentido estricto, el presupuesto para dictar el auto de rebeldía, consiste en que la requisitoria no haya tenido éxito positivo²¹⁴⁷, en tanto que si el sujeto así emplazado atiende al llamamiento no llegará a ser declarado rebelde. Por lo tanto, si el ente comparece en el plazo fijado en la requisitoria, bien mediante representante especialmente designado, o bien mediante la designación de postulantes, no será declarado rebelde²¹⁴⁸. Por eso, el tema central de este epígrafe será la determinación del presupuesto para dictar una requisitoria²¹⁴⁹ frente a la persona jurídica investigada o

²¹⁴⁷ Concuero, en este extremo, con la opinión de ORTELLS RAMOS, M., *La ausencia del imputado en el proceso...* ob. cit., pp. 441-442, cuando afirma que, a primera vista, los preceptos de la LECrim parecen orientados a declarar la rebeldía, cuando, contrariamente a dicha apreciación, el resultado de la requisitoria puede conducir a que la rebeldía no llegue a declararse.

²¹⁴⁸ Según PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...” ob. cit., p. 161, si la requisitoria tiene éxito, es decir, si el ente comparece en el plazo fijado en la misma, bien mediante representante o, incluso sólo designando postulantes de su confianza, no debe ser declarado rebelde.

²¹⁴⁹ En el mismo sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 39, señala que no resulta correcto afirmar que el procesamiento o la inclusión del inculpaado en alguna

encausada. Este presupuesto se concreta, en la regulación vigente, en la imposibilidad de citar a la entidad para la primera comparecencia por falta de domicilio social conocido²¹⁵⁰.

El presupuesto para dictar la requisitoria es siempre de configuración legal, de ahí que se afirme que la rebeldía es un estado de configuración legal, en tanto que no es rebelde sino quien es así calificado por la Ley. Además de la taxatividad legal de los casos de rebeldía, la heterogeneidad de los mismos determina que la labor de extracción de reglas y elementos comunes a todos ellos esté condenada al fracaso²¹⁵¹. Quizá, el único común denominador de las distintas situaciones capaces de producir la rebeldía del imputado sea el de encontrarse éste ilocalizado, esto es, en residencia desconocida para el órgano judicial²¹⁵². Este elemento común, consistente en la imposibilidad de localizar al inculpado, se mantiene en la única causa que fundamenta el dictado de requisitorias frente a una persona jurídica, cual es, la falta de domicilio social conocido en el que practicar la citación inicial, sin que sea preciso determinar si tal situación es voluntaria o ha sido intencionadamente provocada²¹⁵³. A pesar de ello, en vista de las consecuencias que se ligan a la situación de rebeldía del ente inculpado²¹⁵⁴, es muy posible que el legislador tuviese en mente una sociedad fantasma, con domicilio ficticio y sin actividad real, o integrada por “hombres de paja”, que se sustraen deliberadamente a la acción de la justicia, lo cual no siempre se compaginará con la realidad.

En cualquier caso, tal y como se acaba de referir, el legislador ha concretado el presupuesto para el dictado de la requisitoria frente a las personas jurídicas imputadas en la imposibilidad de su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido (art. 839 bis 1 LECrim). Además, el precepto en cuestión se encarga de aclarar que *únicamente* en tal caso procederá el llamamiento de la entidad mediante requisitoria, con lo que, en principio, acogiendo una interpretación literal del mismo, quedarían excluidos otros supuestos en los que la imposibilidad de citación respondiese a motivos distintos, como podría ser la ausencia en el domicilio social de un sujeto habilitado para recibir las notificaciones en nombre de la persona jurídica o el hecho de que el domicilio designado se encuentre cerrado o se desarrolle en él una actividad totalmente ajena a la entidad inculpada a la que se pretende notificar. La ley no aclara cómo se debe proceder en tales supuestos, en los que, a pesar de existir un

de las causas del art. 835 LECrim, son auténticos presupuestos de la declaración de rebeldía, pues, en puridad, lo son de la requisitoria, resolución necesariamente anterior a aquella.

²¹⁵⁰ Por su parte, en la Propuesta CPP 2013 el presupuesto para dictar la requisitoria consiste en que la persona física que debe comparecer en representación de la persona jurídica no exista o no sea hallada, expidiéndose, en tal caso, requisitoria tanto para el llamamiento de la persona jurídica como para la búsqueda de su representante, incluyendo, en su caso la orden de detención de este último (art. 52.4 Propuesta CPP).

²¹⁵¹ Según GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 33, la mejor prueba de ello se encuentra en la regulación de los supuestos de rebeldía que efectúa el art. 835 LECrim, en el que se dan cita supuestos heterogéneos como los de ausencia, incomparecencia, desaparición, ocultación etc. que evidencian la multiplicidad de supuestos dispares que se inscriben en el solo concepto de la rebeldía.

²¹⁵² GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 35.

²¹⁵³ En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 35, sostiene que, en relación con los casos legales de rebeldía, no puede afirmarse que concurra siempre un elemento intencional o doloso del agente, revelador de su voluntad de eludir la acción de la Justicia.

²¹⁵⁴ Los efectos de la rebeldía será analizados en el apdo. 5 de este mismo epígrafe

domicilio social conocido, no es posible citar al ente para la primera comparecencia. Sin embargo, es previsible que estos sean los casos más habituales en la práctica, en tanto que resulta difícil imaginar cómo una persona jurídica, que se haya debidamente inscrita en el correspondiente Registro, puede carecer de domicilio social, al menos “sobre el papel”. En sentido estricto, sólo las sociedades irregulares o en formación podrían carecer de domicilio social conocido, entendiéndose por tal el domicilio registral.

Sin embargo, esa interpretación literal de la expresión “ausencia de domicilio social conocido” no debe aceptarse. Lo que el legislador ha querido remarcar con el adverbio *únicamente* es que, practicada la citación para la primera comparecencia no debe considerarse rebelde a la persona jurídica aun cuando, posteriormente, se sitúe en una situación de ilocalizabilidad²¹⁵⁵. Por eso, en mi opinión, debería dictarse requisitoria, en todos los supuestos en los que, a pesar de que, en sentido estricto, exista un domicilio conocido, no sea posible practicar la primera notificación en él. Así, parte de la doctrina, aplicando una interpretación del precepto acorde con su finalidad, entiende que la falta de domicilio conocido debe integrar los casos en que la citación ha resultado imposible en el domicilio conocido²¹⁵⁶. Por ejemplo, cuando el domicilio que consta en el Registro no se encuentre abierto, cuando haya sido abandonado o no se encuentre en él ninguna persona que recoja la notificación en nombre de la entidad, con lo que no se trataría, en sentido estricto, de la falta de un domicilio conocido, sino más bien de la imposibilidad de citación en el domicilio registral²¹⁵⁷. Además, si el domicilio registral no coincide con el domicilio real u operativo, la notificación ha de intentarse en este último. Se afirma, en este sentido, que la citación debe realizar en aquellos espacios en que se conozca que el ente lleva a cabo, objetivamente, su dirección o actividad²¹⁵⁸.

Esta ampliación, por vía interpretativa, del supuesto previsto en el art. 839 bis LECrim se justificaría en la falta de previsión legal de estos otros supuestos, así como en la necesidad de dotar de contenido al precepto, ante la dificultad de concebir un supuesto de falta de domicilio social conocido en sentido estricto, en vista de las obligaciones registrales de las personas jurídicas que, para constituirse como tales y adquirir personalidad jurídica conforme a Derecho, deben constar en un Registro público en el que, entre otros datos, constará su domicilio²¹⁵⁹. Y es que, quitando un caso en el que la dirección que conste en el Registro sea incorrecta o inexistente, en el resto de supuestos, todas las personas jurídicas tendrán un domicilio inscrito. Incluso si la entidad traslade su domicilio al extranjero, tratándose de una sociedad mercantil, los administradores están obligados a presentar, para su depósito en el RM correspondiente, un ejemplar del proyecto de traslado en el que habrá de constar el nuevo domicilio social propuesto (art.

²¹⁵⁵ En estos casos, se trataría, propiamente, de una hipótesis de contumacia o ausencia, como la analizada en el epígrafe anterior, que tiene como presupuesto la falta de designación del representante del ente o meramente su incomparecencia.

²¹⁵⁶ NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por...* ob. cit., p. 70.

²¹⁵⁷ TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso...* ob. cit., p. 117; En una línea similar CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...” ob. cit., p. 959, asimila la ausencia de domicilio a la discordancia entre el domicilio legal y el real.

²¹⁵⁸ Cfr. PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...” ob. cit., p. 161.

²¹⁵⁹ En esta línea, NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por...* ob. cit., p. 70, observa que este supuesto es de difícil apreciación en las sociedades mercantiles, respecto de las que siempre existirá un domicilio social, en tanto que se podrá consultar en el RM; Y es que, como también subraya TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso...* ob. cit., p. 117, el RM no habría inscrito a una persona jurídica sin previa designación de domicilio.

95 apdos. 2º y 3 LMESM²¹⁶⁰) y hasta que la sociedad no esté registrada en su nuevo domicilio, no se efectuará la baja en el antiguo, con lo que, en todo momento, existirá un domicilio inscrito (art. 102 LMESM²¹⁶¹).

Por otra parte, se debe partir de la base de que la falta de domicilio social conocido, como presupuesto de la declaración de rebeldía, no es una cuestión esencialmente formal, sino que lo realmente importante es que la imposibilidad de comunicarse efectivamente con el ente investigado, a fin de emplazarle para el acto de la primera comparecencia, en el que será informado del contenido de la imputación. Por lo tanto, citado y localizado algún representante de la entidad, incluso en su domicilio particular o, en lugar distinto al domicilio social, tal citación, en la que se le debiera apercibir de la posibilidad de juzgar en ausencia a la entidad, sería válida, evitando que la persona jurídica fuese declarada en rebeldía²¹⁶². Igualmente, si el ente rebelde, por cualquier medio, viene en conocimiento del proceso, o comparece a través de un representante o de un abogado de confianza, la situación de rebeldía se revierte, en tanto que se limita a una inactividad total y permanente.

En este punto, cabe recordar que, el elemento común a las distintas situaciones fácticas subyacentes a la declaración de rebeldía viene dado por la imposibilidad de localizar a la parte pasiva del proceso con lo que, localizados los representantes de la entidad, y requeridos para acudir a la primera comparecencia y para designar postulantes en nombre del ente investigado, su incomparecencia posterior o su inactividad no afectarán a la situación procesal del ente, que se considerará incorporado formalmente al proceso, en su caso, a través de los postulantes designados de oficio. Por lo tanto, la clave de esa situación de ilocalizabilidad es que no haya sido posible practicar la primera citación de forma efectiva.

3.- El contenido de la requisitoria dictada frente a la persona jurídica

El art. 839 bis 2 LECrim indica cual es el contenido de la requisitoria que debe dictarse frente a la persona jurídica que carece de domicilio social conocido²¹⁶³. En cuanto a los datos identificativos de la entidad, la información contenida en tal llamamiento debería ser lo más exhaustiva posible, acudiendo para ello a los correspondientes registros oficiales. La mención del delito, tanto de los hechos como de su calificación jurídica,

²¹⁶⁰ LMESM previamente citada.

²¹⁶¹ LMESM.

²¹⁶² En cuanto a la validez de las notificaciones dirigidas al ente y practicadas en la persona del representante personalmente inculpado, el legislador italiano, en el art. 43.2 D. Lgs. 231, dispone que las notificaciones consignadas al legal representante serán válidas, aun cuando se encuentre imputado por el delito del que depende el ilícito administrativo. Este precepto ha sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad y la Corte constitucional italiana ha resuelto su legitimidad en tanto que considera que la notificación es un acto neutro que, por lo tanto, puede dirigirse al legal representante, aun cuando exista un conflicto de intereses entre éste y la entidad.

²¹⁶³ Este precepto dispone que “*en la requisitoria de la persona jurídica se harán 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, ante el Juez que conoce de la causa*”.

será siempre necesaria en tanto que, con la requisitoria pretende trasladársele la imputación ante la imposibilidad de citarla para la primera comparecencia. Por lo tanto, de la exhaustividad de esta información dependerá el derecho de la entidad a ser informada de los hechos que se le atribuyen, aun cuando sea por medio de edictos. Algunos de estos datos podrían vulnerar la LOPD si se refiriesen a personas físicas, no así en el caso de las personas jurídicas que, en sentido estricto, carecen de datos personales²¹⁶⁴.

Por otra parte, además de requerir a la entidad para nombrar abogado y procurador, la requisitoria debería expresar la posibilidad de que la persona jurídica compareciese a través de un representante, especialmente designado para encargarse de su autodefensa, ante el Juez que conozca de la causa.

Además, completando el contenido de este precepto con lo previsto en el art. 837.2º LECrim sobre la requisitoria dictada frente a las personas físicas, se observa que la comunicación deberá servir para apercibir a la entidad de que, en caso de no comparecer en el plazo fijado, será declarada rebelde y le parará el perjuicio a que hubiere lugar con arreglo a la Ley que, en el caso de las personas jurídicas, implicaría la continuación del proceso hasta su conclusión, con la designación de postulantes de oficio, cuyos honorarios debería satisfacer la entidad, salvo que tuviese derecho de asistencia jurídica gratuita²¹⁶⁵. En cuanto a la causa legal que dio lugar a la expedición de la requisitoria, al ser única, la imposibilidad de notificar para la primera comparecencia por falta de domicilio social conocido, podría considerarse que no es estrictamente necesario expresarla en la requisitoria, aunque no estaría demás referir las circunstancias que han dado lugar a esa imposibilidad de notificación.

Por otra parte, cabe señalar que, como regla general, la requisitoria presenta una doble naturaleza jurídica. De una parte, es un acto de comunicación, en cuanto tiene por objeto poner en conocimiento del inculpado la existencia de un proceso en su contra y la necesidad de que acuda ante el Juez que conoce de la causa en el plazo que se le indica; y de otra, es igualmente un acto de naturaleza coactiva, dado que contiene una orden de busca para localizar al inculpado y, posteriormente, conducirlo por la fuerza a presencia judicial²¹⁶⁶. Sin embargo, la requisitoria frente a la persona jurídica tiene una naturaleza esencialmente comunicativa, y no tanto coactiva, en tanto que contiene un llamamiento a la entidad para que comparezca, pero no contiene propiamente, o al menos no lo señala así a ley, una orden de busca, esto es, una orden a las autoridades de localizar su domicilio efectivo o a sus representantes²¹⁶⁷. Además, a pesar de que el art. 839 bis 2 LECrim se refiere a la *obligación* de la entidad de comparecer en el plazo fijado, si la misma no comparece de forma voluntaria, no existe ningún medio coercitivo para

²¹⁶⁴ El art. 3 a) LOPD dispone que los datos de carácter personal vienen constituidos por *cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables*.

²¹⁶⁵ Tal y como se analizó en el apdo. 4.1.2.3 del epígrafe III del capítulo 2, este derecho fundamental se encuentra muy limitado en cuanto a su reconocimiento en relación con las personas jurídicas.

²¹⁶⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., pp. 35-36.

²¹⁶⁷ En este sentido, VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...” ob. cit., observa que, en el caso de rebeldía de la persona jurídica, la ley obliga a expedir requisitoria pero no origina, como en la persona física, órdenes de búsqueda y captura.

forzarla, ni ninguna sanción prevista para su incumplimiento²¹⁶⁸. En este sentido, se critica, en este punto, la regulación, dado que un llamamiento por requisitorias, sin que sea susceptible de adoptarse medida alguna restrictiva de los derechos del así emplazado, resulta vacío de contenido²¹⁶⁹.

A mi modo de ver, detrás del dictado de la requisitoria de la persona jurídica, en lugar de una orden de búsqueda y localización del ente inculcado, se esconde, más bien, un intento, no muy afortunado, de salvar el requisito de la citación válida, a través de un sistema de comunicación formal, que pretende justificar el posterior enjuiciamiento en rebeldía, simplificando los trámites de notificación y renunciando a la fundamental exigencia de asegurar que ha existido una notificación real y efectiva al ente, sobre la existencia de un proceso penal en su contra. Cabe recordar, en este punto, que, en lo que se refiere a la citación del sujeto pasivo del proceso, no caben interpretaciones formalistas, que frustren la efectividad de los derechos de defensa y de acceso al proceso del inculcado, por lo que la notificación por edictos, tal y como ha señalado, reiteradamente, el TC ha de ser el último recurso, debiendo, previamente, agotarse todas las posibilidades de notificación personal²¹⁷⁰.

4.- La publicidad de la requisitoria dictada frente a la persona jurídica

El apdo. 3º del art. 839 bis LECrim regula un régimen de publicidad específico para la requisitoria dictada contra una persona jurídica con el que se asegura tan sólo un conocimiento formal de su contenido, en ningún caso, un efectivo conocimiento del mismo. En este sentido, se establece que *“la requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del RM» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado”*. Por lo tanto, la publicación en el BOE resulta ineludible pero, adicionalmente, en función del tipo de persona jurídica de que se trate, la requisitoria se publicará en el BORME o en otro periódico o diario oficial.

No se entiende muy bien la referencia de la ley a los periódicos o diarios oficiales relacionados con la naturaleza o actividad de la entidad, en tanto que, a lo que debería atenderse, en su caso, para las entidades no mercantiles, es a su ámbito geográfico de actuación, determinando así si la publicación debería realizarse, además de en el BOE, en el BOCA o en el BOP.

²¹⁶⁸ Por su parte, según la Propuesta CPP, que partía de la obligación del representante de la entidad de estar presente en el proceso y en los distintos actos a los que fuese citado, se imponía a un determinado sujeto la obligación de asumir tal representación procesal, con lo que la requisitoria, además de un llamamiento a la persona jurídica, contenía una orden de búsqueda y detención de tal representante, que se remitiría a las FCSE para ser llevada a efecto (art. 52.4 Propuesta CPP). Con esta regulación, la naturaleza coactiva del acto recobraría su vigencia, en tanto que, ante la desatención al requerimiento de comparecencia, sería posible detener al representante y conducirlo por la fuerza ante la autoridad.

²¹⁶⁹ GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., “Cuestiones procesales en torno a...ob. cit., pp. 91-92.

²¹⁷⁰ Ver, por todas, STC 137/2014, de 8 de septiembre.

Resulta evidente que tal régimen de publicidad, al igual que ocurre con las publicaciones por edictos, no asegura en absoluto el conocimiento de la existencia del proceso efectivo por parte de la entidad, con lo que la continuación de los trámites procesales hasta su conclusión (art. 839 bis 4 LECrim) podría ser causa de una genuina situación de indefensión, expresamente prohibida por la Constitución (art. 24.2). En este sentido, se debe convenir en que *“no se compadece con las garantías del proceso penal que pueda bastar la notificación edictal para que pueda continuar el proceso contra una persona jurídica con la que, por distintas razones, fuera imposible practicar las notificaciones”*²¹⁷¹. Por eso, es necesario, reiterar, una vez más, la necesidad de que, antes de dictarse una requisitoria contra una persona jurídica inculpada, se agoten las otras modalidades de citación y que quede constancia formal de haberse intentado o, al menos, que sea razonable considerar que otros medios normales de comunicación resultarían ineficaces²¹⁷².

5.- Los efectos de la declaración de rebeldía frente a la persona jurídica: continuación de los trámites procesales hasta su conclusión

La gran novedad del régimen de la rebeldía previsto para las personas jurídicas se encuentra en el apdo. 4º del art. 839 bis LECrim, según el cual, si la persona jurídica no comparece en el plazo fijado en la requisitoria, será declarada rebelde, *“continuando los trámites procesales hasta su conclusión”*. Cabe plantearse si esa continuación de las actuaciones podría interpretarse como la prosecución del proceso hasta que finalice la fase de instrucción, suspendiéndose después su curso, como, normalmente, se procede en los casos de rebeldía de las personas físicas (arts. 840 y 841 LECrim). Sin embargo, tal interpretación, más garantista con los derechos de la entidad, supondría, a todas luces, forzar la letra de la ley que no prevé la suspensión del procedimiento ni del juicio oral pendiente.

Así, mientras que para las personas físicas, el principal efecto que produce la declaración de rebeldía, o más bien el fracaso de la requisitoria, es la suspensión del

²¹⁷¹ DE ARANDA Y ANTÓN, G., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 54.

²¹⁷² En este sentido, el TC ha dicho que la citación y el emplazamiento edictal para comparecer en juicio penal son válidos constitucionalmente, pero por ser ficciones jurídicas con un significado más simbólico que real, cuya recepción por el destinatario no puede ser demostrada, han de entenderse necesariamente como un último y supletorio remedio, subsidiario y excepcional, reservado para situaciones extremas, cuando la persona buscada no pueda ser habida, quedando sometida su práctica a condiciones rigurosas, entre las que se encuentran: a) haber agotado antes las otras modalidades de citación con más garantías - arts. 166 a 171 y 178 LECrim. que prevén la citación personal con entrega de cédula, en su defecto a través de los parientes que habitaren en el domicilio o de los vecinos más próximos a éste, y en caso de domicilio desconocido orden de busca a la Policía judicial-; b) constancia formal de haberse intentado la práctica de los medios ordinarios de citación, y c) que la resolución judicial de considerar al denunciado como persona en ignorado paradero o con domicilio desconocido se funde en un criterio de razonabilidad que lleve a la convicción de la ineficacia de aquellos otros medios normales de comunicación (Véanse, en relación con el carácter subsidiario del emplazamiento edictal las SSTC 135/1997, de 21 de julio, F. J. 4º; 65/2000 de 13 de marzo, F. J. 4º; 191/2003 de 27 de octubre, F. J. 5º; 122/2013 de 20 de mayo, F. J. 3º; 137/2014 de 8 de septiembre, F. J. 3º).

proceso, bien paralizándolo una vez terminado el sumario y antes de la celebración del juicio oral, bien suspendiendo la continuación de la vista oral ya comenzada²¹⁷³, en el caso de las personas jurídicas este efecto suspensivo no existe, sino que el proceso continúa en todo caso. Se trata de una excepción a la regla general según la cual la ausencia del sujeto pasivo conlleva una crisis provisional del proceso²¹⁷⁴.

Esta solución, que se ha mantenido inmutable en el PLMAP, en la LMAP, así como en los dos intentos frustrados de aprobar un nuevo texto completo regulador del proceso penal²¹⁷⁵, permite proceder al enjuiciamiento de la persona jurídica rebelde, contrariamente a la regla que rige para las personas naturales²¹⁷⁶. Aun cuando la naturaleza incorpórea de las personas jurídicas legitima una regulación dispar de su presencia en el proceso, la solución escogida por el legislador, en este punto, es, en mi opinión, poco respetuosa con el derecho del ente a conocer la existencia de un proceso en su contra, y por tanto, con los principios de audiencia y contradicción, todos ellos instrumentales del más amplio derecho a una defensa eficaz. La regulación abre la posibilidad de que una persona jurídica puede ser condenada penalmente, desconociendo absolutamente la existencia de un proceso en su contra, ya que el presupuesto para dictar la requisitoria, es, precisamente, la imposibilidad de notificar efectivamente al ente para comunicarle la existencia del proceso y darle traslado de la imputación.

La decisión legislativa de proseguir el proceso *in absentia* del ente jurídico, que no ha podido ser localizado por falta de domicilio social conocido, ciertamente, impide que la persona jurídica dilate el proceso con maniobras de ocultamiento, lo cual puede resultar conveniente en aquellos supuestos en que la misma ha sido concebida como un instrumento para delinquir o se encuentra inactiva en el momento de incoarse el procedimiento penal²¹⁷⁷. Otra ventaja de no suspender el proceso por la declaración de rebeldía del ente sería la de impedir que éste, a través del control de la paralización del proceso, se beneficie de la institución de la prescripción²¹⁷⁸.

²¹⁷³ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., pp. 45-46.

²¹⁷⁴ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., p. 628.

²¹⁷⁵ Estos dos textos prelegislativos fueron el ALECrím, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2011, durante la pasada legislatura y la Propuesta de CPP, presentado por el Ministerio de Justicia el 25 de febrero de 2013, durante la presente legislatura. En el primero de ellos se disponía, en términos similares a los de la regulación actual, que “*Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites de la causa con el abogado y el procurador designados de oficio y entendiéndose con estos todos los trámites procesales hasta su conclusión*” (art. 54.4 ALECrím 2011). Por su parte, el art. 53.3 *in fine* Propuesta CPP 2013 disponía que “*no se suspenderá la causa por la rebeldía del encausado que no sea una persona física*” y el art. 54.2 del mismo texto señalaba, asimismo, que “*cuando el encausado no sea una persona física podrá realizarse el enjuiciamiento en rebeldía en todo caso*”.

²¹⁷⁶ En este sentido, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso...* ob. cit., p. 41, afirma que una de las medidas subsiguientes la declaración formal de rebeldía ha de ser la suspensión del procedimiento en virtud del criterio general de que no resulta legalmente posible el enjuiciamiento penal en rebeldía.

²¹⁷⁷ PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 155.

²¹⁷⁸ *Idem.*, pp. 153-173.

Sin embargo, continuar el proceso contra el ente rebelde presenta importantes riesgos desde el punto de vista de las garantías²¹⁷⁹. Desde esta segunda perspectiva, existen una serie de derechos, vinculados a la noción del proceso con todas las garantías, que podrían verse gravemente afectados por tal regulación, tales como el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a estar presente en el juicio, a ser oído, a ser juzgado en un proceso contradictorio y por supuesto el derecho de defensa, del cual son instrumentales todos los demás²¹⁸⁰. Se trata de la clásica colisión entre la eficacia formal del proceso, entendida en términos de tiempo y coste, y la eficacia material, centrada en las garantías²¹⁸¹, habiendo el legislador optado, en este caso, por primar la eficacia formal.

Desarrollar o no el juicio oral sin la presencia física del acusado vendría a ser una mera opción legislativa²¹⁸². En este punto, se debe recordar que, en la disyuntiva entre prohibir y permitir los juicios en ausencia están empeñados, no sólo criterios técnicos, sino también otros de índole político-procesal²¹⁸³. Si bien, no cabe desconocer que esta situación en la que se juzga a una persona a la que no se le ha notificado la existencia del proceso, por carecer de domicilio conocido, es cuando menos anómala en el enjuiciamiento penal español. No así en el proceso civil, en el que también se prevé la posibilidad de juzgar al demandado rebelde que, por carecer de domicilio conocido o hallarse en ignorado paradero, hubiese sido citado o emplazado para personarse mediante edicto (arts. 496 y 497 LECiv). Estas similitudes con el demandado de un proceso civil podrían encontrarse justificadas para aquellos derechos y garantías que presupone la individualidad física del imputado²¹⁸⁴.

Sin embargo, siendo coherentes con el análisis realizado hasta el momento, el hecho de que la persona jurídica carezca de corporeidad física no implica que las garantías de su enjuiciamiento puedan quedar en suspenso. Además, puede resultar necesario aclarar que, si no hay citación válida no se puede presuponer que la ausencia es voluntaria, por lo que habría resultado más respetuoso con el derecho de defensa del ente, suspender el proceso alcanzada la fase de juicio oral, tal y como dispone la ley, para el caso de las

²¹⁷⁹ Desde este punto de vista, PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 171, afirma que la actual regulación debilita, objetivamente, las formalidades procesales y el derecho de defensa que debe ostentar el ente jurídico inculcado en tanto que permite que se sustancie el mismo hasta su conclusión frente a la declaración de rebeldía del ente sin mencionar qué instrumento debe instarse para rescindir la sentencia en los supuestos de ausencia involuntaria.

²¹⁸⁰ Consciente de tal preocupación, afirma PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit., que al juzgar a la persona jurídica rebelde se establece la convicción judicial sin la participación del ente, limitándole su derecho a proponer prueba en los plazos y formas previstos legalmente.

²¹⁸¹ Distinción señalada por MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad*...ob. cit., p. 147.

²¹⁸² GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso*...ob. cit., p. 50.

²¹⁸³ ORTELLS RAMOS, M., Tesis Doctoral titulada “La ausencia del imputado en el proceso penal español”, Valencia s/f, no publicada, p. 6, citada por GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso*...ob. cit., p. 17.

²¹⁸⁴ En este sentido, puede resultar útil traer a colación, una vez más, las palabras de DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 725, al señalar que “*aunque por vía de principio la persona jurídica debe ser traída al proceso penal en una cualidad más asimilable a la de imputado que a la de tercero responsable civil, en todo aquello definitorio del estatus de imputado que exige o presupone la individualidad física (...) habrá que abandonarse el paralelismo y encontrar los referentes en los terceros responsables civiles*”.

personas físicas rebeldes²¹⁸⁵. La razón estriba en que cualquier regulación procesal que permita el enjuiciamiento en ausencia del imputado ha de partir del dato de la ausencia voluntariamente decidida por quien tiene perfecto conocimiento de las condiciones de lugar y tiempo en que ha de realizarse un determinado acto procesal²¹⁸⁶. De hecho, la mayor parte de los ordenamientos extranjeros que permiten el enjuiciamiento en ausencia de las personas jurídicas exigen, como condición *sine qua non*, que la citación haya resultado eficaz. Así lo establecen, entre otros, el ordenamiento austriaco (§ 23 VbVG) y el ordenamiento italiano que, ante la imposibilidad de notificar al ente la existencia de un procedimiento en su contra, suspende *sine die* el proceso (art. 43.4 D. Lgs. 231²¹⁸⁷).

Pues bien, para salvar la constitucionalidad del régimen de la rebeldía previsto en la LECrim, que dispone el enjuiciamiento de la persona jurídica, sin que ésta haya sido efectivamente notificada, será preciso, en primer lugar, haber agotado las posibilidades de notificación. En segundo lugar, permitir a la entidad rescindir el juicio cuando su rebeldía no haya sido voluntaria. Y, en tercer lugar, que el ente rebelde se encuentre representado en el proceso por un abogado designado de oficio. Así pues, y siguiendo en este punto los criterios contenido en la Resolución (75) 11²¹⁸⁸, hay que tomar en consideración las siguientes reglas. En primer lugar, nadie podrá ser juzgado si previamente no ha recibido una citación entregada con la suficiente antelación para poder comparecer y preparar su defensa, salvo si se determina que se ha sustraído voluntariamente a la justicia²¹⁸⁹. En segundo lugar, la persona juzgada en rebeldía, pero legalmente citada, tendrá derecho a ser juzgada de nuevo en la forma ordinaria, si se determina que su ausencia y su falta de comunicación al Juez se debieron a una causa ajena a su voluntad²¹⁹⁰. Y, por último, cuando el acusado sea juzgado en rebeldía (...) la defensa tendrá derecho a intervenir²¹⁹¹.

Es preciso buscar una vía intermedia entre la regulación española, que continúa el proceso, prescindiendo absolutamente de verificar un conocimiento efectivo de su existencia por parte del ente, y la regulación italiana, que ante la infructuosidad del segundo intento de notificación, suspende *sine die* el procedimiento contra el ente (art. 43.4 D. Lgs. 231). Tal opción podría consistir, en primer lugar, en ampliar las posibilidades de notificación y, en segundo lugar, constatada la imposibilidad de notificar, en continuar con el proceso, pero abriendo al ente la posibilidad de hacer alegaciones *a posteriori*, en orden a acreditar que desconocía la existencia del proceso y que tal desconocimiento no le resulta imputable, sino que se debe a un defecto de

²¹⁸⁵ En este sentido, CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 959, entiende que “*lo más adecuado, ya que está en franco peligro de causar indefensión resulta que si no es que si la persona jurídica no puede ser hallada se proceda a la suspensión del proceso, como sucede con las personas físicas*”.

²¹⁸⁶ ORTELLS RAMOS, M., Tesis Doctoral titulada “La ausencia del imputado en el proceso...ob. cit., p. 509, citada por GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso*...ob. cit., p. 53.

²¹⁸⁷ El citado precepto dispone, en tal sentido, que “*Se non e' possibile eseguire le notificazioni nei modi previsti dai commi precedenti, l'autorita' giudiziaria dispone nuove ricerche. Qualora le ricerche non diano esito positivo, il giudice, su richiesta del pubblico ministero, sospende il procedimento*”.

²¹⁸⁸ Comité de Ministros del Consejo de Europa. Resolución (75) 11 de 21 de mayo de 1975 sobre los criterios aplicables en los juicios en rebeldía.

²¹⁸⁹ Recomendación 1 de la Resolución (75) 11 *ut supra* citada.

²¹⁹⁰ Recomendación 9 de la Resolución (75) 11 *ut supra* citada.

²¹⁹¹ Recomendación 5 de la Resolución (75) 11 *ut supra* citada.

notificación o a causas ajenas a su voluntad, supuesto en el cual procedería la rescisión del proceso celebrado en rebeldía.

En definitiva, para respetar el derecho del ente a estar presente en el proceso, así como su derecho de defensa y los principios de audiencia y contradicción, que han de informar, ineludiblemente, el proceso penal, se propone, de *lege ferenda*, la ampliación de las posibilidad de revisar la sentencia firme en los casos de juicio en ausencia, rescindiendo el juicio celebrado si el ente prueba que no ha tenido conocimiento del mismo, sin que tal ignorancia resulte imputable a su falta de diligencia. Otra opción, sin duda más garantista que la actualmente vigente, pasaría por importar la solución italiana, que suspende *sine die* el proceso ante la imposibilidad de notificar al ente.

6.- Los requisitos del proceso penal contra la entidad rebelde

6.1.- La necesidad de agotar las posibilidades de notificación efectiva

Seguramente, lo dispuesto en materia de citación y rebeldía de la persona jurídica imputada, sea uno de los aspectos más discutibles de la regulación, en tanto que, ante la falta de domicilio social conocido, no se prevé ninguna investigación encaminada a averiguar el domicilio efectivo de la entidad o el de alguno de sus administradores o representantes a quien pudiera dirigirse la comunicación, sino que, ante la primera dificultad para llevar a efecto la citación, se pasa directamente a la publicación de la requisitoria en los Boletines Oficiales, lo que podría generar situaciones de verdadera indefensión²¹⁹². Este escenario empeora en vista de que, el efecto tradicional de la rebeldía, que implica la suspensión del juicio oral, no se prevé para las personas jurídicas que, como se indicó en el apdo. 5 de este epígrafe, pueden llegar a ser juzgadas sin que se haya constatado su efectivo conocimiento sobre la existencia de un proceso penal en su contra²¹⁹³.

En este punto, se hace necesario distinguir entre el principio de recepción y el principio de conocimiento. De acuerdo con el primero de ellos, la nulidad de una notificación depende de que se haya realizado conforme a los requisitos legales, mientras que, el principio de conocimiento atiende a si el acto ha llegado a su destinatario²¹⁹⁴. De tal forma que puede haber una comunicación regular, es decir, que cumpla el protocolo legal de comunicaciones, pero que sea fallida, en tanto que no llegue a su

²¹⁹² VEGAS TORRES, J., “El proyecto de ley de medidas de agilización procesal”, *Otrosí*, núm. 7, julio-septiembre de 2011, 5ª Época, pp. 29-33, p. 33.

²¹⁹³ En este sentido, afirma MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 23, que la regulación de la rebeldía para la persona jurídica resulta incoherente en tanto que es declarada rebelde y a la vez se le tiene por comparecida a través de abogado y procurador de oficio, causando indefensión al poder ser condenada sin conocer la existencia del procedimiento.

²¹⁹⁴ Se puede ver esta distinción en YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas. La urgencia de un replanteamiento*, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 441-442.

destinatario²¹⁹⁵. Pues bien, cabe señalar que, en los casos en que la ley entiende realizada la notificación, pero esta no es efectivamente recibida por su destinatario, se desconectan el principio de recepción y el de conocimiento.

Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando, comunicada al Procurador de la persona jurídica la citación para la vista oral, éste no localiza a la entidad o cuando la ley se conforma con una notificación por edictos. Lo mismo se observa en el caso de la rebeldía de las personas jurídicas, en tanto que la publicidad de la requisitoria, dictada tras constatar la imposibilidad de notificar por ausencia de domicilio social conocido, no garantiza, en absoluto, el conocimiento del proceso por parte de la entidad imputada²¹⁹⁶. Con la agravante de que, en este último caso, se trata de la primera citación, de la que depende el conocimiento de la existencia misma del proceso y, por ende, el ejercicio efectivo de todos los derechos inherentes a la condición de parte pasiva del proceso penal.

Para evitar una interpretación formalista de los actos de notificación, que conduzca a la inconstitucionalidad del régimen de rebeldía previsto para las personas jurídicas, es necesario, en primer lugar, asimilar la falta de domicilio social conocido a la imposibilidad de notificar de forma efectiva y, en segundo, agotar todas las posibilidades de notificación efectiva antes de acudir a la vía edictal, que ha de ser siempre el último recurso al que sólo cabe acudir cuando el domicilio o paradero no fuera conocido²¹⁹⁷ y se mostrase como imposible su averiguación efectiva.

Por lo tanto, para poder juzgar en rebeldía a la persona jurídica, siendo respetuoso con sus derechos de acceso al proceso y de defensa, tal y como se argumentó en el apdo. 5.1.2. del epígrafe anterior del presente capítulo, en relación con el enjuiciamiento en ausencia, deberían agotarse las posibilidades de notificación efectiva. En este sentido, no basta con constatar la imposibilidad de notificar en el domicilio social o registral, como un mero formalismo para acudir a la llamada mediante requisitorias y continuar el proceso hasta su conclusión. Está en juego el derecho de defensa del ente, en tanto que se omite la trasmisión al mismo de la información de garantía, tanto en el momento de la imputación como en el de formalizar la acusación. Pero no sólo eso, sino que también están amenazados los principios naturales, e inherentes a la propia estructura del proceso, de contradicción y audiencia, por lo que no se deben escatimar esfuerzos en lograr una efectiva recepción de esa primera citación. En definitiva, si lo que se busca

²¹⁹⁵ Esta terminología y las distintas combinaciones que se pueden dar entre comunicaciones regulares/irregulares, efectivas/fallidas y válidas/nulas se pueden ver en YÉLAMOS BAYARRI, E., *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales*...ob. cit., pp. 458-459.

²¹⁹⁶ En este sentido, entiende PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., pp. 156-157 y 162, que la requisitoria publicada en los boletines correspondientes no supe la citación personal del ente ni evita la interposición del recurso de anulación en tanto que no asegura el efectivo conocimiento de la causa por parte del ente y, por ende, no garantiza la voluntariedad de su incomparecencia.

²¹⁹⁷ Así lo ha entendido el TC en las SSTC 196/1989, de 27 de noviembre y 123/1991, de 3 de junio, en relación con el juicio de faltas. Si bien, tal interpretación, no está exenta de críticas, como las planteadas por MONTERO AROCA, J., “La ausencia del imputado en el proceso penal”, *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 535-570, pp. 557-558, para quien no debiera ser esta la solución cuando el sujeto no tenga domicilio conocido, en cuyo caso, al plantearse la posibilidad de que pueda no haber llegado a su conocimiento la citación, la celebración de la vista en su ausencia podría producir la constitucionalmente vedada indefensión.

es la efectividad de la citación, el Juez debe usar todos los medios que estén a su alcance para averiguar el domicilio efectivo de la entidad y el legislador debe ampliar las posibilidades de notificar al ente en otros de sus locales o establecimientos e, incluso, de ser conocido, en el domicilio particular de algunos de sus representantes, fijándose en estos casos cautelas complementarias para asegurar la recepción final de la comunicación por la entidad y dejando claro que estos sujetos sólo actúan como transmisores de la citación, sin que, por lo tanto, a resultas de una posterior incomparecencia de la persona jurídica, pudieran acordarse medidas compulsivas personales contra ellos²¹⁹⁸.

Por eso, a pesar de la omisión legislativa, antes de que se declare rebelde a la persona jurídica se debe interesar de todos los Registros públicos, por medio de la Policía (art. 762.1 LECrim) la averiguación del actual domicilio²¹⁹⁹. En este sentido los arts. 155 .3 y 156 LECiv regulan las averiguaciones del tribunal sobre el domicilio del demandado, señalando que se utilizarán los medios oportunos para descubrir tales circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, requerimientos de información al Registro oficial, cuando se tratare de empresas y otras entidades, así como al 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, para el caso de otras personas jurídicas. Además, cabría también acudir al Registro Central de Rebeldes penales, que, conforme a la última modificación producida por el RD 1611/2011, de 14 de noviembre, contiene datos relativos a las personas jurídicas y no sólo a las personas naturales.

6.2.- La ausencia voluntaria e informada

El TEDH recuerda que ni la letra ni el espíritu del art. 6 CEDH impiden a una persona renunciar *voluntariamente* a las garantías de un proceso equitativo, expresa o tácitamente, siempre que dicha *renuncia sea inequívoca* y no se enfrente a ningún interés público importante²²⁰⁰. En este sentido, el TEDH ha dicho que el rechazo de la revisión de las causas penales seguidas en ausencia, sin indicación de que el acusado ha renunciado a su derecho a estar presente en el juicio, debe considerarse manifiestamente contrario a las previsiones del citado precepto²²⁰¹. Así mismo, el referido Tribunal afirma que, en ausencia de notificación efectiva, no puede considerarse que se haya renunciado al derecho²²⁰². En la misma línea, la doctrina italiana sostiene que no se

²¹⁹⁸ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...ob. cit., p. 229, nota 110.

²¹⁹⁹ TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso...*ob. cit., p. 117.

²²⁰⁰ STEDH de 10 de noviembre de 2004. Caso Sejdovic c. Italia, párrafo 33; STEDH de 30 noviembre 2000. Caso Kwiatkowska c. Italia; STEDH de 21 febrero 1990. Caso Hakansson y Sturesson c. Suecia párrafo 66.

²²⁰¹ STEDH de 24 de marzo de 2005. Caso Stoichkov c. Bulgaria; STEDH de 28 de febrero de 2008. Caso Demebukov c. Bulgaria.

²²⁰² STEDH de 31 de enero de 2012. Caso Stoyanov c. Bulgaria; En un sentido similar, la STS (Sala 2ª) núm. 514/2006, de 5 de mayo, RJ 2006\3149, ordena la repetición del juicio oral, que se celebra sin que el sujeto pasivo haya sido citado personalmente, puesto que no es posible aseverar que todo acusado que traslada su domicilio fuera del territorio español impide, deliberadamente que se efectúe su citación para el juicio oral; En una línea similar, se pronuncia el TC en las SSTC 134/2000 de 16 de mayo; 163/2000 de

admite la celebración de un proceso en el que la ausencia del ente y su falta de participación no sean fruto de una elección precisa y consciente, sino de una inconsciente ignorancia del acto de ejercicio de la acción²²⁰³. Pues bien, de igual forma, cabe entender que, no es posible presumir que una persona jurídica, cuya situación de ilocalizabilidad impide su efectiva citación, ha decidido conscientemente no participar en el proceso penal, cuya existencia es posible que no le conste. Y ello a pesar de que pesa sobre las personas jurídicas la obligación registral de comunicar los cambios de domicilio.

La regulación de la rebeldía contenida en la LECrim para las personas jurídicas contempla una situación caracterizada por la imposibilidad de notificar al ente, sin necesidad de indagar sobre su voluntad de sustraerse a la acción de la Justicia²²⁰⁴, con lo que hay que convenir que tal situación de ilocalizabilidad, puede ser voluntaria o involuntaria. Así las cosas, si se permite celebrar el juicio sin constatar fehacientemente la voluntad de la entidad de abstenerse de participar en él, al menos, parece recomendable distinguir ambos supuestos, para prever soluciones impugnativas que permitan al ente que ha estado ausente involuntariamente repetir el juicio o, de alguna otra forma, recuperar las oportunidades procesales precluidas.

En este sentido, se debe tomar en consideración, como lo hace la LECiv, que no es lo mismo, la rebeldía propiamente dicha que la ausencia involuntaria, debida a causas que no le son imputables al demandado (fuerza mayor, desconocimiento de la demanda y del pleito, cambio de domicilio antes de la citación o emplazamiento, etc.) o que obedecen a una infracción de las normas sobre citaciones y emplazamientos²²⁰⁵. Así, se observa como la legislación procesal civil, a pesar de estar informada por el principio de preclusión, en casos de ausencia involuntaria, es respetuosa con los principio de audiencia y contradicción, tendentes a evitar situaciones de indefensión constitucionalmente vedadas (art. 24.2 CE). A tal fin, se permite al rebelde involuntario recuperar las oportunidades procesales de defensa y audiencia, aun cuando comparezca con posterioridad al término del emplazamiento, otorgándole, ampliamente, el derecho a la prueba en la segunda instancia, si comparece en la primera después del periodo de prueba (art. 460.3 LECiv²²⁰⁶) o, incluso, permitiéndole obtener la rescisión de la sentencia firme y la repetición del proceso (art. 501 LECiv²²⁰⁷).

12 de junio, según las cuales si no consta una renuncia expresa del condenado a un juicio penal en su presencia, la condena en ausencia, vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

²²⁰³ BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 555; FIDELBO, G., "Le attribuzioni del giudice penale...ob. cit., p. 485; GARUTI, G., "Il processo "penale" agli enti"...ob. cit., p. 1053.

²²⁰⁴ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., "Análisis de la regulación legal...ob. cit., p. 229, nota 110.

²²⁰⁵ VERGER GRAU, J., "La rebeldía en la nueva ley de enjuiciamiento civil", *Revista Xurídica Galega*, núm. 30, 2001, pp. 293-321, p. 295.

²²⁰⁶ Dispone el precepto que "el demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho".

²²⁰⁷ El art. 501 LECiv, bajo la rúbrica *Rescisión de sentencia firme a instancias del rebelde. Casos en que procede*, dispone que "Los demandados que hayan permanecido constantemente en rebeldía podrán pretender, del tribunal que la hubiere dictado, la rescisión de la sentencia firme en los casos siguientes: 1. ° De fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma. 2. ° De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del

6.3.- La irrenunciabilidad de la defensa técnica

Por otra parte, aunque la ley tampoco aclara esta cuestión, parece necesario que la persona jurídica que va a ser juzgada en rebeldía, se encuentre asistida de abogado y representada por procurador, debiendo ser tales profesionales designados de oficio, ante la inactividad del ente. En este sentido, la asistencia letrada se configuraría como un “derecho/deber” pues, ante la falta de designación de abogado de confianza por la entidad imputada, se le designará uno de oficio²²⁰⁸. Por lo tanto, la continuación del proceso contra la persona jurídica declarada rebelde, requerirá, en todo caso, partir del respeto a la irrenunciable defensa técnica²²⁰⁹. De otra forma, no sería posible celebrar el proceso penal, en tanto que nadie representaría los intereses de la defensa, lo cual podría chocar, incluso, con el entendimiento mismo del proceso como *actum trium personarum*, además de hacer inviable la instauración de un debate contradictorio en su seno a través del que alcanzar la convicción judicial²²¹⁰.

Sin embargo, la letra de la LECrim no aclara si el ente rebelde, por no tener domicilio social conocido en el que practicar la citación para la primera comparecencia (art. 119.1.a) LECrim), tras incumplir con la obligación de comparecer contenida en la requisitoria (art. 839 bis LECrim), debe ser representado por un abogado de oficio. La regulación se limita a prever que, ante el requerimiento dirigido a la persona jurídica para que designe postulantes de confianza, se le advierta de que, en caso de no hacerlo, se le nombrarán estos de entre los del turno de oficio (art. 119.1.a) LECrim), pero tal disposición presupone un domicilio social conocido y una primera citación válida. En este sentido, se ha llegado a sostener que el ente rebelde podría ser juzgado sin asistencia técnica, en tanto que la designación de postulantes de oficio requeriría un posicionamiento inicial, en el que la entidad, habiendo sido requerida para designar

artículo 161, pero ésta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable. 3.º De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y de cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado aquéllos”.

²²⁰⁸ FUENTES SORIANO, O., “Sobre el fiscal instructor y la igualdad...ob. cit. p. 217.

²²⁰⁹ En esta línea se pronuncian, entre otros, PORTAL MANRUBIA, J.; “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., pp. 154-155, donde el autor señala que “*Es razonable pensar que el derecho de defensa del ente jurídico se preserve sino comparece en el procedimiento que se incoa en su contra por decisión propia o incluso por estrategia defensiva, al igual que si su ausencia es involuntaria por desconocer su efectiva existencia*”, siendo en este último supuesto de rebeldía involuntaria totalmente inoportuno sancionar a la persona jurídica con proseguir el proceso en su contra hasta su finalización sin designarle postulación, alcanzándose, en tal caso, la convicción judicial sobre la responsabilidad de la entidad sin la existencia de una mínima contradicción; También CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 959; GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 33, quien califica de indeseable, en puridad de principios, la posibilidad de que pueda seguirse hasta su fin un proceso penal frente a una persona jurídica declarada en rebeldía, sin contar con defensa técnica alguna.

²²¹⁰ En este sentido, GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*...ob. cit., p. 183, afirma que la existencia de dos posiciones es consustancial a la idea de proceso, debiendo alcanzarse la evidencia, presupuesto de la sentencia, a través de la oposición de dos tesis contrapuestas.

abogado, se negase a hacerlo²²¹¹. Por su parte, el PLMAP²²¹² hacía referencia a la continuación del proceso en rebeldía “*entendiéndose las actuaciones con el abogado y el procurador*”, pero la versión finalmente aprobada de la LMAP suprimió tal referencia a los postulantes, lo que podría llevar a especular sobre la posibilidad de que el legislador hubiese optado por una rebeldía absoluta, como la que rige en el proceso civil, desarrollándose las actuaciones procesales con la sola presencia de los acusadores y, en su caso, con el resto de coacusados²²¹³.

Sin perjuicio de la posición del MF, que actuará sometido a los principios de legalidad e imparcialidad pidiendo, en su caso, cuando lo considere oportuno, la absolución del acusado (arts. 3.4, 6 y 7 EOMF), la precedente interpretación de la LECrim conduciría a juzgar a la entidad sin estar presente la defensa y sin que nadie en el seno del proceso representase sus intereses. En mi opinión, tal solución no cabe en vista de que, al no haber nadie actuando en la posición pasiva, la convicción judicial tendría que alcanzarse con una total ausencia de contradicción, quebrándose el principio de igualdad de armas y con un evidente riesgo de indefensión material para la persona jurídica. Incluso, la imparcialidad del juzgador podría ponerse en entredicho, en tanto que la misma presupone la observancia del principio de audiencia bilateral, pues el Juez sólo podrá ser verdaderamente imparcial en la aplicación de la ley si escucha a ambas partes²²¹⁴. Como gráficamente ha expresado FARANDA, la ausencia del acusado y de su abogado defensor convertirían la vista en poco menos que en una representación teatral²²¹⁵.

Por otra parte, a nivel legal o de regulación positiva, esta interpretación chocaría con el tenor literal del art. 779.1.4º LECrim, que impide abrir juicio frente a quien no haya comparecido ante el Juez instructor en los términos del art. 775 y 119 LECrim, por lo que, o bien se considera que el art. 839 *bis* 4 LECrim constituye una excepción a lo dispuesto en el art. 779.1.4º o bien, se debe interpretar que es precisa la designación de abogado y procurador de oficio a la persona jurídica rebelde. La exigencia general de una previa imputación formal para la apertura de juicio oral hace que resulte preferible esta segunda opción²²¹⁶.

A mayor abundamiento, se debe traer a colación la doctrina del TEDH según la cual el derecho de todo acusado a ser efectivamente defendido por un abogado, designado, en su caso, de oficio, figura entre los elementos fundamentales de un proceso equitativo y el acusado no pierde este derecho por el mero hecho de su ausencia en los debates.

²²¹¹ BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica... ob. cit., p. 174; En esta línea también se ha pronunciado PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 163, para quien “*la opción de declarar la persona jurídica en rebeldía, prosiguiendo el proceso contra la misma hasta su conclusión sin designarle postulación, no es contraria a la obtención de un proceso equitativo siempre que se regulen medios procesales específicos que permitan, posteriormente, rescindir la sentencia con el fin de acreditar que el ente jurídico pretendía participar en el proceso pero su ausencia es consecuencia de una citación de imputado defectuosa que le ha originado indefensión material*”.

²²¹² BOCG. Congreso de los Diputados. 18 de marzo de 2011 (núm. expte. 121/000117).

²²¹³ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 101.

²²¹⁴ ARAGONESES ALONSO, P., *Proceso y Derecho Procesal (Introducción)* 2ª ed., Editorial de Derecho reunidas, Madrid, 1997, p. 130.

²²¹⁵ FARANDA, C., *La pars conditio nel processo penale*, Giuffrè, Milán, 1968, p. 45.

²²¹⁶ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 101.

Incluso, si el legislador debe poder desanimar las abstenciones injustificadas, no puede sancionarlas derogando el derecho a la asistencia de un defensor²²¹⁷. Por su parte, el TC ha dicho que “*cualquier otra sanción que pretenda anudarse a la incomparecencia ha de ser proporcionada a la conducta que se sanciona y por consiguiente, no puede alterar las garantías básicas del proceso justo*”²²¹⁸. En este sentido, ha considerado desproporcionado privar al reo rebelde de su derecho a ser defendido por letrado, argumentando que tal medida no superaba el pertinente juicio de proporcionalidad. En primer lugar, porque en el concreto procedimiento la personal presencia del reo no aportaba particulares ventajas para su resolución. En segundo lugar, porque las exigencias legítimas de presencia del reo ante el órgano judicial podían ser aseguradas o estimuladas por otros medios distintos al de la pérdida del derecho a la defensa letrada, señaladamente por el dictado de una orden judicial de busca y captura, concurriendo además la perspectiva de que su ausencia le comporte la pérdida de beneficios penitenciarios o, en su caso, que incurra en nueva responsabilidad criminal por quebrantamiento de condena²²¹⁹.

Aunque frente a las personas jurídicas no existan esas otras formas de incentivar su presencia o, más bien, de lograr superar su situación de ilocalizabilidad, creo que tampoco se justifica la denegación de la defensa técnica al ente rebelde. Así pues, se propone de *lege ferenda* la previsión de otros instrumentos para forzar a la entidad a recibir la primera citación, tales como las multas coercitivas a la entidad que permanece ilocalizable o la amenaza de incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad, figura delictiva, actualmente, no resulta imputable a las personas jurídicas. En definitiva, cabe concluir que, al ente que no ha podido ser notificado de la pendencia del proceso en ningún momento, debería nombrársele un abogado de oficio que represente sus intereses.

Se critica, así mismo, que una eventual designación de oficio de abogado y procurador permitiría mantener la ficción de que la persona jurídica no se encuentra indefensa, si bien se trataría de un mero formalismo que no garantizaría una mínima calidad de la defensa²²²⁰. En la misma línea, se señala que la declaración de rebeldía, no obstante, la designación de abogado y procurador del turno de oficio por parte del órgano jurisdiccional, aunque salvaguarda el derecho de defensa, podría ser ineficaz si el ente jurídico no mantiene una comunicación adecuada con su defensor²²²¹. Y es que, el derecho de defensa no se preserva completamente con la designación de postulantes

²²¹⁷ STEDH de 21 de enero de 1999. Caso Van Geyselghem c. Bélgica, párrafo 34; STEDH de 13 de febrero de 2001. Caso Krombach c. Francia, párrafo 89; STEDH de 31 marzo 2005. Caso Casp Mariani c. Francia, párrafo 40.

²²¹⁸ STC 91/2000, de 30 de marzo, F. J. 15º.

²²¹⁹ Así se entendió en la STC 198/2003, de 10 de noviembre, F. J. 7º; Si bien es cierto que, cuando en un delito grave, el procesado rebelde ha pretendido ser representado por abogado y procurador durante la fase sumarial, el TC ha entendido proporcionada la denegación de tal pretensión en tanto que, tratándose de la fase sumarial de proceso por delito, la propia presencia del procesado rebelde “puede ser conveniente y aun necesaria para el esclarecimiento de los hechos” señalando, en segundo lugar, que es propio del proceso ordinario por delitos graves la suspensión del curso de la causa, lo que excluye que el acusado sea condenado en ausencia “y le permite ejercitar su derecho de defensa cuando se proceda a su reapertura por haberse presentado o sea habido” (SSTC 87/1984, de 27 de julio, F. J. 5º; 149/1986, de 26 de noviembre, F. J. 2º).

²²²⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 101.

²²²¹ PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...” ob. cit., p. 7.

adsritos al turno de oficio por la falta de conexión entre éstos y la dirección institucional del ente²²²². En este punto, se hace preciso recordar que la autoridad judicial y el MF tienen que velar por el estricto cumplimiento del derecho de defensa (art. 2 LECrim), que implica contar con una asistencia letrada, real y efectiva, y no meramente formal. En este sentido, se afirma que no basta la presencia física del letrado defensor para celebrar el juicio, si aquél manifiesta que le ha sido retirada la confianza de su cliente y permanece mudo a lo largo del plenario, en actitud absolutamente pasiva, en tanto de este modo no se garantiza la contradicción que su designación pretende garantizar²²²³.

En definitiva, el desarrollo del proceso penal, sin haber conseguido citar efectivamente a la entidad investigada, para acudir a la primera comparecencia en la que se le daría traslado de la imputación, presenta numerosos problemas. Por eso, ante la decisión del legislador de no suspender el juicio oral, habrá que procurar, al menos, celebrar el proceso, frente a la entidad rebelde, con las necesarias garantías, sin perjuicio, de que, como se verá a continuación, una vez que comparezca y ponga fin a la situación de rebeldía, se le permita recurrir la sentencia dictada en su ausencia o, incluso, rescindir el proceso así celebrado.

7.- La comparecencia posterior del ente juzgado en rebeldía y las posibilidades de impugnación

La condición de rebelde no es inmutable durante la pendencia del procedimiento. La declaración de rebeldía debe alzarse en cualquier momento en que el ente comparezca, aunque sólo sea a través de sus postulantes²²²⁴. Así mismo, y aunque la ley no lo prevea expresamente en relación con las personas jurídicas, parece exigible que, en cualquier momento en que el ente, por cualquier medio, tenga conocimiento del proceso, se le dé la oportunidad de participar en el mismo, en el estado y grado en el que se encuentre, sin que las actuaciones se retrotraigan (art. 846 LECrim)²²²⁵. En este sentido, es preciso señalar que el incumplimiento de la obligación de comparecer, en el plazo contenido en la requisitoria, no debería conllevar como sanción la imposibilidad de personarse a

²²²² PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., pp. 162-163.

²²²³ DE DIEGO DíEZ, L. A., *El llamado recurso de anulación en el procedimiento abreviado. Anulación de sentencias condenatorias dictadas en ausencia del acusado*, 2º ed., Bosch, Barcelona, 2004, p. 95; Justamente, la STEDH de 13 de mayo de 1980. Caso Ártico c. Italia, parece dar respuesta a la anterior afirmación porque interpreta que, para garantizar el derecho a un proceso equitativo, no basta con la mera designación de abogado sino que la asistencia de la defensa técnica debe ser real y operativa. Igualmente, la STEDH de 9 de abril de 1984. Caso Goddi c. Italia, concreta la necesidad de que el defensor disponga de facilidades para estudiar el asunto, preparar su alegato y contactar con su cliente.

²²²⁴ PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 161; Igualmente, en relación con la rebeldía civil, afirma VERGER GRAU, J., *La rebeldía en el proceso civil...ob. cit.*, pp. 53-54, que “*la rebeldía es aquella situación procesal del demandado que se inicia con su incomparecencia, transcurrido el término del emplazamiento y termina con su eventual personación*”, aún extemporánea.

²²²⁵ En la misma línea, señala la LECiv que “*cualquiera que sea el estado del proceso en que el demandado rebelde comparezca, se entenderá con él la sustanciación, sin que ésta pueda retroceder en ningún caso*” (art. 499).

posteriori, en vista de que tal incomparecencia inicial, tal y como acaba de argumentarse en el apdo. anterior, no justifica despojar al ente de su derecho de defensa.

Por otra parte, en tanto que la imposibilidad de notificar por falta de domicilio social conocido y la subsiguiente declaración de rebeldía, tras el fracaso del emplazamiento y de la requisitoria, prescinden de una renuncia consciente e inequívoca del ente a participar en el proceso, se hace preciso otorgar al condenado *in absentia*, con independencia de los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en la LECrim, la oportunidad de instar un procedimiento rescisorio frente a la condena penal²²²⁶, tanto si no fue citado conforme a las normas legales, supuesto que podría acarrear la nulidad del proceso, como si, habiéndolo sido, su ausencia se debió a causas ajenas a su voluntad²²²⁷. En definitiva, es preciso arbitrar un cauce procesal para que el ente pueda poner de manifiesto los defectos o irregularidades del juicio celebrado en su ausencia.

Como punto de partida, cabe recordar que cualquier actuación judicial que se produzca prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, siempre que por esa causa se haya producido indefensión, es nula de pleno derecho (arts. 238.3 y 240.2 LOPJ)²²²⁸. El órgano judicial está facultado para apreciar de oficio tal nulidad (art. 240.2 LOPJ) y, consecuentemente, pendiente el proceso o, en palabras de la LOPJ, “antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso”, cualquier cauce será idóneo para poner de manifiesto ante el órgano de instancia las infracciones cometidas²²²⁹. Sin embargo, en la práctica, lo habitual será que los vicios que hayan podido existir en el enjuiciamiento, sobre todo cuando se ha celebrado el juicio en ausencia, sean puestos de manifiesto por la parte que los ha sufrido tras la terminación del proceso.

En particular, los mecanismos con los que cuenta el enjuiciado en ausencia o en rebeldía son, por un lado, los recursos ordinarios y los recursos extraordinarios y, por otro, ciertas acciones impugnativas autónomas que permiten atacar la firmeza de la sentencia dictada en ausencia, en tanto que razones de justicia material se imponen a otras de seguridad jurídica²²³⁰. Pues bien, en primer lugar, se afirma que toda persona juzgada en

²²²⁶En este sentido, se pronunció el TC, recogiendo la doctrina del TEDH, en su STC 135/1997, de 21 de julio, F. J. 3º, al señalar que la condena en ausencia, en causas criminales, se encuentra sometida a una serie de condicionamientos “según los cuales, o ésta se halla vedada en atención a la importancia de los intereses en juego, o su imposición sólo es posible tras una efectiva citación para juicio que ha de ir seguida de una posibilidad de purga posterior que permita combatir tanto el fondo de la resolución como la eventual indefensión producida por la involuntaria ausencia del acusado”. Este criterio ya fue establecido en la STEDH de 12 de octubre de 1992. Caso T. c. Italia, párrafos 24-30.

²²²⁷ Ambos supuestos son señalados respectivamente en las reglas 8º y 9º de la referida Resolución (75) 11 de 21 de mayo de 1975 sobre los criterios aplicables en los juicios en rebeldía, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa. En ellas se dispone que “la persona juzgada en ausencia, en tanto que no haya sido citada regularmente, debe disponer de un recurso para hacer valer la nulidad de la sentencia” (regla 8º) y que “la persona juzgada en ausencia, pero regularmente citada, tiene derecho a ser juzgada de nuevo” (regla 9º).

²²²⁸ Tal es el caso, según DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El llamado recurso de anulación en el...* ob. cit., p. 87, de los motivos de anulación cuando se haya celebrado el juicio en ausencia del acusado.

²²²⁹ HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal...* ob. cit., p. 234; Sobre la fundamentación, los límites y el procedimiento de esta facultad de apreciación de oficio de la nulidad véanse las pp. 234-257.

²²³⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., pp. 643-645, señala que, el fundamento del recurso de anulación se encuentra en la cesión de la seguridad jurídica

ausencia debe poder impugnar la sentencia a través de todos los recursos que fueran procedentes de haber estado presente²²³¹. Por lo tanto, mientras la sentencia definitiva, dictada en ausencia o en rebeldía, no alcanza firmeza, cabrá recurrirla en apelación o, en su caso, en casación, además de por otros motivos, con base en el quebranto de las garantías esenciales del procedimiento por haberse celebrado el juicio en ausencia indebidamente. Pero además de tales recursos, que se otorgan contra la sentencia definitiva y no firme, es necesario reconocer al condenado en rebeldía un medio de impugnación jurisdiccional excepcional, que le permite atacar la sentencia firme²²³², poniendo en duda la regularidad procesal del juicio en ausencia, anulándolo, en caso de haberse procedido incorrectamente, y procediéndose a un examen *ex novo* de la convicción alcanzada por el juzgador sin la participación de la persona jurídica, dándole, en esta ocasión, la oportunidad de ser oída²²³³.

El éxito de esta pretensión rescisoria quedaría supeditado a la verificación de que la persona jurídica no ha participado en el proceso por causas ajenas a su voluntad, en tanto que el criterio determinante para que se estime la pretensión de anulación del proceso desarrollado en ausencia, radica en que se aprecie indefensión del acusado y condenado²²³⁴. Y es doctrina constitucional reiterada que para poder apreciar la queja de indefensión es preciso que la situación en la que el ciudadano se haya visto colocado no sea debida a una actitud voluntariamente aceptada por él o imputable a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de la necesaria diligencia²²³⁵.

A fin de cuentas, la rebeldía de la persona jurídica, tal y como se ha configurado en la ley, presupone la imposibilidad de notificar por falta de domicilio social conocido, lo que conduce a que la entidad sea enjuiciada en ausencia, sin constatar su voluntad en tal sentido. Por lo tanto, se hace necesario que, *a posteriori*, la persona jurídica pueda destruir la presunción *iuris tantum* de que ha mantenido una posición deliberadamente contumaz respecto del proceso, pese a tener conocimiento de su existencia. Precisamente, para que pueda hacer las alegaciones pertinentes en tal sentido debe permitírsele interponer el recurso de anulación penal (art. 793 LECrim)²²³⁶ o, en su caso, el incidente de nulidad de actuaciones, cuando la quiebra de las normas esenciales del procedimiento o de los derechos de audiencia, de asistencia letrada o de defensa le

en aras al logro de una resolución más justa, así como en garantizar la efectividad de ciertos derechos constitucionales.

²²³¹ Comité de Ministros del Consejo de Europa. Resolución (75) 11, de 21 de mayo de 1975 sobre los criterios aplicables en los juicios en rebeldía. Regla 7º.

²²³² Esta es la naturaleza jurídica que le atribuye al recurso de anulación PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.,

“Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., p. 643.

²²³³ STEDH de 24 de mayo de 2007. Caso Da Luz Domingues Ferreira c. Bélgica; STEDH de 10 de noviembre de 2004. Caso Sejdovic c. Italia.

²²³⁴ En esta línea, se puede ver la referida Resolución (75) 11, de 21 de mayo de 1975 sobre los criterios aplicables en los juicios en rebeldía del Comité de Ministros del Consejo de Europa, ya citada, que señala la relevancia de que el legislador regule una institución en el proceso penal que permita revisar la condena decretada en ausencia del sujeto pasivo, a fin de valorar si la ausencia ha sido de manera voluntaria, por falta de diligencia o bien por causas ajenas a su voluntad.

²²³⁵ SSTC 91/2000, de 30 de marzo, F. J. 2º; 191/2001, de 1 de octubre, F. J. 2º.

²²³⁶ Sobre este recurso, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., pp. 623-669.

hayan provocado una efectiva indefensión (arts. 238.3º y 241 LOPJ)²²³⁷.

La causa de nulidad, prevista en el art. 238.3º LOPJ²²³⁸, podrá darse, por ejemplo, cuando la entidad no haya sido citada para la primera comparecencia por falta de domicilio social conocido, supuesto en el que será declarada rebelde y juzgada en rebeldía, o, igualmente, cuando, tras ser citada para la primera comparecencia, no haya sido regular y efectivamente citada al acto del juicio oral, provocándose su incomparecencia involuntaria²²³⁹. En tales casos, se estaría privando a la entidad de sus posibilidades de autodefensa, plasmadas en su intervención a través del representante especialmente designado y se vulneraría, así mismo, el principio de audiencia bilateral, entendido como dar al acusado o, en este caso, a su representante, la oportunidad de ser oído, independientemente de que se haga uso de ella o no²²⁴⁰. Otra posibilidad, en la que pudiera apreciarse el referido supuesto de nulidad procesal se daría cuando la persona jurídica rebelde fuese juzgada sin la presencia de postulantes, por no habersele designado éstos de oficio, en tanto que la celebración del juicio, con la única presencia del Fiscal y, en su caso, del resto de acusadores, podría vulnerar su derecho de audiencia y su derecho de asistencia letrada, causándole efectiva indefensión²²⁴¹. En ambos casos, la persona jurídica podrá utilizar la vía del recurso de anulación para pedir la nulidad de lo actuado²²⁴².

En definitiva, desde el punto de vista de las garantías constitucionales, si no se constata, en primer lugar, que la persona jurídica sabía de la existencia del proceso y, en segundo lugar, que existe, por su parte, una voluntad deliberada de eludirlo o de no participar en él a través de un representante, o al menos, una actitud negligente que le ha impedido conocer el proceso y/o participar en él a través de su representante, no debería abrirse el juicio oral, sino que debería procederse a su suspensión²²⁴³. Esta solución preventiva debería, de *lege ferenda*, ser exigida a nivel normativo. Sin embargo, la ley no prevé tal

²²³⁷ Sobre el incidente de nulidad de actuaciones, véase VERGER GRAU, J., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Bosch, Barcelona, 1982.

²²³⁸ Según el referido precepto “*los actos procesales serán nulos de pleno derecho: (...) Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión*”; Sobre la correcta interpretación de este precepto, como causa de nulidad, véase HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal...*ob. cit., pp. 171-199.

²²³⁹ Aunque este segundo supuesto será menos frecuente en la práctica, al menos en cuanto a la regularidad del acto, en tanto que se ha establecido para la persona jurídica un régimen de comunicaciones simplificado en el que todos los actos de comunicación, incluidos los personales, se practican con el procurador (art. 119.1 d) LECrim).

²²⁴⁰ En este sentido, sostiene DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El llamado recurso de anulación en el...*ob. cit., p. 25, que “*el principio de contradicción o audiencia bilateral ha de ser rectamente entendido como posibilidad real y efectiva de oponerse a las pretensiones del acusador, sin que sea preciso que el acusado haga obligatoriamente uso de esa posibilidad, pues estamos ante un derecho renunciabile*”.

²²⁴¹ Esto no podría ocurrir con las personas físicas que sólo pueden ser juzgadas en ausencia, no así en rebeldía, siendo preceptiva la asistencia del defensor.

²²⁴² Resulten interesantes, a este respecto, las reflexiones de HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal...*ob. cit., pp. 306-307, sobre el recurso de anulación como forma de solicitar la nulidad de lo actuado cuando se produce una condena en ausencia sin cumplir los requisitos legales.

²²⁴³ En este sentido, el TC ha dicho que la presencia en juicio hace real la posibilidad de defensa y, en tal medida, el art. 24 CE impide, con carácter general, una resolución judicial de fondo “*inaudita parte*” salvo en los casos de incomparecencia por voluntad expresa o tácita o negligencia imputable al procesado citado personalmente (SSTC 112/1987, de 2 de julio; 151/1987 de 2 de octubre; 123/1991, de 3 de junio; 135/1997, de 21 de julio, F. J. 4º).

posibilidad de suspensión, ni ante la falta de domicilio conocido, ni ante la incomparecencia injustificada al juicio oral del representante especialmente designado en la primera comparecencia. Como consecuencia de este régimen legal se amplían las posibilidades de que se produzcan nulidades *a posteriori*.

Hasta que se introdujo la posibilidad de juzgar en rebeldía a las personas jurídicas, el ámbito de aplicación del instrumento procesal de purga de las irregularidades del juicio celebrado en ausencia era más reducido, dado que, en situaciones de rebeldía, la vista oral debía suspenderse. Sin embargo, la nueva regulación en relación con la rebeldía de las personas jurídicas, al establecer la posibilidad de continuar el proceso hasta el final sin la presencia de la entidad, a pesar de no haberse logrado la efectiva notificación para la primera comparecencia (art. 839 bis 4 LECrim), hace necesario reflexionar sobre los mecanismos de impugnación disponibles para garantizar los derechos de la entidad condenada en rebeldía²²⁴⁴. Es necesario que el ente pueda probar *a posteriori* que la incomparecencia de su representante fue involuntaria o que estuvo justificada o, en su caso, que la falta de notificación efectiva no resultó imputable a su actitud negligente o fraudulenta. Ni siquiera las obligaciones registrales que recaen sobre las personas jurídicas, en orden a mantener actualizados los datos sobre su domicilio social, justifican que la infructuosidad de la notificación en el domicilio registral sea sancionada con la privación del derecho fundamental a la defensa técnica o a la autodefensa ejercida a través de su representante.

A continuación se analizarán, por lo tanto, los remedios con los que podría contar la persona jurídica para conseguir la rescisión de la sentencia de condena, dictada en rebeldía o ausencia, que serían, principalmente, el recurso de anulación y el incidente de nulidad de actuaciones.

7.1.- El recurso de anulación

Como medio específicamente previsto en el proceso penal, destaca el recurso de anulación (art. 793.2 LECrim), que constituye una acción impugnativa autónoma²²⁴⁵, o “*un medio de impugnación jurisdiccional excepcional*”²²⁴⁶, tendente a rescindir la sentencia firme de condena dictada en un proceso celebrado en ausencia.

El fundamento de esta acción impugnativa autónoma reside en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que proscribire la indefensión, lo que implica que, en todo proceso judicial, y muy especialmente en el penal, ha de respetarse el fundamental derecho a la defensa contradictoria de las partes contendientes, otorgándoles la oportunidad de alegar y probar procesalmente lo que convenga al éxito de sus

²²⁴⁴ Tal y como observa GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 874, la anulación ha sido tradicionalmente posible, únicamente, en supuestos de condena en contumacia, ya que la falta de citación o la declaración de rebeldía, para las personas físicas, únicas imputables hasta diciembre del año 2010, implica la suspensión del juicio. Sin embargo, el panorama cambió con la LMAP que introdujo este específico régimen de rebeldía para las personas jurídicas.

²²⁴⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso*...ob. cit., pp. 205-207.

²²⁴⁶ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., p. 643.

pretensiones, sin que pueda justificarse la resolución *in audita* parte, salvo cuando la incomparecencia se deba a la negligencia o a la voluntad expresa, en tal sentido manifestada por el sujeto pasivo del proceso²²⁴⁷. Por lo tanto, para el caso de que la ausencia de la entidad, o la incomparecencia de su representante, haya sido involuntaria será necesario establecer algún medio específico de rescisión de la sentencia dictada en contumacia²²⁴⁸. Así pues, con tal finalidad, este medio impugnativo tiene por objeto el *iudicium rescidens* de la sentencia firme de condena, en orden a controlar si el juzgador ha respetado los criterios legales para llevar a cabo el juicio en ausencia, debiéndose celebrar de nuevo en caso contrario (art. 793.1 LECrim)²²⁴⁹.

Precisamente, el legitimado para interponer este recurso es el condenado penalmente en ausencia²²⁵⁰, sin que sea relevante, a efectos de legitimación, si la ausencia fue voluntaria o involuntaria²²⁵¹. Pues bien, en vista de que la regulación procesal relativa a la intervención de las personas jurídicas permite condenarlas en ausencia o, incluso, en rebeldía, cuando carezcan de domicilio social conocido, en principio, parece que la persona jurídica debería encontrarse legitimada para interponer tal acción impugnativa contra la sentencia firme de condena que se haya dictado en su ausencia. De esta forma podría recurrir su condena, cuando hubiese sido dictada sin tener, la entidad, conocimiento del proceso o cuando hubiese sido privada, injustificadamente, de las posibilidades de autodefensa que, por otro lado, la propia CE y el CEDH garantizan a todo acusado, sin distinción de su naturaleza.

Ahora bien, en el caso de las personas jurídicas es el propio legislador el que establece, a nivel legal, que las personas jurídicas que no han podido ser debidamente citadas sean juzgadas en rebeldía y que la ausencia del representante en el juicio nunca es motivo de suspensión de la vista, con lo que, la falta de citación efectiva o la ausencia injustificada del representante podrían considerarse supuestos respetuosos con las normas esenciales del proceso y con la regulación legal.

Además, debe tenerse en cuenta que la regulación de este mal llamado “recurso” limita su ámbito de interposición al que “*hubiere sido condenado en ausencia conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 786*”, regulación que, como

²²⁴⁷ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 873.

²²⁴⁸ Véase CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El recurso de anulación penal*, Comares, Granada, 1995, pp. 12-14, con alusión a las obligaciones derivadas de la Resolución (75) 11 y la Recomendación R (87) 18, ambas del Comité de Ministros del Consejo de Europa, previamente citadas.

²²⁴⁹ TS (Sala 2ª) Acuerdo no jurisdiccional del Pleno, de 25 de febrero de 2000, competencia frente a sentencias dictadas por AN, AA.PP. y TT.SS.J, naturaleza, contenido y efectos, JUR 2002\77548.

²²⁵⁰ Sobre la legitimación para interponer el recurso de anulación puede verse DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El llamado recurso de anulación en el*...ob. cit., pp. 71-75; En una línea similar, CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El recurso de anulación*...ob. cit., pp. 30-36, afirma que estará legitimado para interponer tal recurso quien, habiendo sido juzgado en ausencia, resulte perjudicado por la sentencia contumacial, si bien, admite que pueda interponerlo quien ha sido absuelto si, del contenido de la sentencia, se deriva para él algún perjuicio moral y/o material.

²²⁵¹ En este sentido, CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El recurso de anulación*...ob. cit., p. 34, afirma que una interpretación conjunta de los arts. 793 y 797 LECrim excluye cualquier apreciación sobre la justificación de la ausencia a efectos de legitimación para interponer el recurso si bien se repara en la posibilidad que asiste al órgano judicial de utilizar las facultades que pone a su disposición el art. 11.2 LOPJ para cuando se aprecie fraude en la conducta del recurrente.

se ha visto, no resulta directa ni enteramente aplicable a las personas jurídicas, para las que se establece un régimen específico de enjuiciamiento en ausencia.

Otro de los problemas que se plantea es que esta acción impugnativa sólo se prevé en el procedimiento abreviado, dado que es el único en el que una persona física podría resultar condenada en ausencia. Sin embargo, en el caso de las personas jurídicas, que pueden ser juzgadas en ausencia o en rebeldía en todo caso, es decir, sin límite penológico, el proceso en ausencia podría encauzarse tanto por los trámites del procedimiento abreviado como del ordinario.

En definitiva, lo que inicialmente parecía evidente se torna incierto. Es necesario, por lo tanto, plantearse si es posible trasladar, por analogía, a los supuestos de enjuiciamiento en rebeldía o ausencia de las personas jurídicas, lo previsto respecto del recurso de anulación. Pues bien, aun cuando la analogía no es una técnica hermenéutica admisible, como norma general, en el Derecho Procesal, es preciso concluir la procedencia del recurso de anulación en estos supuestos y la legitimación de la persona jurídica juzgada en ausencia para interponerlo, so pena de vulnerar los derechos de audiencia y defensa de la entidad. A favor de esta solución cabe aducir, además de los esenciales derechos fundamentales que se encuentran en juego, la jurisprudencia del TC sobre la indefensión material, la doctrina del TEDH, las referidas Resoluciones y Recomendaciones del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, así como la configuración constitucional del proceso penal, y los principios, inherentes al mismo, de audiencia y contradicción.

Para fundamentar esta interpretación extensiva del ámbito del recurso, puede ser de interés lo que el TC ha dicho, en relación con un juicio de faltas en el que no se agotaron las posibilidades de notificación personal y se condenó en ausencia, en el cual entendió que, o bien comenzando a computar el plazo para interponer el recurso de apelación a partir del conocimiento efectivo de la sentencia, o bien *aplicando analógicamente las normas que regulan el recurso de anulación en el procedimiento abreviado*, debía abrirse la posibilidad de un juicio rescisorio respecto a la sentencia pronunciada *in absentia*²²⁵².

²²⁵² Sobre esta cuestión, el TC argumenta a favor de la interpretación analógica del recurso de anulación en el juicio de faltas, afirmando que el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 C.E. comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse, a través de la contradicción, el derecho de defensa de las partes contendientes. Tal derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de los intereses en juego, y los principios constitucionales que lo informan (presunción de inocencia, derecho a conocer la acusación y ejercicio del derecho de autodefensa, entre otros). De acuerdo con tales principios constitucionales, nuestras leyes, o prohíben la condena en rebeldía o, cuando limitadamente la admiten, exigen que se abra la posibilidad de un juicio rescisorio. Así, en el procedimiento ordinario, la condena en ausencia está sencillamente vedada. En el procedimiento abreviado se admite limitadamente el juicio en ausencia, si bien, esta limitada posibilidad tiene siempre como reverso la previsión de un juicio rescisorio sobre la sentencia condenatoria dictada *in absentia*. Pues bien, puesto que en el juicio de faltas, pese a su menor entidad, se ventilan cuestiones de la misma índole que en los demás juicios penales y que, por lo tanto, afectan a los mismos derechos fundamentales, no es posible, desde un punto de vista constitucional, otorgar, en el marco del mismo, validez a la condena *in absentia* sin posibilidad de juicio rescisorio, sin que competa a este Tribunal sino, en su caso, a la jurisdicción ordinaria o al legislador, precisar cuál ha de ser, en concreto, la vía por la que ese juicio puede hacerse efectivo (Véase, por todas, STC 135/1997, de 21 de julio, F. J. 6º); En contra de aplicar, supletoriamente, al juicio de faltas, el recurso de anulación, regulado en sede de procedimiento abreviado

Los motivos de esta acción impugnativa no se especifican en la Ley. Ciertos autores sostienen que tales motivos no son tasados²²⁵³. Sin embargo, la mayor parte de la doctrina entiende que tal acción impugnativa va encaminada a “*demostrar que la decisión que ordenó la celebración de los debates del juicio oral pese a la ausencia del acusado no se ajustaba al ordenamiento jurídico, por lo que hubiera procedido la suspensión del acto*”²²⁵⁴. Por lo tanto, su objeto consistiría en cuestionar la regularidad procesal de la celebración del juicio en ausencia del acusado y condenado²²⁵⁵. En este sentido, serviría para poner de manifiesto las irregularidades del procedimiento de citación a juicio o la falta de efectiva citación, aun cuando se hayan respetado los requerimientos formales que exige la ley, la posible justificación de la ausencia o, en fin, la vulneración de algún otro de los requisitos previstos en el art. 786. 1. II LECrim para celebrar juicios en ausencia del sujeto pasivo del proceso, que se han considerado extensibles a las personas jurídicas²²⁵⁶.

En todo caso, en relación con las personas jurídicas, para las que se establece un sistema de citación con exigencias atenuadas, de dudosa constitucionalidad, y en relación con las cuales, como se ha señalado *ut supra*, no resultan de aplicación todos los requisitos del art. 786 1. II LECrim²²⁵⁷, los motivos de anulación son más restrictivos, reconduciéndose, en todo caso, a supuestos de ausencia involuntaria, bien por desconocimiento del proceso o de un acto procesal concreto, siempre que tal desconocimiento no resulte imputable a la entidad, o bien por concurrir una causa legítima que haya impedido la comparecencia del representante especialmente designado. Además, en el caso de que se celebre el juicio oral sin la comparecencia del representante especialmente designado, es necesario que se haya advertido a la entidad de tal posibilidad, en la citación para la vista, de tal forma que, faltando tal requisito, la sentencia de condena podría ser igualmente impugnada en anulación. Otro requisito, cuya falta podría provocar la admisión del citado recurso, sería la preceptiva presencia del abogado de la defensa, designado, en su caso, de oficio, que habrá de ser oído sobre la continuación del juicio en ausencia, debiendo poner de relieve, desde un primer momento, los obstáculos que, a su parecer, concurren para impedir la continuación del

se pronuncia CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El recurso de anulación...*ob. cit., pp. 95-97, quien entiende que, contra la sentencia firme dictada en ausencia en este procedimiento, cabría, únicamente, en su caso, iniciar un proceso de revisión; Cabe recordar, en este punto que, con la eliminación de las faltas con la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP, toda esta problemática ha perdido su razón de ser.

²²⁵³ En este sentido, afirma CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El recurso de anulación...*ob. cit., pp. 56-62, que por esta vía impugnativa podrían esgrimirse alegaciones relativas a otros vicios de forma distintos a la falta de presupuestos procesales para celebrar el juicio en ausencia, así como a errores de fondo o a infracciones de preceptos legales y/o constitucionales; En la misma línea, HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal...*ob. cit., pp. 306-307, afirma que el objeto de este recurso es tan amplio como del de apelación.

²²⁵⁴ DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El llamado recurso de anulación en el...*ob. cit., p. 45; En la misma línea, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., p. 657, defiende una interpretación restrictiva de los motivos de anulación y la utilización del recurso para examinar, únicamente, la regularidad procesal de la celebración del juicio en ausencia de tal forma que, si la misma no se hubiera producido, se repetirá necesariamente el juicio.

²²⁵⁵ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de...ob. cit., p. 657.

²²⁵⁶ DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El llamado recurso de anulación en el...*ob. cit., p. 89.

²²⁵⁷ En concreto se excluyen la petición de la parte acusadora para que se celebre el juicio en ausencia, la valoración judicial de si concurren elementos suficientes para el enjuiciamiento, así como el límite penológico.

proceso²²⁵⁸.

7.2.- El incidente de nulidad de actuaciones

Por otra parte, cuando se prescindiera de normas esenciales del procedimiento y ello provoque indefensión, tales actos procesales serán nulos (art. 238.3º LOPJ) y tal nulidad podrá hacerse valer a través del incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ). En este sentido, el incumplimiento de las normas que regulan los actos de comunicación, con el consiguiente desconocimiento de la persona jurídica sobre la existencia de un proceso en su contra, o la celebración del juicio en rebeldía con la sola presencia del MF, al no habersele designado postulantes de oficio a la entidad rebelde, constituyen eventualidades que podrían abrir la vía del incidente de nulidad de actuaciones²²⁵⁹, que quedaría expedita, siempre que tales defectos procesales hubieran provocado efectiva indefensión a la entidad.

Dada el carácter excepcional y subsidiario del incidente de nulidad de actuaciones, que se admite sólo por motivos tasados, que suponen vulneraciones de derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional y cuando no haya otros medios para hacer valer tal nulidad²²⁶⁰, es muy probable que las causas de interposición de este incidente se vean limitadas, en la práctica, a la incomparecencia involuntaria o a ciertos defectos procesales que sólo se conozcan después del fin del proceso²²⁶¹. A través de este cauce, se podría alegar, por ejemplo, que la notificación para la primera comparecencia o para el juicio oral fue indebidamente realizada y, por lo tanto, ha impedido la comparecencia del ente que no ha podido ser oído a través de su representante. Igualmente, el condenado en ausencia puede alegar y acreditar que la incomparecencia se debió a una causa no imputable al mismo, pidiendo la nulidad de todo lo actuado, cuando se le haya causado efectiva indefensión²²⁶².

Ahora bien, para poder acudir al mal llamado incidente de nulidad de actuaciones, dado su carácter subsidiario, es preciso que no haya otra vía para hacer valer tal nulidad y, en los supuestos señalados, previsiblemente, existirá la posibilidad de interponer el recurso de anulación (art. 793.2 LECrim), que también permite atacar la firmeza de las resoluciones.

Para determinar cuándo procede acudir a una u otra vía impugnativa, cabe considerar

²²⁵⁸ Arts. 790.2 II y 793. 2 LECrim, que remiten a los requisitos exigidos para la apelación, entre los que se encuentra haber denunciado la falta en el momento oportuno.

²²⁵⁹ A pesar de su *nomen iuris*, tal y como afirma GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 56-63, se trata de un proceso autónomo, que no tiene naturaleza incidental ni constituye, propiamente, un recurso.

²²⁶⁰ Sobre las características de excepcionalidad y subsidiariedad del incidente de nulidad de actuaciones véase GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 65-83.

²²⁶¹ *Idem*. p. 102.

²²⁶² DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados...ob. cit.*, p. 81.

que, el incidente de nulidad de actuaciones requiere una actuación judicial, por ejemplo, un acto de comunicación, viciada de nulidad, mientras que el recurso de anulación resultará, igualmente procedente, cuando, a pesar de haberse cumplido todas las normas legales reguladoras de las notificaciones y citaciones, la comunicación no fue efectiva por causas ajenas a la voluntad del sujeto pasivo²²⁶³. Además, cabe recordar, en este punto, que el recurso de anulación se prevé, únicamente, en sede de procedimiento abreviado por lo que, si fuese la entidad juzgada en ausencia, por los trámites del juicio ordinario, la vía de impugnación adecuada también sería el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241 LOPJ²²⁶⁴.

8.- Recapitulación

Tal y como se ha expuesto en este epígrafe, la rebeldía ha sido una de las pocas cuestiones que se ha regulado específicamente en relación con las personas jurídicas. Seguramente, porque las cuestiones relativas a la presencia física del sujeto pasivo del proceso penal no pueden ser entendidas en los mismos términos cuando éste es un ser humano que cuando se trata de una persona jurídica, dada la naturaleza incorpórea de esta última. De ahí que, a diferencia de la regla general, que obliga a suspender el juicio oral cuando el acusado está en rebeldía, en el caso de las personas jurídicas se dispone que el enjuiciamiento continúe hasta su conclusión.

El problema con el régimen de la rebeldía previsto para las personas jurídicas radica en que parte de la falta de domicilio social conocido para poder dictar la requisitoria y proceder a declarar en rebeldía a la entidad que no atiende a tal llamamiento. Consiguientemente, la entidad que no ha podido ser citada para la primera comparecencia por falta de domicilio social conocido y que, tras haber sido emplazada mediante la correspondiente requisitoria, no comparece, será juzgada en rebeldía. En mi opinión, la referida regulación presenta visos de inconstitucionalidad en tanto que permite enjuiciar a una entidad cuya notificación efectiva no ha sido posible y que, por lo tanto, podría no tener siquiera conocimiento de que se ha iniciado un proceso penal en su contra. En este sentido, cabe recordar que, uno de los tradicionales requisitos para celebrar un procedimiento en ausencia es, precisamente, la existencia de una citación efectiva, exigencia que es excluida *ex lege* por este peculiar régimen legal de la rebeldía penal.

Como consecuencia de la permisividad legal en cuanto al enjuiciamiento de la entidad sin constatar que, efectivamente, la misma conoce la existencia del procedimiento y mantiene, deliberadamente, una actitud contumaz, junto con la necesidad de agotar todas las posibilidades de notificación efectiva, se hace preciso reflexionar sobre los remedios impugnativos con los que cuenta la entidad para controlar la legalidad, procesal y constitucional, del procedimiento así celebrado y atacar la resolución judicial

²²⁶³ Cfr. GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, p. 119.

²²⁶⁴ PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 169.

en él alcanzada, incluso cuando la misma haya adquirido firmeza. En este sentido, se ha hecho referencia a las posibilidades impugnativas que ofrecen tanto el recurso de anulación, como el incidente de nulidad de actuaciones.

IV. La conformidad de la persona jurídica como acto personalísimo

1.- Planteamiento

Se ha definido la conformidad como “*una declaración de voluntad unilateral y compleja que, tendente a truncar el proceso, consagra, dentro de ciertos límites, la disposición por el acusado de su derecho de defensa, del propio proceso renunciando a los actos del juicio oral, y del contenido jurídico-material de la sentencia, al evitar que, eventualmente, pudiera ser agravada la calificación provisional tras los debates*”²²⁶⁵. Así pues, este acto dispositivo de parte²²⁶⁶, que encierra una suerte de allanamiento a la pretensión penal²²⁶⁷, fundado en la aceptación de la pena más grave de entre las solicitadas por la acusación, permite alcanzar una sentencia penal de condena con fuerza de cosa juzgada, sin la celebración del proceso y, por lo tanto, sin la práctica de la prueba.

En el caso de las personas jurídicas, la LECrim dispone que “*la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial*”. Además, a diferencia de la regla general que impone la continuación del proceso para todos los coacusados, en el caso de que alguno de ellos no preste su conformidad, en el caso de las personas jurídicas “*podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados*” (art. 787.8 LECrim).

En este epígrafe se analizarán las consecuencias derivadas de la regulación contenida en el art. 787.8 LECrim. En primer lugar, la regulación deja claro que se admite la conformidad de las personas jurídicas acusadas, a pesar de tratarse, según parte de la

²²⁶⁵ DE DIEGO DÍEZ, L. A., *La conformidad del acusado*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 168.

²²⁶⁶ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso*...ob. cit., p. 111, entiende la conformidad como un acto dispositivo de parte en el que la defensa, a través de la aceptación de la pena solicitada por la acusación, dispone del objeto del proceso.

²²⁶⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso*...ob. cit., pp. 30 y 107-113; También FAIRÉN GUILLÉN, V., “La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español”, *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 1201-1246, p. 1233, nota 102; Sin embargo, esta naturaleza jurídica es cuestionable. En este sentido, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso*...ob. cit., pp. 107-111, a pesar de reconocer que existen semejanzas entre la conformidad y el allanamiento civil, rechaza asimilar ambas figuras por el distinto alcance que presentan.

doctrina, de un acto de naturaleza eminentemente humana²²⁶⁸. Esta admisión se deriva de la consideración de la persona jurídica como un acusado más y de la equiparación que, en este sentido, realiza la ley entre las personas físicas y las personas jurídicas. En este sentido, se ha dicho que, aun en ausencia de un pronunciamiento legal específico, cualquier óbice que pudiera plantearse a la conformidad de la persona jurídica, por la naturaleza eminentemente humana de esta asunción de culpa, cede ante la decisión del legislador de tratarlo, sin una normativa procesal propia que diga lo contrario, como a cualquier otro sujeto pasivo del proceso penal²²⁶⁹.

En segundo lugar, se establece la forma en que la entidad ha de manifestar su voluntad de conformarse, señalándose la necesidad de que sea el representante especialmente designado, con un apoderamiento especial, el que realice tal acto dispositivo. El motivo de que esta actuación se reserve al representante radica en que la conformidad constituye un acto personalísimo que, de ordinario, sólo puede realizar el acusado, sin que sea admisible su manifestación por medio de mandatario, representante o intermediario, ni siquiera provistos de poder especial²²⁷⁰. Y es que, tal y como se comentó anteriormente, al estudiar las funciones del representante defensivo, a éste se reservan los actos personalísimos, es decir, aquellos que, de ordinario, sólo puede realizar el inculpado, sin mediar representante o apoderado.

En tercer lugar, el art. 787.8 LECrim se remite a los requisitos de los apdos. anteriores, que vienen a regular diversos aspectos relativos a la conformidad de las personas naturales, tales como el momento procesal oportuno para prestarla, el pertinente control judicial sobre la misma, sus límites o las posibilidades de impugnar la sentencia de conformidad. Todos ellos resultan aplicables, por remisión expresa del art. 787.8 LECrim, a la conformidad de la persona jurídica. Sin embargo, algunos deberán ser sometidos a un juicio de compatibilidad en relación con la especial naturaleza de las personas jurídicas, así como en relación con las disposiciones específicamente previstas para éstas que, en virtud del principio de especialidad, podrían determinar la inaplicación de las disposiciones generales concurrentes.

Precisamente, una de las diferencias clave, en la regulación de la conformidad de las personas jurídicas en relación con la de las personas físicas, es la establecida al final del art. 787.8 LECrim que permite que la persona jurídica se conforme aun cuando el resto de los acusados no lo hagan. Esta regla especial es contraria a la regla general según la cual, siendo varios los acusados, sino se conformasen todos ellos con la pena más alta solicitada por las acusaciones, continuará el juicio para todos (arts. 655 IV y 697 I y II LECrim). Dicha norma, prevista en el marco del juicio ordinario por delitos graves, pretende, entre otras cosas, no romper la continencia de la causa y evitar sentencias contradictorias. Problemática, esta última, que la nueva regulación intenta salvar

²²⁶⁸ En este sentido, MUÑOZ YANGÜELA, B., "Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 24, dice que "la conformidad es una conducta propiamente humana que descansa en la aceptación de la culpa por la realización de unos hechos personales. Por eso es lógico que se produzca alguna distorsión al pretender aplicar esta figura a las personas jurídicas".

²²⁶⁹ ZARZALEJOS NIETO, J., "La conformidad de la persona jurídica imputada" en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Diez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 269-285, pp. 272-273.

²²⁷⁰ DE DIEGO DIEZ, L. A., *La conformidad del acusado*...ob. cit., p. 183.

estableciendo la no vinculación del juicio frente a los coacusados no conformes a la sentencia de conformidad.

2.- El objeto de la conformidad regulada en la LECrim

Existen discrepancias doctrinales acerca de cuál es el contenido de la declaración de voluntad en que consiste la conformidad. Así, algunos autores entienden que encierra una auténtica asunción de culpabilidad²²⁷¹, otros señalan que supone una admisión de los hechos, encerrando así una suerte de confesión²²⁷², mientras que otros limitan su virtualidad a la aceptación de la pena²²⁷³.

A los efectos de este trabajo, siguiendo a ALCALÁ ZAMORA²²⁷⁴, se entenderá la conformidad como una declaración de voluntad dirigida a conformarse con la penalidad sin que, en principio, la misma encierre, necesariamente, una confesión de culpabilidad o un reconocimiento de hechos que, en un sistema en el no rige el principio de aportación de parte, sino el de investigación de oficio, llevaría al Juez a comprobarlos. Comprobación que no tiene lugar con la conformidad, entendida como acto dispositivo, a través del cual el acusado renuncia a todos los actos del juicio oral que faltan por llevarse a cabo²²⁷⁵. En este sentido, se afirma que la conformidad encierra un allanamiento de la defensa a la pretensión penal, entendida como petición de pena y no como hecho punible²²⁷⁶, a diferencia de lo que ocurre con la confesión que se contrae a afirmaciones de hecho. Así pues, este allanamiento en que consiste la conformidad no implicaría, necesariamente, una confesión de los hechos afirmados por el demandante, sino renuncia a continuar la contienda, que *de iure* puede considerarse como

²²⁷¹ Así, señala MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 24, que la conformidad es una conducta propiamente humana que descansa en la aceptación de la culpa por la realización de unos hechos personales; En la misma línea, ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 271.

²²⁷² Así lo ha entendido, entre otros, MORENO CATENA, con V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*...ob. cit., p. 354, para quien “es la conformidad un modo de poner fin al proceso que supone la aceptación por el acusado de los hechos, de la calificación jurídica y de la responsabilidad penal y civil exigida”; Igualmente, en relación con las personas jurídicas, MUÑOZ YANGÜELA, B., “Otras cuestiones procesales...ob. cit., p. 25, sostiene que el objeto de la conformidad serían los hechos referidos al beneficio o provecho que obtuvo por el delito o a los defectos de control organizativo; por ello será una aceptación de responsabilidad que permita extender la responsabilidad de unos hechos cometidos por una persona física a una persona jurídica.

²²⁷³ Entre otros, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso*...ob. cit., p. 30, que sostiene que, en realidad, en la conformidad del art. 655, no media, confesión de culpabilidad, sino conformidad con la penalidad; También, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 704, quien la define como “un acto unilateral de postulación y de disposición de la pretensión, efectuado por la defensa y realizado en el ejercicio del principio “puro” de oportunidad, por el que, mediante el allanamiento a la más elevada petición de pena, que nunca puede exceder los seis años de privación de libertad, se ocasiona la finalización del procedimiento a través de una sentencia con todos los efectos de la cosa juzgada”.

²²⁷⁴ *El allanamiento en el proceso*...ob. cit., pp. 30 y 107-113; En la misma línea, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso*...ob. cit., p. 104, descarta que la conformidad requiera un reconocimiento de los hechos imputados.

²²⁷⁵ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso*...ob. cit., p. 112.

²²⁷⁶ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 705.

reconocimiento de que la pretensión del actor es fundada, pero *de facto* puede responder a otros motivos²²⁷⁷.

Este entendimiento de la conformidad facilita su extensión a las personas jurídicas, en tanto que, expresada su voluntad por los cauces legal o estatutariamente previstos, ésta podrá ser exteriorizada por cualquiera de sus agentes, sin necesidad de indagar sobre su intervención personal y/o su conocimiento, más o menos directo, en relación con los hechos, ni sobre la asunción real, por parte de la entidad, de su responsabilidad en los mismos. Así, se permite que el representante especialmente designado, aun cuando no haya tenido una intervención o un conocimiento directo y personal sobre los hechos, pueda conformarse, si cuenta con un poder suficiente para actuar en nombre de la entidad y sin que el Juez se vea obligado a comprobar la veracidad de la existencia del delito, como ocurriría en el caso de la confesión²²⁷⁸.

Por último, no falta quien distingue el objeto de la conformidad según el acusado sea una persona física o una persona jurídica. Así, sostiene DEL MORAL GARCÍA²²⁷⁹ que la conformidad, en el caso de la persona jurídica, es sólo y únicamente un acto procesal, una manifestación de voluntad, mientras que en el supuesto de la persona física es una manifestación de voluntad que encierra una declaración de conocimiento, en tanto que es prestada por el protagonista histórico de los hechos. Sin embargo, en mi opinión, ni siquiera en el caso de las personas físicas debiera confundirse la prestación de conformidad del acusado, que implica una declaración de voluntad tendente a truncar el proceso, con la confesión del acusado, que constituye una declaración de conocimiento con verdadero alcance probatorio. En tal distinción se encuentra una de las razones para sostener que la declaración de conformidad no puede ser admitida como prueba en el enjuiciamiento posterior de los restantes acusados²²⁸⁰.

3.- La conformidad como acto personalísimo y su prestación por el representante especialmente designado

El derecho del acusado a hacerse oír en el juicio oral y la conformidad como renuncia al mismo es un derecho personalísimo, preestablecido en la ley, renunciable sólo por la voluntad de su titular y que la representación de los procesados no puede, en modo alguno, arrojarse²²⁸¹. Así pues, el carácter personalísimo de la conformidad no es sino la ineludible consecuencia del carácter inalienable e intransferible del derecho de defensa al que se renuncia con su prestación, cuya titularidad ostenta exclusivamente el

²²⁷⁷ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso...* ob. cit., pp. 119-120.

²²⁷⁸ En este sentido, el art. 406 LECrim dispone que “*La confesión del procesado no dispensará al Juez de instrucción de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito*”.

²²⁷⁹ “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 756.

²²⁸⁰ FGE. Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros coparticipes.

²²⁸¹ GONZÁLEZ DEL ALBA, P., “Observaciones al artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1885, vol. 33, núm. 67, pp. 137-144, p. 141.

acusado²²⁸². En este sentido, la conformidad es entendida como un acto de disposición, o de renuncia del derecho de defensa, del que es titular, incluso forzoso, el acusado, al que se le permite por excepción, en estos casos, renunciarlo, o más exactamente renunciar a los actos posteriores del juicio en que aquél habría de manifestarse mediante la actividad de su defensor o la personal suya, o mediante la producción de pruebas²²⁸³.

La consecuencia práctica de ese carácter personalísimo es que será la defensa la que, *con la aquiescencia del acusado presente*, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad (art. 786.1 LECrim). Como se ha indicado, estas previsiones genéricas, que regulan la conformidad, son aplicables también a las personas jurídicas, con las correspondientes adaptaciones. Así pues, el precepto se refiere al “acusado presente” sin que, evidentemente, la presencia de las personas físicas y las personas jurídicas, pueda entenderse en términos idénticos, debiendo asimilarse la misma a la asistencia del representante especialmente designado para actuar en nombre de la entidad en el proceso. En definitiva, si la conformidad de la persona física ha de ser personalísima, sin que quepa trasladarla a través de mandatario, representante o intermediario; en el caso de la persona jurídica, por la propia naturaleza de ésta, ha de aflorar a través de un representante que exteriorice y, en su caso, encarne la voluntad del ente²²⁸⁴, pero no es suficiente con el procurador, en tanto que representante procesal, sino que deberá comparecer el representante defensivo.

Como la presencia física del acusado constituye un presupuesto ineludible de la conformidad²²⁸⁵, no cabe prestarla en el juicio en ausencia o contumacia²²⁸⁶. Por lo tanto, entendiendo que, en el caso de la persona jurídica, la ausencia se asimila a la no designación o a la no presencia de un representante distinto de los postulantes, cabría entender que, si la persona jurídica no designa a un representante, o el designado no acude al juicio oral, la entidad pierde la posibilidad de conformarse, ya que no es posible que el letrado se conforme por ella, ni siquiera si cuenta con un poder especial al efecto. El precepto es claro al exigir que sea el representante especialmente designado el que, en su caso, manifieste la voluntad de conformarse en nombre de la persona jurídica acusada. Por eso, ante la incomparecencia al juicio del representante de la persona jurídica acusada, aun cuando previamente hubiese anunciado su conformidad, el juicio se celebrará con su abogado y procurador (art. 786 bis 2 LECrim) y la conformidad se tendrá por no prestada²²⁸⁷.

La exigencia de que se encuentre presente el representante de la entidad, además del abogado, responde, no sólo a la referida naturaleza personalísima de la conformidad, sino también a la necesidad de que el Juez puede controlar que ha sido prestada de forma efectivamente libre²²⁸⁸ a través del requisito de la doble conformidad²²⁸⁹. En este

²²⁸² Cfr. DE DIEGO DíEZ, L. A., *La conformidad del acusado*...ob. cit., p. 184.

²²⁸³ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso*...ob. cit., pp. 129-130.

²²⁸⁴ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas...” ob. cit., p. 756.

²²⁸⁵ DÍAZ PITA, M^o P., *Conformidad, reconocimiento de...*ob. cit., p. 48.

²²⁸⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso*...ob. cit., p. 171.

²²⁸⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 171.

²²⁸⁸ En este sentido, PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...”ob. cit., entiende que el legislador es partidario de que sea visible el representante específicamente designado para poder

sentido, cabe recordar que, de ordinario, la conformidad, viene sometida a un doble control, derivado del carácter dual de la defensa penal, que implica que la conformidad debe ser aceptada por el acusado, en este caso por el representante del ente que actúa en su nombre y por su cuenta, y debe contar también con la aquiescencia del defensor, dado que si éste considera necesaria la continuación del juicio, podría solicitarla al Juez (art. 787.4 LECrim)²²⁹⁰. Obviamente, este control reforzado no sería posible si se permitiese al ente contumaz, sólo representado a través de sus postulantes, prestar la conformidad en nombre de aquel.

En definitiva, la exigencia de presencia física del acusado se ha traducido, en el caso de las personas jurídicas, en el requerimiento de que sea su representante especialmente designado el que preste la conformidad en nombre de la entidad. Sin que se puede apoderar a tal efecto al abogado o al procurador, tal y como, por otra parte, permitía el PLMAP²²⁹¹ que, partiendo de la presencia meramente testimonial del representante, señalaba que la conformidad se prestaría a través de procurador, con poder especial otorgado al efecto (art. 787. 8 PLMAP²²⁹²). Esta imposibilidad, de acuerdo con la regulación actual, de que el apoderamiento para conformarse recaiga en los postulantes, podría fundarse en varias razones de derecho positivo. En primer lugar, porque parece que quedaría fuera de las facultades de los postulantes la realización de actos personalísimos, como la prestación de la conformidad. En este sentido el art. 25.3 LEC señala que *“no podrán realizarse mediante procurador los actos que, conforme a la ley, deban efectuarse personalmente por los litigantes”*. En segundo lugar, porque la propia LECrim, en su art. 787.4, se refiere a que *la conformidad de la persona jurídica deberá prestarla su representante especialmente designado*.

Cabe, por lo tanto, concluir que, con la regulación vigente, la conformidad debe ser prestada por el representante del ente y no por sus postulantes. Sin embargo, el legislador no aclara si es posible que el ente jurídico se conforme con los hechos y la pena a través de su postulación en su escrito de defensa, si ha ejercitado, únicamente, su derecho de defensa por medio de abogado y procurador, para, posteriormente, designar un representante en el acto del juicio oral que lo ratifique²²⁹³. Lo que parece fuera de duda es que, aun cuando se anuncie la conformidad en el escrito de defensa o en el nuevo escrito de calificación que conjuntamente firmen las partes acusadoras y el

interrogarlo sobre la aceptación de la conformidad y comprobar que es prestada de manera libre (art. 787.2 LECrim. (Del mismo autor “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 167).

²²⁸⁹ Sobre este requisito, véase RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso...* ob. cit., pp. 167-168.

²²⁹⁰ En contra de aplicar este requisito a los procesos frente a personas jurídicas, señala ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 285, que la anuencia del letrado defensor cuando el acusado es una persona jurídica no tiene razón de ser ya que se entiende que la valoración técnica de las consecuencias jurídicas debe entenderse implícita en el acuerdo adoptado por el órgano rector de la entidad que apodere a la persona física que emita la declaración.

²²⁹¹ BOCG. Congreso de los Diputados. 18 de marzo de 2011 (núm. expte. 121/000117).

²²⁹² Así, tal precepto disponía, en aquella inicial versión de la LMAP, que *“la conformidad de la persona jurídica acusada podrá prestarse por el procurador que tenga otorgado poder especial al efecto. Comprobada por el tribunal esta circunstancia, la conformidad se entenderá presta da sin que sea preciso ningún acto de ratificación”*, disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_117-01.PDF, última consulta 10/08/2015.

²²⁹³ PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...ob. cit.

acusado junto con su letrado, los auténticos y genuinos efectos de la conformidad sólo se producirían tras su ratificación en fase de juicio oral por el representante especialmente designado y apoderado a tal fin.

4.- La necesidad de poder especial y el control judicial sobre la conformidad de la persona jurídica

El representante defensivo, en principio, no necesita ningún tipo de apoderamiento especial para declarar en nombre de la entidad, para actuar por ella en los actos de la instrucción, para acudir al juicio oral en su lugar o hacer uso del derecho a la última palabra al finalizar la vista, bastando con que el mismo haya sido designado por la entidad como representante a través de un poder general para pleitos o, incluso, simplemente acreditando su condición de representante legal de la entidad. Sin embargo, para poder prestar la conformidad en nombre de la persona jurídica se requiere que el representante que la personifica ostente un poder especial.

Existen varios motivos que podrían explicar el hecho de que tal poder se exija sólo para esta concreta actuación procesal. En primer lugar, por la trascendental importancia de los derechos a los que se renuncia a través de la conformidad, señaladamente, el derecho de defensa²²⁹⁴ y el derecho a la práctica de la prueba útil y pertinente. Así pues, hay que tomar en consideración que la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica por medio de la conformidad, al igual que la de la persona física, debe contar con las máximas garantías, porque el juzgador dicta una sentencia condenatoria sin alcanzar la convicción judicial, tras la celebración del juicio oral, en la forma ordinariamente prevista, toda vez que no se practica la prueba ni se desarrolla el debate contradictorio propio de esta fase procesal. En segundo lugar, ese poder especial se constituiría, en cierto modo, en garantía formal de que la decisión de conformarse responde a la libre voluntad de la persona jurídica, la cual quedaría documentada a través del apoderamiento *ad hoc*²²⁹⁵. Por último, cabría también recordar en este punto que en general, para el allanamiento del demandado a través de su procurador (art 25.1 LEC), se exige un poder especial, con lo que la referida analogía entre la conformidad y el allanamiento podrían explicar tal requisito formal.

En este punto, es necesario determinar cuál ha de ser el alcance del control judicial sobre la conformidad de la persona jurídica, sobre todo en relación con la constatación de si la misma ha sido prestada libremente y con conocimiento de sus consecuencias (art. 787.2 *in fine* LECrim). Así pues, resulta necesario determinar si se tratará de un control meramente formal, que se limite a constatar que el poder es bastante, esto es,

²²⁹⁴ La doctrina mayoritaria entiende la conformidad como un acto a través del que se dispone, o por el que se renuncia, al derecho de defensa. En este sentido, se pronuncian, entre otros, FAIRÉN GUILLÉN, V., "La disponibilidad del derecho a la defensa...ob. cit., pp. 1230 y 1234; ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso...*ob. cit., pp. 129-130; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso...*ob. cit., p. 111.

²²⁹⁵ En este sentido, sostiene GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 271, que el requisito formal añadido por el art. 787.8 LECrim, según el cual el representante debe contar con un poder especial, a los efectos de poder conformarse en nombre de la persona jurídica, viene a formalizar, de alguna manera, el requisito de que la voluntad del ente sea libremente prestada.

que está correctamente formalizado y que las facultades que el poderdante otorga al apoderado son suficientes para realizar el acto en cuestión o si, por el contrario, el Juez debe indagar sobre el proceso de formación de la voluntad habido en el seno del ente poderdante.

En primer lugar, hay que afirmar que la LECrim no ha incorporado excepción alguna en este punto, sino que, su art. 787.8 se remite a los requisitos previstos en los apdos. anteriores del mismo artículo, por lo que no cabe prescindir de las comprobaciones previstas en el mismo en relación con el consentimiento de la persona física²²⁹⁶, sin perjuicio de las oportunas adaptaciones que éstas deban sufrir en vista del desdoblamiento que se da entre el verdadero acusado, esto es, la persona jurídica, y quien manifiesta su voluntad en el proceso, así como a la luz de la especial naturaleza de la persona jurídica, que afecta no sólo al proceso de exteriorización de su voluntad, sino también el proceso previo de formación de la misma.

En general, la doctrina se ha pronunciado a favor de un control meramente formal, señalando que en el proceso sólo interesa constatar que quien otorga su consentimiento en nombre de la persona jurídica está facultado para ello²²⁹⁷. En esta línea, se afirma que no es misión de la LECrim establecer como se adoptan las decisiones de la persona jurídica que después se trasladan al proceso penal, sino de los Estatutos de la entidad²²⁹⁸. En un sentido similar, se entiende que el discernimiento exigible a una persona física sobre las consecuencias de su conformidad tiene que ver con el carácter personal de los hechos delictivos, la interiorización moral de su culpa y la penosidad de las consecuencias aceptadas, pero como la persona jurídica no desplegaría tales cualidades íntimas, la revisión judicial del discernimiento del acusado debería limitarse a comprobar la legalidad y suficiencia de los poderes de quien comparezca en su nombre²²⁹⁹.

En sentido diverso, se ha dicho que, aun cuando, en general, “*el tribunal (...) debe partir de la premisa de que el representante de la empresa traslada fielmente al proceso las decisiones de ésta, sin necesidad de verificar para cada acto procesal el modo en que se ha tomado la decisión que le subyace, (...) en el caso concreto de la conformidad del acusado, el trámite de verificación de que ha sido prestada libremente ha de tener un alcance diverso al ordinario*” preguntándole al representante de la persona jurídica, y a su abogado, acerca de cómo se ha adoptado la decisión de conformarse y si, a su juicio, se ha adoptado de forma válida²³⁰⁰.

Por lo tanto, si el órgano judicial considera que la decisión podría haberse tomado *ultra vires* por el representante debería rechazarla y, en tal caso, si se acepta podría ser recurrida en amparo a través de un nuevo representante²³⁰¹. Tampoco debería el Juez

²²⁹⁶ En este sentido se expresa, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 171

²²⁹⁷ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas...” ob. cit., p. 756, nota 53.

²²⁹⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...” ob. cit., p. 96.

²²⁹⁹ ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica...” ob. cit., p. 285.

²³⁰⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 171-173.

²³⁰¹ Ídem. pp. 171-173.

aceptar la conformidad cuando no quede clara la voluntad del ente de prestarla con la concreta pena solicitada, por establecerse, en el poder reservas o condiciones. De igual forma, si el representante del ente no manifiesta de forma clara e incondicionada su voluntad al respecto, o si no se cuenta con la aquiescencia del abogado. Estas cautelas responden, una vez más, a la importancia esencial de los derechos a los que se renuncia a través de la conformidad y la complejidad de la toma de decisiones en el seno de la entidad, unida a la posible existencia de conflictos de intereses entre la propia persona jurídica y sus representantes.

Por otra parte, existen otros extremos que deben ser sometidos a control judicial indefectiblemente, como serían la calificación jurídica de los hechos y la procedencia de la pena según tal calificación (art. 787.2 LECrim). En cuanto a la correcta calificación de la descripción de los hechos aceptada por las partes, no existen especialidades en relación con las personas jurídicas, más allá de recordar que, dado el sistema de responsabilidad penal tasado establecido en el CP, según el cual las personas jurídicas sólo responden por ciertos delitos, un cambio de calificación jurídica podría determinar la imposibilidad de enjuiciar penalmente a la entidad, con la consiguiente necesidad de absolverla.

En relación con el control de la procedencia de la pena, si el escrito de acusación con el que se ha conformado la defensa contiene tan sólo una pena de multa, el control judicial sobre la pertinencia de la misma será relativamente sencillo, en tanto que se limitará a verificar que se encuentra dentro de los límites cuantitativos fijados en el CP (de acuerdo con el art. 52.4 o con los preceptos de la Parte Especial que especifican la cuantía de la multa específica para cada figura delictiva). Sin embargo, si la acusación solicita una pena interdictiva, de las previstas en el art. 33.7 CP, apdos. b a g) CP, la valoración de su pertinencia podría resultar más compleja, ya que entrarán en juego, a los efectos de valorar, tanto su procedencia como su extensión, los criterios previstos en el art. 66 bis CP, que deberán apreciarse sin haber practicado la prueba, sólo atendiendo al material instructorio. La dificultad radica en que tales penas interdictivas no aparecen vinculadas, en concreto, a cada una de las figuras de la Parte Especial, sino que hay que atender para su determinación, independientemente de cual sea la calificación delictiva, a los criterios genéricos que aparecen expresados en el art. 66 bis CP, que están relacionados con las necesidades de prevención especial que presente la entidad y con los daños colaterales que pueda producir la condena frente a terceros.

El hecho de que exista, en tal determinación, un amplio margen de discrecionalidad, no debe convertir la valoración judicial en un análisis de oportunidad, sino que éste se debe limitar a valorar la concordancia entre la pena aceptada y la ley. Es decir, si la pena es legalmente posible, el Juez debe dictar sentencia de conformidad, aun cuando valore como más idóneo un tratamiento punitivo alternativo. En definitiva, el Juez, al controlar la legitimidad de la pena, no puede modificar el acuerdo alcanzado entre las partes bajo el perfil sancionador, estableciéndose como alternativa el acogimiento o el rechazo de la pena conformada²³⁰². Tampoco puede, el órgano enjuiciador, apreciar agravantes,

²³⁰²VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., pp. 345-346.

atenuantes ni eximentes que no hayan sido objeto de conformidad²³⁰³, en tanto que, siendo la conformidad un acto dispositivo de parte, los poderes de aquél se circunscriben a la comprobación de los presupuestos para su validez²³⁰⁴.

Sin embargo, el control de legalidad, que debe llevar a cabo el juzgador, impide que quede vinculado automáticamente a la petición de la acusación. En este orden de ideas, si el órgano judicial considera que la persona jurídica merece, además de la pena conformada, alguna otra que no ha sido solicitada por la acusación, sólo le restará acudir al trámite del art. 787.3 LECrim, que constituye una suerte de expediente de la tesis anticipado, orientado a garantizar el principio acusatorio y el derecho de defensa. Si la acusación no incorpora la tesis del tribunal a su pretensión, o la defensa no la acepta, el órgano judicial podrá rechazar la conformidad²³⁰⁵ y, por lo tanto, el proceso proseguirá por los trámites ordinarios.

5.- Los límites a la conformidad de la persona jurídica

En cuanto al límite penológico de seis años de pena de prisión (art. 787.1 LECrim), es evidente que no resulta de aplicación a las personas jurídicas, en vista de que no pueden sufrir penas de cárcel. En este sentido, y en tanto que la regulación sólo excluye las penas privativas de libertad superiores a seis años, se afirma que todas las penas imponibles a una persona jurídica son “conformables”²³⁰⁶. Además, al admitirse expresamente la conformidad autónoma de la persona jurídica, el hecho de que para las personas físicas coimputadas se pida una pena de prisión de más de seis años de privación de libertad, no impediría que la persona jurídica, para la que se prevé un sistema sancionatorio propio, se conformase con su propia penalidad. La única limitación, en este sentido, podría encontrarse en relación con la conformidad privilegiada, que se limita a penas restrictivas de derechos, cuya duración no exceda de diez años (art. 801.1.2º LECrim), supuesto en el que no encajaría las penas permanentes, como la de disolución, ni algunas otras que pueden acordarse por plazos de hasta quince años, como por ejemplo la de prohibición de realizar ciertas actividades²³⁰⁷.

Algunos autores consideran que debería rechazarse la conformidad, en particular, respecto de la pena de disolución, dada su extrema gravedad²³⁰⁸ y también debido al riesgo de que tal decisión impida la realización de legítimos derechos de terceros, como los acreedores de la entidad. Por su parte, otros autores entienden que, al no existir un límite formal a la prestación de la conformidad, ésta podría alcanzarse, incluso, respecto

²³⁰³ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso...* ob. cit., pp. 179-213.

²³⁰⁴ *Idem.*, pp. 212-213.

²³⁰⁵ ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica...” ob. cit., p. 284.

²³⁰⁶ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas...” ob. cit., p. 753.

²³⁰⁷ JUANES PECES, A., “Necesidades en la regulación procesal...” ob. cit., p. 43.

²³⁰⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 173.

de la sanción de disolución²³⁰⁹. En mi opinión, en tanto que la ley no prohíbe la conformidad en relación con tal pena, lo que debería hacerse, en lugar de excluir tal posibilidad legal, es rodearla de ciertas garantías adicionales. En este sentido, para conformarse con una condena que implica la desaparición jurídica del ente, debiera exigirse, como presupuesto ineludible, un acuerdo del máximo órgano decisorio de la entidad²³¹⁰. Además, en tal caso, parece especialmente recomendable que, el Juez dé audiencia a los terceros interesados que puedan resultar afectados por la disolución, para evitar que los responsables individuales utilicen la conformidad con esta pena como forma de desentenderse de su responsabilidad personal como gestores o de sus obligaciones civiles, mercantiles, laborales y/o administrativas.

En este punto, cabría cuestionarse si, de *lege ferenda*, resultaría apropiado establecer algún límite penológico a la prestación de la conformidad de las personas jurídicas, en función del contenido de algunas de las penas que pueden irrogarse contra las mismas y que, además, podrían afectar a derechos o intereses de terceros. En este sentido, la regulación italiana no permite solicitar el procedimiento abreviado, ni ninguna otra solución judicial pactada, que suponga una rebaja o sustitución de la pena, en los casos en que se entienda aplicable una pena interdictiva en vía definitiva (art. 62. 4 D. Lgs. 231). El propósito de esta limitación, según la *Relazione* al D. Lgs. 231, consiste en evitar la transformación de la sanción permanente en temporal, frustrando las exigencias que fundamentan la prohibición definitiva de la actividad en relación con entes que han cometido, de forma reiterada, gravísimos ilícitos²³¹¹. Así pues, de *lege ferenda*, podría resultar adecuado introducir en la LECrim una limitación semejante a la conformidad, en vista de que las sanciones permanentes se prevén, solamente, para el caso de que la persona jurídica, o bien sea multirreincidente, o bien se utilice instrumentalmente para la comisión de delitos, circunstancia esta última que se entenderá cumplida siempre que su actividad legal sea menos relevante que su actividad ilegal²³¹².

El otro límite implícito a los acuerdos de conformidad es el derivado de la necesidad de evitar cierres en falso²³¹³, que tengan como resultado la ocultación de los verdaderos hechos penalmente relevantes y la impunidad de los responsables individuales, a través de falsas asunciones de responsabilidad por chivos expiatorios o por la propia entidad, sin que se agoten las posibilidades de descubrir la verdad y de identificar a todos los sujetos involucrados en el hecho punible. En este sentido, la FGE ya advirtió a los

²³⁰⁹ ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 106; En la misma línea, DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 753, entiende que todas las penas imponibles a una persona jurídica son “conformables”; También PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de... ob. cit.

²³¹⁰ En este sentido, ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., pp. 106-107, propone que, en el caso de las sociedades de capital, se exija, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 364 TRLSC, un acuerdo de la junta general de accionistas, adoptado con la mayoría ordinaria establecida para las sociedades de responsabilidad limitada en el art. 198 TRLSC, y con el quórum de constitución y las mayorías establecidas para las sociedades anónimas en los arts. 193 y 201 TRLSC.

²³¹¹ VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 330.

²³¹² Esta circunstancia puede considerarse análoga a la establecida en el art. 17.3 D. Lgs. 231, que establece “*Se l'ente o una sua unita' organizzativa viene stabilmente utilizza llo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali e' prevista la sua responsabilita' e' sempre disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attivitva' (...)*”.

²³¹³ ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 107.

Fiscales que se cuidarán de que la instrucción judicial no se cerrase en falso, o en una fase embrionaria, como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad constitutivos de mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa²³¹⁴.

6.- La autonomía de la conformidad de la persona jurídica frente al resto de coacusados

Hasta ahora se han expuesto ciertos aspectos relativos a la conformidad de las personas físicas, que se mantienen, sin modificaciones esenciales, para las personas jurídicas, mientras otros reclaman una interpretación adaptativa. Pero, la verdadera novedad de la regulación radica en que las personas jurídicas pueden conformarse con independencia de la posición que adopten al respecto el resto de coacusados (art. 787.8 *in fine* LECrim). Esta disposición supone una inversión de la regla general según la cual si son varios los acusados, y no todos se conforman, el juicio continúa (arts. 655 IV y 697 I y II LECrim)²³¹⁵.

El supuesto de hecho, contemplado en el art. 787.8 LECrim, es el de la existencia de una pluralidad de acusados siendo, al menos, uno de ellos una persona jurídica. Junto a la entidad colectiva, podrían aparecer otros entes acusados, así como ciertas personas físicas que, o bien podrían responder por el hecho típico y antijurídico presupuesto de la responsabilidad del ente, o bien por delitos conexos. En esta situación, se permite a la entidad conformarse unilateralmente con la pena más alta de entre las que, para ella, soliciten las acusaciones. Eventualidad que supondría, inevitablemente, la separación de los procesos, acabando el de la persona jurídica con una sentencia de conformidad y abriéndose, para el resto de los acusados no conformes, el juicio oral²³¹⁶.

A favor de permitir una conformidad unilateral de la persona jurídica, aun cuando el resto de coacusados no la acepten, se ha dicho que el “*rigor litisconsorcial*” de los arts. 655 V y 697 I-II LECrim no se adapta a un sistema de imputación de personas jurídicas basado en la desvinculación, en todo lo posible, del tratamiento procesal de sus responsabilidades respecto de las que se reclaman a las personas físicas²³¹⁷. Sin embargo, las responsabilidades penales siempre son individuales, también cuando se trata de personas físicas coacusadas, por lo que no se entiende cuál es la especialidad en

²³¹⁴ FGE, Circular 1/2011, p. 86.

²³¹⁵ Incluso se ha llegado a platear si al adicionarse un precepto de esta naturaleza se ha producido una situación asistemática con respecto al texto legal en el que se inserta MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 73.

²³¹⁶ Lo mismo ocurre en el ordenamiento italiano, donde, a pesar de haberse establecido como regla general el proceso simultáneo o el enjuiciamiento conjunto de la persona física y de la persona jurídica (art. 38 D. Lgs 231), tal y como observa VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti*...ob. cit., p. 326, la elección del ente o del ministerio público de optar por un rito alternativo, incluso distanciándose del desarrollo procesal respecto de la posición de la persona física a la que se le imputa el delito presupuesto, funda una posible causa de separación de los procesos ex art. 38 D. Lgs. 231.

²³¹⁷ ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 280-282.

este punto que podría justificar la inversión de la regla general sólo para las personas jurídicas.

Otro motivo que también se aduce, como justificante de la introducción de esta regla de separación de procedimientos, sería el de incentivar la negociación de acuerdos entre la persona jurídica y la Fiscalía, para finalizar el proceso con la imposición de una multa, siendo probable que, como contraprestación, el Ministerio Público exigiese su colaboración para el esclarecimiento de los hechos objeto de autos²³¹⁸. En este caso, sí que se podría apreciar una cierta especificidad para el caso de las personas jurídicas, en tanto que las mismas pueden estar particularmente interesadas en llegar a una solución conformada, para evitar ser sometidas a un proceso público y para prevenir la imposición de penas interdictivas que afecten directamente al desarrollo de su objeto social. Mientras que para la acusación, la información que la persona jurídica podría aportar a la investigación si decide colaborar, podría resultar enormemente útil, dadas las específicas dificultades que enfrenten los investigadores para recabar elementos de prueba y asignar responsabilidades individuales en entornos organizacionales, muchas veces caracterizados por su opacidad. Así pues, ambas partes, Fiscalía y persona jurídica, podrían ser proclives a llegar a un acuerdo a través del que la cooperación de la entidad se viese recompensada con un tratamiento penológico más liviano.

Hay que reparar en el hecho de que la norma objeto de análisis se refiere al caso de que sea la persona jurídica la que quiera conformarse sin que, en principio, se admita la situación contraria. Además, tratándose de una excepción a la regla general, debería interpretarse restrictivamente, no permitiendo, a la inversa, la conformidad de la persona física coacusada, sino presta igualmente su conformidad la persona jurídica enjuiciada por los mismos hechos²³¹⁹. Otra solución supondría realizar una interpretación claramente extensiva de la norma que literalmente dispone que “*cuando el acusado sea una persona jurídica (...) la conformidad (...) podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados*”.

Por otra parte, este distinto tratamiento entre ambos coacusados podría encontrar cierta justificación en que la conformidad de la persona jurídica, en principio, no supondría implicar como sujeto responsable a la concreta persona física imputada, mientras que, al contrario, la conformidad de un administrador, representante o subalterno de la entidad implicaría aceptar el acaecimiento de un hecho delictivo en el seno de la entidad²³²⁰, circunstancia que se erige en presupuesto o elemento constitutivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este sentido, la relación de continencia entre ambos objetos procesales podría servir de fundamento a la imposibilidad de invertir la regla del art. 787.8 LECrim. Sin embargo, no hay que olvidar que, tal y como se refirió el apdo. 2 de este epígrafe, la conformidad se refiere a las penas y no a los hechos, con lo que la sentencia de conformidad sólo hace prueba del acto de la conformidad y no de los hechos subyacentes que se declaran, impropriamente, probados. Por este y otros motivos

²³¹⁸ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente”, Observatorio de Derecho Penal Económico 2012 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, *Diario La Ley*, núm. 7834, 10 de abril de 2012.

²³¹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 175.

²³²⁰ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...” ob. cit., p. 967.

que se analizarán en el apdo. siguiente, la sentencia de conformidad no puede influir en el enjuiciamiento de los disconformes.

Ahora bien, con tal interpretación restrictiva, siempre que la persona jurídica no hubiese designado representante, o este no compareciese en el juicio oral, se privaría a la persona física, automáticamente, de su posibilidad de conformarse, con lo que se haría depender su suerte procesal de decisiones de la persona jurídica, ajenas a su control. Mientras que, a la inversa, la persona jurídica gozaría de libertad y autonomía para conformarse sin depender de la voluntad de la persona física junto a ella coacusada. Así pues, cabe entender que esta desigual posición entre ambos sujetos, en la que la persona jurídica tiene la facultad de “arrastrar” a las personas físicas coimputadas al juicio oral, mientras que la entidad no puede ser forzada a litigar, si decide conformarse, supone un trato desigual entre ambos sujetos, para el que no se vislumbra una justificación objetiva y razonable²³²¹.

En cualquier caso, cabe reparar en que esta posibilidad de separación procedimental no supone una verdadera novedad en el marco del procedimiento abreviado, en el que se permite enjuiciar separadamente los delitos conexos, a través de la formación de piezas separadas, siempre que tal separación resulte conveniente para agilizar el procedimiento (art. 762.6º LECrim). Tomando en consideración tal posibilidad, se afirma que el art. 787.8º LECrim se limita a extender al procedimiento ordinario la posibilidad de que el ente jurídico puede asumir la opción de conformarse de manera individual, al margen de la posición de los demás sujetos pasivos, mientras que en el procedimiento abreviado también podría optar por esta solución la persona física coacusada²³²². Sin embargo, cabe señalar, en este punto, que la nueva regulación introducida en la LECrim sobre la conexidad convierte en facultativo el enjuiciamiento conjunto de los delitos conexos, supeditándolo a razones de agilización procesal (art. 17 LECrim).

La realidad es que ya existían críticas doctrinales sobre la necesidad del concurso de voluntades de los acusados para conformarse, entendiéndose que si no existen razones que impidan o desaconsejen el enjuiciamiento independiente (sobre todo cuestiones de calificación jurídica o relativas a la penalidad) y concurriendo motivos de rapidez, simplificación y economía procesal, resultaría conveniente admitir la eficacia de la conformidad prestada sólo por alguno de los coacusados²³²³. En este sentido, se proponía, de *lege ferenda*, la introducción de una “*expresa habilitación legal que permitiese, ante una pluralidad de acusados (...), truncar el proceso mediante la correspondiente sentencia sólo para quienes manifestasen su conformidad con la acusación más grave, continuando para los demás*”²³²⁴. Por lo tanto, no cabe descartar

²³²¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 175, aunque entiende que no es posible invertir la regla legal, en vista de su carácter excepcional, reconoce, a renglón seguido que se trataría de un privilegio un tanto extraño.

²³²² PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de...” ob. cit.

²³²³ DE DIEGO DÍEZ, L. A., *La conformidad del acusado...* ob. cit., pp. 346-347.

²³²⁴ Ídem., p. 350; En el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas...” ob. cit., p. 753, ya proponía, antes de que la regulación lo permitiese para el caso de las personas jurídicas, flexibilizar el mecanismo de la conformidad posibilitando soluciones individuales.

que la regla introducida para las personas jurídicas sea un avance de una reforma procesal general en tal sentido²³²⁵.

En todo caso, esta separación de los cauces procedimentales, por los que discurrirá el juicio relativo a cada uno de los sujetos, puede tener importantes consecuencias, sobre todo cuando se trata de enjuiciar separadamente a de dos sujetos acusados por los mismos hechos, o por hechos parcialmente coincidentes, como ocurre en el caso de la persona jurídica y de la persona física, presunta autora del delito base. De hecho, la regla del procedimiento ordinario, que no permite que unos coacusados se conformen y otros no, viene a responder, precisamente, a la necesidad de no dividir la continencia de la causa, evitando pronunciamientos contradictorios entre la sentencia pronunciada de conformidad y la dictada para los disconformes tras la práctica de la prueba²³²⁶.

Por consiguiente, la regla del art. 787.8 LECrim rompería el principio general, vigente al menos en el ámbito del procedimiento ordinario, de conservación de la continencia de la causa y evitación de resoluciones contradictorias, ya que la condena por conformidad de la persona jurídica, podría seguirse de un pronunciamiento absolutorio contra la persona física, declarándose, por ejemplo, la atipicidad del hecho imputado²³²⁷ o su juridicidad, con lo que surgiría una contradicción, difícilmente compatible con las exigencias constitucionales de justicia y de seguridad jurídica.

7.- La eficacia ad extra de la sentencia de conformidad en el juicio frente a los acusados disconformes

En cuanto a la eficacia que la sentencia de conformidad podría tener en el proceso penal que se abriría contra los acusados no conformes, el propio art. 787.8 LECrim aclara que *“su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos”*²³²⁸. Sin

²³²⁵ De hecho, en la Propuesta CPP, en la que se reforzaba enormemente la institución de la conformidad ampliando su ámbito a todos los delitos, sin límite penológico, y admitiendo su prestación en cualquier momento procedimental, el art. 103.2, disponía que *“la conformidad es admisible aunque sean varios los encausados y no todos se conformaren”*. Aclarándose, a renglón seguido que, *“Su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con los no conformes”*. Por su parte, el nuevo proceso por aceptación de decreto, regulado en el art. 803 bis LECrim, tampoco establece ninguna limitación para el caso de que existan varias investigados.

²³²⁶ Así lo aprecia DE DIEGO DÍEZ, L. A., *La conformidad del acusado...* ob. cit., p. 344; Igualmente, el TS ha señalado, en numerosas resoluciones, que la exigencia de la unanimidad de los acusados al conformarse con la calificación, y la necesidad de celebrarse el juicio oral para todos cuando la conformidad sólo es dada por algunos, sirve para evitar el contrasentido de que un hecho se considere al mismo tiempo cierto por conformidad, e incierto por el resultado de las pruebas. Sobre este requisito, véanse STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 410/2010, de 11 de mayo, RJ 2010\5184; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 88/2011, de 11 de febrero, RJ 2011\1943; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 394/2014, de 7 de mayo, RJ 2014\3296.

²³²⁷ MORALES GARCÍA, O., *“La persona jurídica ante el Derecho...”* ob. cit., p. 153.

²³²⁸ En el mismo sentido, en la doctrina italiana, VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 326, excluye cualquier eficacia vinculante, en otros procedimientos, de las decisiones definitivas dictadas en el procedimiento abreviado o por decreto penal de condena, tras la conformidad de la persona física o el ente imputado.

embargo, tal aclaración resulta innecesaria en tanto que “*en el derecho procesal penal no se conoce supuesto alguno de litisconsorcio pasivo necesario*”²³²⁹, de lo que se deduce que, de ser varios, cada uno de los inculpados, aunque lo sean en relación con un mismo hecho delictivo, correrá su propia suerte.

Por otra parte, la sentencia de conformidad, aun siendo una sentencia de condena con fuerza de cosa juzgada, no presupone una verdadera verificación de los hechos ni de la culpabilidad del reo conforme, por lo que, el Juez deberá proceder, siguiendo un *iter* lógico del todo autónomo, sin poder deducir el hecho delictivo de la sentencia pronunciada como consecuencia del acuerdo entre el acusado conforme y la acusación²³³⁰.

Así, en el caso de que la persona jurídica se conforme y la persona física no lo haga, los procesos se separarían, sin que, evidentemente, pueda existir un efecto prejudicial positivo vinculante del uno sobre el otro, determinación que, por otra parte, resultaría frontalmente contraria al derecho de defensa y a los principios basilares del proceso penal, en particular a los de audiencia y contradicción, según los cuales nadie puede ser condenado sin haber tenido la efectiva oportunidad de ser oído en un debate oral, público y contradictorio, en el que poder esgrimir, ampliamente, los argumentos defensivos que a su derecho convengan. Así pues, la presunción de inocencia del acusado ha de ser desvirtuada a través del pertinente debate contradictorio, filtro a través del cual deberá conformarse la íntima convicción del juzgador. Mientras que, si se acogiesen como ciertas o se diesen por probadas cuestiones fácticas que no han sido introducidas en el proceso a través de esta metodología, se vulneraría el derecho a un proceso con todas las garantías, derecho que también se le debe reconocer, tal y como se argumentó en el epígrafe III del capítulo 2, a la persona jurídica encausada.

En definitiva, cuando la entidad se conforma con la pena, al igual que cuando, por otro motivo, es juzgada en un proceso distinto al dirigido frente a la persona física, el Juez, en la sentencia de conformidad dictada frente a la persona jurídica, deberá afirmar la comisión de un hecho delictivo por algún miembro de la entidad, debiendo determinar, al menos, si se trata de un sujeto apical o un subalterno. Ese pronunciamiento se realizará sólo en vía incidental y a los solos efectos de la represión de la persona jurídica, sin que pueda desplegar su eficacia en el posterior proceso penal contra la persona natural. En esta línea, en relación con la regulación italiana, se ha dicho que el pronunciamiento del Juez penal, en orden a la reconstrucción de un complejo fáctico, como el ilícito que se imputa a los entes colectivos, determina sólo en vía incidental el delito presupuesto y tal reconstrucción no puede tener ninguna eficacia fuera de la sede en la que ha sido alcanzada²³³¹.

Por lo tanto, descartada la vinculación *ex lege*, cabe plantearse, sin embargo, si la sentencia de conformidad pueda tener algún efecto, en todo caso más tenue que el vinculante, en el posterior procedimiento contra el sujeto que no se ha conformado,

²³²⁹ DE DIEGO DÍEZ, L. A., *La conformidad del acusado*...ob. cit., p. 347.

²³³⁰ MANCUSO, E. M., “Autonomia di accertamento e simultaneous...”ob. cit., p. 224.

²³³¹ VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti*...ob. cit., p. 327.

como la posibilidad de ser libremente valorada por el Juez como una prueba, documental, que quedaría sometida, como el resto de las pruebas, al examen contradictorio de las partes²³³². Ahora bien, dado que, ni siquiera el resultado de las pruebas practicadas en un juicio puede ser introducido en otro juicio distinto, sin someterlo al debate contradictorio, oral y público, ante las nuevas partes y respetando la inmediación con el nuevo juzgador²³³³, con mayor motivo, habrá que rechazar que la sentencia de conformidad pueda tener efectos en el juicio contra los disconformes, en tanto que tal resolución, y en particular la declaración de hechos probados en ella contenida, es fruto del acuerdo entre las partes, sin que el Juez haya tenido siquiera la obligación de comprobar su veracidad²³³⁴.

En todo caso, a pesar de que la ley dispone la no vinculación de la sentencia de conformidad, en el posterior enjuiciamiento de los disconformes, no se pueden desconocer los problemas que plantea el innegable nexo que existe entre ambos objetos procesales. Los conjuntos fácticos en los que se sustenta la responsabilidad de la persona jurídica y de las personas físicas que por aquella actúan, tanto desde una perspectiva jurídica como naturalista, se solapan, esto es, son parcialmente coincidentes, en particular en lo que se refiere a hecho de referencia. Esto conduce a que, en el caso de que ambos sujetos sean juzgados separadamente, existe una suerte de prejudicialidad homogénea entre ambos objetos procesales, de la que nada dice la Ley, que se limita a descartar, en este punto, la vinculación entre la sentencia de conformidad y la dictada tras la práctica de la prueba²³³⁵.

Esa relación de prejudicialidad abre la puerta a posibles contradicciones entre los hechos probados, en particular, en relación con ese elemento de parcial coincidencia en que se fundaría la conexión entre los delitos atribuidos a uno y otro sujeto, en la sentencia de conformidad y en la sentencia dictada tras el juicio oral contra el resto de

²³³² La STS (Sala 2ª) núm. 453/2000, de 14 de marzo, RJ 2000\1196, tras señalar que el instituto de la conformidad afecta a los acusados que han reconocido los hechos y no a los restantes, a continuación, sin embargo, indica que el reconocimiento de los coacusados conformes con la imputación fáctica no deja de tener su repercusión en el coacusado no conforme, de manera que, cuanto menos, el reconocimiento del hecho por algunos es valorable por el juzgador en lo que se refiere al acaecimiento de lo sucedido y, al menos indiciariamente, a la participación de un tercero; En la misma línea, la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 394/2014, de 7 de mayo, RJ 2014\3296, se refiere al uso de las confesiones de los acusados conformes como prueba de cargo frente a los no conformes, aun cuando, en este caso, ninguno fue condenado por conformidad, precisamente, por la falta de unanimidad entre los coacusados.

²³³³ En este sentido, en concreto en relación con las declaraciones inculpatoria de un copartípe, sostiene DÍAZ PITA, Mº. P., *Conformidad, reconocimiento de...* ob. cit., p. 65, que, tanto si se emitió como declaración de voluntad soporte de una conformidad, cuanto si se prestó como prueba en el juicio, su valoración en el ulterior juicio para los acusados no enjuiciados implicaría la admisión en el mismo de una prueba obtenida sin el respeto a los principios de contradicción, inmediación y concentración. Tal importación, por tanto, no sería factible, ni por la vía de conceptualarla como prueba anticipada o preconstituida, ni por la vía de incorporar al segundo juicio el documento en el que conste tal manifestación.

²³³⁴ En este sentido, la ya referida Consulta 1/2000 de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros copartípe, afirma que no es admisible, a los efectos de su valoración probatoria, la aportación de la anterior sentencia de conformidad, o del acta del juicio anterior, en la que se contenga la declaración del condenado porque implicaría la admisión en el mismo de una prueba obtenida sin el respeto a los principios de contradicción, inmediación y concentración.

²³³⁵ En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, pp. 182-183, se planteaba la posibilidad de que se regulase por ley la prejudicialidad penal en el proceso penal, aunque terminaba descartándola.

coacusados. Es preciso recordar, en este punto, que unos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado²³³⁶ y que, según reiterada doctrina del TC, constituye un contrasentido que un hecho se considere, al mismo tiempo, cierto por conformidad, e incierto por el resultado de las pruebas²³³⁷.

Pues bien, con la nueva regla de desvinculación se abre paso, precisamente, a que ocurra tal eventualidad, esto es, a que se produzcan contradicciones entre los hechos declarados probados en la sentencia de conformidad y los efectivamente probados en el juicio. En este supuesto, tal y como se ha señalado *ut supra*, exigencias derivadas del derecho de defensa y del derecho a un proceso con todas las garantías, impiden que la sentencia de conformidad perjudique a quien opta por no conformarse. Igualmente, exigencias de seguridad jurídica y el principio de *ne bis ídem* impedirían que la sentencia fruto del juicio sirviese para revisar la sentencia de conformidad, empeorando la situación de los reos conformes.

Sin embargo, razones de justicia material podrían abogar por admitir que la sentencia que declare la inexistencia del hecho punible, su comisión por un sujeto ajeno a la entidad o, incluso, la falta de tipicidad o antijuridicidad del hecho de referencia, presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, pudiese favorecer a la entidad condenada por conformidad, en tanto que tales afirmaciones fácticas o, en su caso, la nueva calificación jurídica otorgada a las mismas, resultarían extensibles al enjuiciamiento de la persona jurídica y favorables a su absolución. Ahora bien, tal extensión, evidentemente, sólo sería aceptable en orden a las consecuencias beneficiosas que de ella se derivasen²³³⁸.

A mayor abundamiento, en favor de este punto de vista, hay que tomar en consideración que la supresión de la prueba y el debate, los móviles extrajurídicos que pueden impulsar al acusado a conformarse y la limitación de poderes del tribunal en orden a la comprobación de los hechos, contribuyen a que las probabilidades de *error en la sentencia firme* del juicio truncado sean, en principio, superiores a las del fallo alcanzado tras la celebración del juicio por los trámites ordinarios²³³⁹.

En definitiva, aun cuando las responsabilidades de la persona física y la persona jurídica son autónomas, la relación de conexidad, que se da entre los hechos que se les atribuyen, implica una relación de comunidad sobre ciertos elementos, tanto fácticos como jurídicos. Por eso, si la persona jurídica decide conformarse, sin la aquiescencia de la persona física, presuntamente autora del delito base, existe un riesgo potencial de que se dicten resoluciones con pronunciamientos contradictorios. En este sentido, si condenada la persona jurídica por conformidad, en el proceso posterior contra la persona natural se prueba que el hecho no se produjo, que lo cometió un sujeto ajeno a la entidad o no encuadrable en ninguna de las categorías del art. 31 bis 1 CP, que el hecho no constituye delito por falta de tipicidad o por encontrarse la conducta

²³³⁶ SSTC 2/1981, de 30 de enero; 77/1983, de 3 de octubre, F. J. 4º.

²³³⁷ SSTS (Sala 2ª) 971/1998, de 27 de julio, RJ 1998\6990, F. J. 3º; (Sala 2ª) 260/2006, de 9 de marzo, RJ 2006\920, F. J. 4º; (Sala 2ª, Sección 1ª) 88/2011, de 11 de febrero, RJ 2011\1943, F. J. 4º.

²³³⁸ Cfr. DE DIEGO DíEZ, L. A., *La conformidad del acusado...* ob. cit., pp. 352-353.

²³³⁹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso...* ob. cit., pp. 240-241.

justificada, o bien que el hecho constituye un delito distinto de aquellos que resultan imputables a las personas jurídicas, habrá que acudir a algún procedimiento para extender los efectos de tal sentencia a la entidad inicialmente condenada. El expediente adecuado a tal fin podría ser, en principio, el proceso de revisión, único remedio extraordinario capaz de enervar la eficacia de la cosa juzgada²³⁴⁰.

8.- Las suspensión o sustitución de las penas conformadas por la persona jurídica y las posibilidades de impugnar la sentencia de conformidad

El art. 787.6 LECrim, aplicable a la conformidad de las personas jurídicas por la remisión contenida en el apdo. 8º del mismo precepto, hace referencia al pronunciamiento del Juez, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o sustitución de las penas, una vez declarada la firmeza de la sentencia alcanzada por conformidad, cuando las partes hayan manifestado su intención de no recurrir.

Al no existir en el CP ningún parámetro para sustituir las penas de las personas jurídicas, ni preverse supuesto alguno de suspensión de las mismas, parece que tal disposición devendría inaplicable en relación con la condena dictada frente a estos entes. De hecho, las únicas referencias a las posibilidades de suspensión o sustitución de las penas se refieren a la de prisión que, evidentemente, no resulta de aplicación a las personas jurídicas.

En definitiva, no existe base legal para entender que, en este trámite, las penas restrictivas de derechos impuestas a las personas jurídicas puedan ser suspendidas o sustituidas por una pena pecuniaria, aun cuando una disposición en tal sentido podría incentivar a la entidad a colaborar con la justicia y a optar por soluciones conformadas. Por eso, de *lege ferenda*, podría resultar adecuado introducir tal posibilidad, si es que el legislador pretende estimular las soluciones pactadas.

En esta línea, el ordenamiento italiano (art. 78 D. Lgs. 231) prevé la posibilidad, en fase de ejecución, de que la sanción interdictiva, impuesta en sentencia, sea sustituida por una sanción pecuniaria si el ente lo solicita dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la resolución, siempre que acredite haber llevado a cabo la conducta reparadora consistente en el resarcimiento integral del daño, la adopción de un modelo organizativo idóneo para prevenir delitos de la especie de los que se han verificado y la puesta a disposición del beneficio del delito para su decomiso (art. 17 D. Lgs. 231).

²³⁴⁰ DE DIEGO DÍEZ, L. A., *La conformidad del acusado...* ob. cit., p. 354; Sobre esta cuestión se profundizará en el epígrafe VII relativo a la cosa juzgada.

En otro orden de ideas, el art. 787 en su apdo. 7º LECrim, limita las posibilidades de recurrir la sentencia de condena dictada en conformidad a que ésta no respete los requisitos o términos de la misma y a la falta de una conformidad libremente prestada²³⁴¹. En este último supuesto encajaría, por ejemplo, la alegación de defectos en el poder especial presentado por el representante para prestar la conformidad o la su actuación *ultra vires*. Es más, en mi opinión, el cumplimiento del requisito formal consistente en que el representante cuente con un poder especial no impide que se pueda llegar a alegar y probar que ha habido un vicio en el consentimiento por parte del representante, o vicios en la formación de la voluntad de la entidad, que justifiquen la impugnación de la sentencia de conformidad, aunque la carga de probar tales vicios recaerá, obviamente, sobre la entidad.

9.- El momento procesal para anunciar la conformidad y su ratificación por el representante

En rigor, la conformidad es, como ya se ha indicado, una declaración de voluntad personalísima del acusado que ha de prestarse ante el tribunal sentenciador. Ahora bien, es preciso distinguir dos actos potencialmente diferentes y que, por lo tanto, puedan materializarse en momentos procesales diversos. Así, de un lado, está el acto por el cual el acusado “anuncia” su intención de conformarse con la acusación y, de otro, el acto por el que efectivamente se manifiesta o se “ratifica” ante el tribunal sentenciador esa conformidad previamente anunciada²³⁴².

El anuncio puede producirse en el escrito de defensa del acusado (art. 784.3 LECrim) o en el nuevo escrito de calificación que, conjuntamente, firmen las partes acusadoras y el acusado junto con su letrado antes de las sesiones del juicio oral (art. 784.3 LECrim) o, incluso, en el acto del juicio oral, iniciadas sus sesiones pero antes de que dé comienzo la práctica de la prueba (art. 787.1 LECrim). Ahora bien, en cualquier caso, los auténticos y genuinos efectos de la conformidad sólo se producen tras su ratificación en fase de juicio oral, momento en el cual el Tribunal deberá realizar las comprobaciones oportunas en orden a cerciorarse de que la conformidad se presta de forma libre e informada²³⁴³. Hasta aquí nada cambia, dado que los momentos procesales oportunos para prestar la conformidad, así como los actos en los que la misma ha de incluirse, no han recibido regulación específica para el caso de las personas jurídicas.

Ahora bien, ese desdoblamiento en dos actos, que acaba de referirse, impide descartar que, al comienzo del juicio el acusado se retracte de la conformidad antes anunciada, en

²³⁴¹ Sobre la irrecurribilidad de las sentencias de conformidad y sus excepciones, véanse las SSTS (Sala 2ª, Sección 1ª) 938/2008, de 3 de diciembre, RJ 2009\172; (Sala 2ª, Sección 1ª) 971/2010, de 12 de noviembre, RJ 2010\9001; (Sala 2ª, Sección 1ª) 88/2011, de 11 de febrero, RJ 2011\1943, F. J. 3º.

²³⁴² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 169; Así mismo, sobre los momentos procesales en los que se puede prestar la conformidad, véase RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso...* ob. cit., pp. 153-166.

²³⁴³ Ídem., pp. 169-170.

cuyo caso el juicio habrá de celebrarse²³⁴⁴. A idéntico resultado debe conducir, en el caso de las personas jurídicas, la incomparecencia al juicio del representante especialmente designado, aunque la entidad previamente, a través de tal representante o de sus postulantes, hubiese anunciado su voluntad de conformarse en alguna de las formas o momentos indicados. Por eso, en tal caso, y ante la genérica posibilidad de enjuiciar al ente en ausencia, se celebrará el juicio con la asistencia de sus postulantes²³⁴⁵.

10.- La justicia negociada y los medios alternativos de resolución de conflictos. Los DPAs y NPAs y la mediación

La responsabilidad penal de las personas jurídicas se suele asociar a la justicia penal negociada²³⁴⁶. Esto puede deberse, en parte, a la influencia del sistema americano de responsabilidad penal de las personas jurídicas, que podría también reflejarse en un incremento de las soluciones negociadas, así como al interés de las personas jurídicas en evitar la celebración del juicio oral para minimizar la publicidad de los hechos delictivos que se le imputan.

Igualmente, el sistema sancionatorio previsto para las personas jurídicas podría acentuar el carácter comercial o pactado de la justicia penal, en tanto que la naturaleza pecuniaria de la pena reina, cual es la pena de multa, junto con el carácter potestativo que informa la imposición del resto de las penas restrictivas de derechos, cuya aplicación es siempre facultativa y viene regida por criterios elásticos, permitirían una negociación flexible, en relación con la penalidad, que podría favorecer las conformidades²³⁴⁷. Además, las personas jurídicas preferirán pagar multas a sufrir el desgaste de imagen y reputación que conllevan las sesiones de un juicio oral y el riesgo de las penas interdictivas, más lesivas que la puramente económica²³⁴⁸.

Así mismo, las circunstancias atenuantes previstas en el CP, tales como la confesión (art. 31 quáter a) CP) o la aportación de pruebas nuevas y decisivas para el esclarecimiento de los hechos y de las responsabilidades dimanantes de los mismos (art. 31 quáter b) CP), incentivan a la entidad a colaborar con la justicia penal, renunciando, en cierto modo, a sus posibilidades de defensa, a cambio de un tratamiento punitivo más favorable, lo cual, procesalmente, debe articularse a través de la conformidad o a través de la introducción de ciertas dosis de oportunidad, que permitan a la Fiscalía dejar de perseguir ciertos delitos o de acusar formalmente a las entidades que muestran una

²³⁴⁴ Cfr. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso...* ob. cit., p. 169.

²³⁴⁵ *Idem.*, pp. 170-171.

²³⁴⁶ ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 273-274, afirma que en los procesos frente a las personas jurídicas se acentúan los rasgos negociales de la conformidad.

²³⁴⁷ Cfr. ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 278-279.

²³⁴⁸ ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 274-275; Sirva como ejemplo de esta afirmación el caso del Fútbol Club Barcelona que lleva mucho tiempo intentando llegar a un acuerdo con la Fiscalía para que no se abra el juicio oral en su contra, para lo cual ya ha consignado más de ocho millones de euros.

actitud cooperativa digna de tal recompensa. En este sentido, en el sistema de atenuantes por colaboración con la justicia o en la laxitud con la que se describe la responsabilidad de las personas jurídicas, fundamentándola en las deficiencias en el “*incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control*”²³⁴⁹, se ven manifestaciones del principio de oportunidad en tanto que circunstancias que, fácilmente, podrían permitir, en la práctica, una selección de asuntos²³⁵⁰.

Las personas jurídicas controlan ciertos flujos de información que pueden resultar especialmente útiles para la investigación penal, mientras que pueden tener un interés importante en evitar que su enjuiciamiento sea público o que se les impongan penas, como las interdictivas, que podrían ocasionar la paralización de su actividad. La combinación de ambos factores plantea la posibilidad de instaurar un modelo de justicia penal basado en la negociación y en los acuerdos entre Fiscalía y defensa. Por eso, cuando se habla de responsabilidad penal de personas jurídicas, normalmente se hace referencia a la posibilidad de que las mismas desarrollen investigaciones internas y pongan los medios adecuados para evitar futuros delitos, así como a la conveniencia de buscar vías alternativas que eviten que se celebre un juicio penal público, que dañe la imagen del ente, afectando a los intereses de multiplicidad de personas, como serían los trabajadores, clientes, proveedores, accionistas u otros *stakeholders*, normalmente ajenos al hecho criminológico.

Este discurso pretende convertir el proceso penal en un sistema de incentivos, centrado en la idea de autorregulación, de tal forma que las empresas que sean diligentes en evitar los delitos en su seno, en descubrir las irregularidades y en cooperar con la justicia, reciban una compensación en forma de no acusación y no sólo de atenuación de las penas. Así mismo, es posible que, las dificultades que presenta el enjuiciamiento de las personas jurídicas y la prueba de su responsabilidad, haya conducido al legislador a apostar por las soluciones conformadas, como vía para evitar la celebración de largos y costosos juicios que podría acabar con la absolución de la entidad por insuficiencias de la prueba de cargo. Sin embargo, en mi opinión, tal sistema presenta insalvables inconsistencias en el marco de un proceso penal, como el regulado en la LECrim, que deja un espacio relativamente pequeño al principio de oportunidad y a las soluciones negociadas.

Otro motivo que podría influir en la concepción negocial de la justicia penal frente a las personas jurídicas podría encontrarse en la influencia del sistema americano. En Estados Unidos, tradicionalmente, se ha admitido la responsabilidad penal de las personas

²³⁴⁹ Cfr. PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra personas jurídicas...ob. cit., p. 400, que se refería a la ausencia del control debido, que era el criterio legal antes de la reforma del CP por L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

²³⁵⁰ En esta misma línea, afirman GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit., que, aun cuando el proceso penal a las personas jurídicas no descansa en el principio de oportunidad “*la relativa indeterminación de la expresión control interno otorga a los jueces y tribunales penales un margen de arbitrio en el caso concreto que, materialmente, supondrá una selección de asuntos sobre los que aplicar las sanciones a las personas jurídicas. Tal selección, inevitable, hubiera sido preferible que se sometiera a criterios legalmente reglados*”. En la misma línea, véase JUANES PECES, A., “Necesidades en la regulación procesal...ob. cit., p. 41.

jurídicas y, de hecho, hay autores que atribuyen la criminalización de los entes colectivos a un proceso de americanización de la justicia penal²³⁵¹. Pues bien, en aquel país, la mayor parte de los procesos penales no alcanzan la fase de juicio oral, sino que acaban con confesiones u otras soluciones pactadas. En este sentido, se observa que “*en EE.UU la negociación (plea bargaining) que desemboca en una declaración de culpabilidad (guilty plea) es la regla prácticamente absoluta en los procesos penales frente a personas jurídicas. Al carácter ya de por sí generalizado de la justicia penal negociada en este país se viene a añadir en este punto el temor a la denominada muerte por acusación (death by indictment) de las personas jurídicas, expresión con la que se ponen de manifiesto las dificultades de supervivencia en el mercado a que se enfrentan las empresas que sufren el daño en su reputación de verse perseguidas formalmente en un proceso penal*”²³⁵².

En este contexto, tal y como se explicó en el apdo. 2.3, del epígrafe I del capítulo 2, a través de los acuerdos de no persecución (NPAs) y de los acuerdos de suspensión condicional de la persecución (DPAs), los Fiscales imponen ciertas condiciones a las empresas, tales como el pago de multas, la reparación de los daños, la adopción de programas de cumplimiento normativo o, incluso, la contratación de consultores o supervisores externos e independientes que vigilen su administración, a cambio de no formular una acusación formal, evitando así el daño reputacional que, para la entidad, podría conllevar una acusación pública. De hecho, algún autor, deslumbrado por el sistema americano, señala que el problema que plantea la justicia penal española es que no existen cauces legales para que las personas jurídicas puedan terminar un proceso *confidencialmente y pronto*, evitando los daños para su reputación, a través de la colaboración y el pacto con el Fiscal, como ocurre en Estados Unidos²³⁵³.

Ahora bien, en mi opinión, la cuestión que es preciso plantearse es hasta qué punto resulta apropiado tomar como ejemplo el sistema penal americano o, en otras palabras, hacia qué tipo de justicia penal se quiere avanzar. Precisamente, el sistema americano ha recibido duras críticas porque los amplios poderes de los Fiscales para negociar acuerdos, para decidir si acusar y, en su caso, porqué cargos hacerlo, habrían llevado a que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas fuese usada para forzar a las entidades a cooperar en la investigación de los delitos cometidos en su seno, facilitando la condena de sus trabajadores y representantes²³⁵⁴, a través de investigaciones internas que no respetan debidamente los derechos fundamentales de los individuos investigados, y que se utilizan para desplazar las responsabilidades hacia los niveles

²³⁵¹ NIETO MARTÍN, A; “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, *Revista Penal*, núm. 19, enero 2007, pp. 120-136.

²³⁵² GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 167-168. Véase, al respecto, ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C., “La responsabilidad penal de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos de América en la época post-Enron: los pactos de no acusar y de retraso de la acusación”, *Diario La Ley*, núm. 7065, 27 de noviembre de 2008.

²³⁵³ VEGAS TORRES, J., “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Observatorio de Derecho Penal 2011 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense URJC-KPMG*, *Diario La Ley*, núm. 7752, 12 de diciembre de 2011; En la línea de introducir mayores dosis de oportunidad en el enjuiciamiento de las personas jurídicas, véase también GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit.; GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...* ob. cit., pp. 182-201.

²³⁵⁴ Ver, a modo de ejemplo sobre la opinión general de la doctrina americana, la crítica de DISKANT, E. B., “Comparative corporate criminal liability...ob. cit., pp. 126-176.

inferiores de la jerarquía empresarial, buscando “cabezas de turco”. Por su parte, otro sector doctrinal, sostiene que las soluciones negociadas que se ofrecen a las grandes empresas para evitar su acusación formal, erosionan el efecto preventivo del Derecho Penal, en tanto que dan un trato demasiado benevolente a criminales corporativos muy poderosos y, muchas veces, reincidentes²³⁵⁵.

En definitiva, mientras para algunos el problema es la falta de procedimientos adecuados para llegar a soluciones pactadas, sin la publicidad propia del proceso penal²³⁵⁶, en mi opinión, desde la concepción del proceso penal como sistema de garantías, no sería deseable caminar hacia esta suerte de “privatización” en el tratamiento de los delitos²³⁵⁷. Desde luego, tendría difícil encaje en el actual marco regulador, regido por el principio de legalidad, sin perjuicio de que, en el futuro, se introduzcan, como pretendía la Propuesta CPP, ciertos criterios de oportunidad reglada. Pero, sobre todo, es necesario plantearse si el proceso penal es la vía apropiada para alcanzar tales soluciones pactadas. En este sentido, una vía alternativa al enjuiciamiento penal que podría permitir llegar a soluciones satisfactorias y reparadoras, sin la publicidad propia e inherente al proceso penal, podría ser la mediación.

Esta forma alternativa de resolución de conflictos, sin reflejo en la actual regulación procesal penal, sí se encontraba prevista en la Propuesta CPP. La ventaja que tendría la mediación sobre un procedimiento formalizado se encuentra en la posibilidad de llegar a un acuerdo que satisfaga a las víctimas del delito sin publicidad negativa para el encausado. La razón es que el mediador se encuentra sometido al secreto profesional que le obliga a mantener la confidencialidad sobre las sesiones (art. 144.4 Propuesta CPP), con lo que es posible alcanzar soluciones pactadas que no tienen por qué trascender a la opinión pública.

Esta técnica podría resultar útil, sobre todo, cuando tras el delito existe un conflicto interpersonal que solucionar. Sin embargo, en supuestos en los que los bienes jurídicos atacados son difusos, como ocurre con muchos de los imputables a las personas jurídicas, tales como los delitos contra el orden socio-económico o la salud pública, en los que, normalmente no existe una víctima concreta y determinada con la que mediar, no parecen muy adecuados para ser resueltos a través de la mediación²³⁵⁸. También

²³⁵⁵ Cfr. ELIASON, R. D., “We need to indict them...ob. cit., pp. 1-2.

²³⁵⁶ En este sentido, VEGAS TORRES, J., “Aspectos sustantivos y procesales de la...ob. cit., señala que el problema es que en España no hay cauces legales para que las personas jurídicas puedan terminar un proceso confidencialmente y pronto evitando los daños para su reputación a través de la colaboración y el pacto con el Fiscal como ocurre en Estados Unidos. Sin embargo, a mi modo de ver, esta forma de configurar el principio de oportunidad conlleva perversos incentivos que llevarían a las empresas a hacer cálculos de coste-beneficio para decidir si delinquir o no. Por otra parte, la confidencialidad del proceso penal está constitucionalmente prohibida, como no podría ser de otra manera en un Estado social y democrático de Derecho.

²³⁵⁷ En este punto, cabe referir las observaciones de ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 273-274, según quien es previsible que la conformidad acentúe sus rasgos negociales en los procesos contra personas jurídica con lo que, tal y como anticipa el autor citado, no será extraño que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se alce como un nuevo mercado para la transacción del *ius puniendi*.

²³⁵⁸ ESTIRADO DE CABO, C., “Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de

pueden existir obstáculos en lo que respecta al principio de igualdad, presupuesto básico de la mediación, que podría quebrarse cuando existe un gran desequilibrio de poder entre las partes, como ocurre, habitualmente, cuando se enfrenta una gran empresa con un particular²³⁵⁹.

11.- Recapitulación

La conformidad es un acto procesal que implica la aceptación por el acusado de la pena solicitada por la acusación, con base en el reconocimiento de los hechos punibles que se le atribuyen. Debido a la naturaleza personalísima de este acto, la persona jurídica sólo podrá realizarlo a través de su representante especialmente designado que, además, habrá de contar, a tal fin, con un poder especial, en vista de la importancia de los derechos a los que se renuncia a través de la conformidad, señaladamente el derecho a defenderse a través de la práctica de la pruebas en el juicio oral. Ahora bien, ese poder especial no exime al órgano judicial de comprobar que la conformidad se corresponde con la libre voluntad societaria.

El legislador no sólo permite que las personas jurídicas se conformen, sino que trata de potenciar la prestación de conformidades, permitiéndoles prestarla independientemente de la postura que, al respecto, adopten el resto de coacusados. Este régimen, junto con la lógica afirmación de que la sentencia de conformidad no vinculará en el juicio posterior frente a los acusados disconformes, crea el riesgo de que se dicten sentencias que contengan pronunciamientos contradictorios lo que obliga a arbitrar algún mecanismo para salvar tales incompatibilidades, ya que no pueda haber hechos ciertos por conformidad e inciertos por el resultado de las pruebas.

Si se quieren incrementar las conformidades, de *lege ferenda*, sería aconsejable que el legislador, al estilo de la regulación italiana, contemplase ciertas posibilidades de sustituir y suspender las penas restrictivas de derechos de las entidades conformes. Ahora bien, de tal régimen deberían excluirse las penas más graves, tales como la disolución u otras de naturaleza definitiva o permanente que, a través de la conformidad, pudieran convertirse en temporales, frustrándose su finalidad inocuidadora.

No cabe desconocer que las personas jurídicas, sobre todo si se trata de grandes empresas que cotizan en bolsa o que tienen una cierta reputación en el mercado, estarán

enjuiciamiento”, Estudios de derecho judicial, núm. 136, (Ejemplar dedicado a La mediación civil y penal. Un año de experiencia), Madrid, 2007, pp. 207-216, p. 212; A favor de su extensión a los casos de personas jurídicas, véase BARONA VILAR, S., “Delimitación objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas”, en C. Torrado Tarrío; R. Castillejo Manzanares (dirs.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 289-354.

²³⁵⁹ NEIRA PENA, A. M^a, “A xustiza restaurativa e a mediación penal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, núm. 15, Servizo de Publicacións da Universidade da Coruña, A Coruña, 2011, pp. 531-553, p. 538.

muy interesadas en llegar a un acuerdo con la acusación lo más rápidamente posible y con el mínimo ruido mediático. Así pues, en Estados Unidos, el bajo porcentaje de asuntos que llegan a juicio como norma general, se reduce aún más cuando se trata de procesos frente a corporaciones. De hecho, en aquel país, la solución habitual para las personas jurídicas, ni siquiera consiste en un acuerdo de asunción de responsabilidad (*guilty plea*), sino que, para evitar el estigma inherente a la condena penal que encierran tales acuerdos, a las grandes empresas que se ven involucradas en la comisión de algún delito, se les ofrecen otros acuerdos pre-procesales, menos onerosos, que les permiten, incluso, evitar la formalización de la acusación en su contra. El problema de estas soluciones pre-procesales, a parte de la falta de control judicial que las caracteriza, radica en que carecen de la suficiente fuerza preventiva para disuadir a las entidades de reiterar las conductas delictivas. Por eso, parte de la doctrina sugiere que debería seguirse una política criminal más dura frente a las grandes corporaciones, de tal forma que no se pierda la fuerza simbólica que caracteriza al proceso penal y que resulta tan necesaria para luchar de forma efectiva contra la criminalidad empresarial.

Por último, en ese afán por plantear alternativas, que eviten que las personas jurídicas sufran la pena de banquillo y el estigma que supone el proceso penal, se ha planteado utilizar la mediación como alternativa al proceso formalizado. En mi opinión, dado el tipo de delitos que cometen las personas jurídicas y la necesidad de prevención especial que, muchas veces, tales entidades presentan, tampoco parece adecuado el uso de la mediación. Además, parece oportuno recordar, en este punto, como otro argumento contrario a usar la mediación en las causas seguidas frente a personas jurídicas, que parte de la efectividad y del poder disuasorio del Derecho Penal radica, precisamente, en la publicidad del proceso y de la condena.

V. La prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas

1.- Planteamiento

Siguiendo a TARUFFO²³⁶⁰ cabe distinguir dos concepciones de la prueba. La primera de ellas la entiende como un *instrumento de conocimiento*. Desde esta perspectiva, la prueba ofrece informaciones relativas a los hechos que deben ser determinados en el proceso. De acuerdo con la segunda concepción, la prueba no sería más que un *instrumento de persuasión*, que no serviría para establecer la verdad o falsedad de enunciado alguno, sino para persuadir al Juez, para convencerlo de lo fundado o infundado de un enunciado fáctico.

²³⁶⁰ TARUFFO, M., "Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad", *La prueba, Artículos y Conferencias*, Metropolitana, Santiago, 2008, pp. 59-66.

Por otra parte, más allá de la concepción de la prueba que se siga, es preciso señalar que la determinación del *thema probando* tiene una importancia capital por su interrelación con otras cuestiones fundamentales, tales como, el objeto del proceso o el *thema decidendi* que, a su vez, resultan determinantes para abordar problemas como el de los límites de la cosa juzgada o las exigencias del principio acusatorio.

Aunque para las personas jurídicas se aplicarán, en principio, las mismas reglas probatorias que para cualquier otro sujeto pasivo del proceso penal, existen ciertas cuestiones que merecen un tratamiento específico. Así pues, en este epígrafe, en primer lugar, se intentará delimitar el objeto de la prueba, es decir, todos aquellos elementos necesitados de prueba, ya por resultar determinantes de la condena o la absolución de la persona enjuiciada, ya por influir en la determinación de las penas que, en su caso, se le impondrán a la entidad que resulte eventualmente condenada. En segundo lugar, se hará referencia a los distintos medios de prueba, en orden a determinar cuáles resultarán, previsiblemente, más utilizados en los procesos frente a las personas jurídicas y qué especialidades podrían presentar por razón del objeto de tales procesos. En tercer lugar, se determinarán las reglas de carga de la prueba y las reglas de valoración de las pruebas que, si bien, en principio, serán las habituales, resulta interesante reflexionar sobre su aplicación en relación con algunos de los elementos que constituyen el objeto de la prueba del proceso frente a una persona jurídica. Por último, se hará una mención especial a los *compliance programs*, como elementos relevantes para el enjuiciamiento de las personas jurídicas, determinando a través de qué medios deben ser introducidos en el proceso, cómo debe ser probada su existencia y su eficacia, cómo se distribuye la carga de la prueba en relación con los mismos y cómo deben ser valorados por el juzgador en la sentencia.

2.- El objeto de la prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas

En este apdo. se pretende determinar el objeto de la prueba, entendido como el conjunto de los elementos fácticos sobre los que las partes despliegan su actividad probatoria. De hecho, serán las partes, a través de sus escritos de calificación provisional, o de acusación y defensa, las que determinen el objeto de la actividad probatoria²³⁶¹ y, por ende, el objeto de la actividad valorativa del juzgador, que se desarrollará sobre los hechos alegados o afirmados por aquéllas²³⁶². Siguiendo, en este punto, a GIMENO SENDRA, cabe precisar que “*a las partes les incumbe determinar el tema probandi, mediante la afirmación de los hechos constitutivos, de un lado, o impeditivos, extintivos o excluyentes, de otro, de la pretensión penal*”²³⁶³.

²³⁶¹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 427-428.

²³⁶² En este sentido se pronuncia, CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*, Tomo I, 2º ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2005, pp. 75 y 79, para quien “*el objeto de la actividad probatoria es siempre alguno de los hechos afirmados o alegados por cualquiera de los litigantes o, lo que es lo mismo, cualquier juicio o proposición fáctica aducida por una de las partes como fundamento de su pretensión*”.

²³⁶³ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 747.

Pero no todos los hechos alegados por las partes estarán necesitados de prueba, sino que sólo deberán ser acreditados aquellos que tengan relevancia para la subsunción en la norma a aplicar²³⁶⁴, limitándose este análisis a los elementos subsumibles en la norma penal. Así pues, en orden a determinar, en abstracto, y con la amplitud que ello supone, el hipotético objeto del debate procesal, se hará referencia a todos y cada uno de los elementos fácticos que las partes podrían discutir en el juicio por ser relevantes para la determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas. Sin perjuicio de que, de ordinario, en un proceso concreto, no se discutan todas y cada una de las cuestiones que aquí se tratarán.

En este sentido, cabe reparar en que la actividad probatoria no se contraerá a los elementos constitutivos del hecho ilícito imputable a la entidad (31 bis CP), -en los que quedarían comprendidos la tipicidad y la antijuridicidad del hecho de referencia o delito base, la cualidad del sujeto que delinque, como apical o subalterno dentro del organigrama de la entidad, el hecho de conexión que permite atribuir responsabilidad a la persona jurídica por los hechos perpetrados por sus agentes, consistente en que el delito se haya cometido por cuenta, en nombre y/o en beneficio, directo o indirecto, de la entidad, así como el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subalternos- sino que se desplegará también sobre las circunstancias excluyentes de la responsabilidad, en concreto, sobre aquellas que determinan que la entidad quede exenta de responsabilidad, relativas a la efectiva implementación de un sistema de organización y gestión idóneo para prevenir los delitos de la naturaleza del presuntamente perpetrado (art. 31 bis 2 y 4 CP), así como de todas aquellas circunstancias que inciden en la determinación de la penalidad, como sería el caso de las atenuantes (art. 31 quáter CP) y de los criterios para decidir sobre la imposición y extensión de las penas interdictivas (art. 66 bis CP)²³⁶⁵.

Por otra parte, no todas las personas jurídicas resultan imputables, esto es, susceptibles de responder penalmente, sino que el art. 31 quinquies 1 CP establece una serie de exenciones o inmunidades para ciertas entidades. Pues bien, el hecho de que se trate de una persona jurídica con capacidad penal, o más bien, con capacidad para ser parte en un proceso penal, también deberá ser objeto de prueba si es introducido en el debate a través de las alegaciones de las partes²³⁶⁶. De hecho, debiera resolverse esta cuestión de forma previa a la práctica de las pruebas sobre la existencia del delito y la culpabilidad de la entidad, en tanto que estaría en juego la concurrencia de un auténtico presupuesto procesal, cual es, la capacidad para ser parte. En este sentido, su ausencia constituiría un hecho impositivo de la responsabilidad penal.

²³⁶⁴ Lo cual pone de manifiesto, en opinión de CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal...* ob. cit., p. 104, “la profunda interrelación existente entre el juicio de hecho y el juicio de derecho, o entre la cuestión fáctica y la jurídica”.

²³⁶⁵ En esta línea se pronuncia VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., pp. 363 y 367, al señalar que el objeto de la prueba no comprende sólo los elementos constitutivos o impositivos del ilícito, sino también los hechos de los que depende la determinación de la sanción, por lo que se afirma que el *thema probandum* es complejo debiendo referirse a todos los elementos fácticos relevantes para el juicio.

²³⁶⁶ En realidad la ausencia de capacidad para ser parte, en tanto que implicaría la falta de un presupuesto procesal podría ser apreciada de oficio y debería, en su caso, impedir la imputación inicial. Pero es posible que haya dudas acerca de tal extremo y que, por lo tanto, deba ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, tras haberse practicado sobre él mismo prueba pertinente y útil.

2.1- Los hechos constitutivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como elementos constitutivos del ilícito penal imputable a la persona jurídica es posible diferenciar los relativos al delito presupuesto y las circunstancias previstas en el art. 31 bis CP que permiten que la responsabilidad derivada del delito cometido por una determinada persona física se impute a la persona jurídica²³⁶⁷. Este complejo fáctico, conformado por el hecho de referencia y los criterios que permiten atribuírselo a la entidad, vendría a constituir el ilícito penal imputable al ente.

2.1.1.- El hecho de referencia o delito presupuesto

En relación con el delito presupuesto o, más correctamente, con el hecho de referencia²³⁶⁸, es necesario determinar si la prueba ha de versar sobre todos y cada uno de los elementos constitutivos del mismo o si, por el contrario, se trata de un episodio criminal que debe ser probado sólo en relación con algunos de sus componentes, prescindiendo de otros, por su vinculación con elementos subjetivos inherentes a la actuación humana subyacente. En otras palabras, es preciso aclarar si el legislador ha ligado la responsabilidad de la persona jurídica a la realización de un delito perfecto en todos sus elementos objetivos y subjetivos o si, por el contrario, se hace depender la responsabilidad de la entidad de un hecho histórico que integra una hipótesis criminal sólo sobre el plano del elemento material, independientemente de los requisitos de culpabilidad de aquel que es su autor²³⁶⁹.

En respuesta a esta disyuntiva, que también se plantea en relación con la regulación italiana, se ha llegado a sostener que es posible afirmar la responsabilidad penal del ente, incluso prescindiendo del elemento subjetivo del tipo penal en relación con el delito presupuesto. En esta línea, se afirma que la absolución del inculpaado por falta de dolo podría no ser un obstáculo al pronunciamiento de una sentencia de condena a la sociedad, probada la subsistencia de la conducta en la parte que integra su elemento

²³⁶⁷ En esta línea, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 35-37, afirma que, desde un punto de vista procesal, para condenar a la persona jurídica, es necesario probar, por un lado, los hechos de referencia o delito base, constitutivos de una infracción penal cometida por determinada o determinadas personas físicas, aun cuando las mismas no estén individualizadas y, por otro, los hechos internos de la persona jurídica en los que se fundamenta su propia culpabilidad (defecto de organización o ausencia de control interno, atenuantes y criterios de imposición de las penas). Ambos son *thema probandi* y *thema decidendi*, en tanto que forman parte del objeto del proceso y han de ser objeto de enjuiciamiento directo.

²³⁶⁸ Así pues, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 22, se refiere a este elemento como “hecho de referencia” al que define como “la comisión por una persona física de alguno de los delitos a los que cabe anudar responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Considero que la denominación de hecho de referencia resulta más adecuada que la de delito presupuesto porque, a pesar de que la literalidad del CP se refiere a la comisión de un delito, parece suficiente, como a continuación se argumentará, con que la persona física realice un hecho típico y antijurídico, sin necesidad de que sea culpable y, por tanto, sin necesidad de que se haya cometido un delito en sentido estricto.

²³⁶⁹ Estas alternativas se han planteado también en el seno de la doctrina italiana, donde el ilícito administrativo dependiente de delito que se imputa al ente es descrito como una “fattispecie compleja”. Véanse, entre otras, las reflexiones al respecto de RIGO, F., “Il giudizio”...ob. cit., p. 373.

objetivo, si se prueba que la realización de parte del administrador inculpable depende de una disfunción organizativa interna de la persona jurídica, calificable en términos de culpa del ente²³⁷⁰.

Sin embargo, detrás de este razonamiento podría existir, a mi modo de ver, un error de base, consistente en situar el dolo en la culpabilidad y no en el tipo. Actualmente, en la dogmática penal moderna, existe un acuerdo doctrinal amplio en torno a la inclusión del dolo y la imprudencia a nivel de tipo penal²³⁷¹, lo cual implica que sin dolo o imprudencia no hay ni siquiera conducta típica. Y, como no podría ser de otra forma, en las leyes penales sustantivas no caben interpretaciones *contra reo*, por lo que, si el CP establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables *de los delitos cometidos por* determinadas personas naturales (art. 31 bis 1 CP), es necesario exigir, al menos, que la acción humana que se imputará a la entidad sea típica y antijurídica²³⁷², lo que implica que el dolo o la imprudencia del autor han de abarcar todos y cada uno de los elementos del tipo penal en su vertiente objetiva y que la conducta imputable a la persona física no se realizó concurriendo una causa de justificación.

Otra cosa es que la falta de identificación del autor impida el efectivo enjuiciamiento del elemento subjetivo del tipo delictivo por lo que, en tales casos, no será necesario probar específicamente el dolo o la culpa del autor del hecho²³⁷³. En principio, si nadie lo pone en discusión, tales elementos, dolo e imprudencia, podrían derivarse, o presumirse *iuris tantum*, de la constatación del tipo objetivo, sin necesidad de practicar prueba directa sobre ellos. Así lo entienden, al menos, quienes, en el estudio del problema de la prueba del dolo, desechan la concepción naturalista o psicológica del mismo, para optar por otras como la concepción normativa o la centrada en el criterio del sentido social²³⁷⁴. Concretamente, esta última teoría permite inferir el dolo del sentido social de un

²³⁷⁰ RIGO, F., "Il giudizio"...ob. cit., p. 373.

²³⁷¹ En este sentido, ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito (D. M., Luzón Peña; M. Díaz y García Conlledo; J. Vicente Remesal (trads.) Civitas, Madrid, 1997, p. 278, afirma que, la doctrina dominante hoy, incardina, sistemáticamente, el dolo típico, es decir, el conocimiento y voluntad de todos los elementos del tipo objetivo, dentro del propio tipo como parte subjetiva del mismo.

²³⁷² En este sentido, sostiene SCALFATI, A., "Le norme in materia di prova e di giudizio" en AA.VV., G. Garuti (dir.) *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, pp. 349-372, p. 365, en relación con la regulación italiana, que la investigación se refiere al episodio penal presupuesto no sólo en el sentido de su representación histórica, sino también en clave de ilicitud y de ausencia de causas eximentes, por tanto si el hecho no constituye un delito conforme a la ley, el ente no responde; En línea similar, afirma DEL MORAL GARCÍA, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal*...ob. cit., p. 45 y ss, que es imprescindible que concurra responsabilidad penal por parte de personas físicas en abstracto, si bien, no importaría que, en concreto, esa responsabilidad no sea exigible por ausencia de pruebas que permitan la individualización, por la huida del culpable o por otros factores.

²³⁷³ Así lo sostiene GIGLIOLI, M., "Il procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni"...ob. cit., p. 616; Así mismo, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "El injusto típico de la persona jurídica"...ob. cit., pp. 149-150, que el dolo, consistente en el conocimiento que se tiene de un determinado riesgo, se atribuye o se imputa en función de determinados indicios con lo cual, en opinión de este autor, en el caso de las personas jurídicas, lo decisivo son los indicios que se deben considerar relevantes para atribuir o imputar a la entidad un determinado conocimiento organizativo.

²³⁷⁴ Véase, sobre esta cuestión, RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en*...ob. cit., pp. 323 y ss. Este autor se decanta por el sentido social como criterio de determinación del conocimiento exigido por el dolo, según el cual una conducta se considera dolosa cuando, de acuerdo con sus características externas y perceptibles, se valore socialmente como negación consciente de una concreta norma penal.

determinado hecho y de las circunstancias que lo acompañan, prescindiendo de la averiguación de fenómenos de naturaleza psicológica²³⁷⁵. A través del análisis de la conducta, “según qué características personales reúna el sujeto de la imputación se estimará o no conveniente que le sean atribuidos conocimientos de determinadas realidades”²³⁷⁶, pudiendo valorar cuestiones tales como la formación del sujeto o su profesión²³⁷⁷.

Hasta aquí existiría una acción humana, típica y antijurídica, presupuesto de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Faltaría todavía el elemento culpabilístico para tener un delito completo en todos sus elementos. Sin embargo, la categoría de la culpabilidad no se traspasa de la persona física a la persona jurídica, en tanto que la culpabilidad es siempre personal²³⁷⁸. Y, si bien es cierto, que la entidad responde por el hecho de otro, debe hacerlo por una culpabilidad propia²³⁷⁹, aunque no entendida en los términos tradicionales que la vinculan a la voluntariedad humana. El hecho de que las culpabilidades de persona física y persona jurídica sean independientes se basa, en primer lugar, en lo previsto en el art. 31 ter 2 CP, según el cual las circunstancias que afectan a la culpabilidad del acusado, persona física, no afectan a la responsabilidad penal de las personas jurídicas²³⁸⁰. A este argumento positivo se une el entendimiento dogmático de la culpabilidad como estrictamente personal e intransferible, y el hecho de que la identificación del autor material, que no resulta exigible para juzgar, y en su caso condenar, a la persona jurídica, sea condición *sine qua non* de la posibilidad de llevar a cabo un auténtico reproche de culpabilidad.

En definitiva, respecto al hecho constitutivo del delito, entendido como hecho típico y antijurídico²³⁸¹, habrá de practicarse prueba de cargo suficiente, tanto si la persona física

²³⁷⁵ En esta línea RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en...*ob. cit., p. 521, señala que “*existe dolo cuando, a partir del sentido social de un hecho y de las circunstancias que lo acompañan, puede afirmarse de modo inequívoco que un sujeto ha llevado a cabo un comportamiento objetivamente típico atribuyéndole la concreta capacidad de realizar un tipo penal*”

²³⁷⁶ RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en...*ob. cit., p. 426.

²³⁷⁷ STS (Sala 2ª) de 23 abril de 1992, RJ 1992/6783, caso del aceite de colza, F. J. 3º, en el que la condición de empresario aceitero de un sujeto sirve para atribuirle determinados conocimientos sobre el carácter venenoso de un determinado producto como la anilina.

²³⁷⁸ En este sentido, pueden resultar útiles las reflexiones de PALAZZO, F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, G. Giappichelli, Torino, 1999, p. 99, al sostener que la culpabilidad, entendida como nexo participativo entre el hecho y su autor, hace necesario, para determinar la existencia y la intensidad de tal nexo, tener en cuenta todas las características de la personalidad que han condicionado, en el momento del hecho, tal unión.

²³⁷⁹ En esta línea, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., pp. 35-37, afirma que, para condenar a la persona jurídica es necesario probar los hechos de referencia o delito base y los hechos internos de la persona jurídica en los que se fundamenta su propia culpabilidad, sin que, por el contrario, sea necesario probar aquellos otros hechos de los que depende la culpabilidad *stricto sensu* de la persona física.

²³⁸⁰ Literalmente, el citado precepto dispone que “*la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, (...) no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”.

²³⁸¹ En cuanto a la necesidad de que la conducta imputable a la persona natural sea de carácter antijurídico, puede resultar útil traer a colación las críticas que, en su momento, emitió el Consejo Fiscal. Informe al Anteproyecto de reforma del CP publicado en el BOCG de 15 de enero de 2007 (núm. expte. 97/2015), en el que disponía que la concurrencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal en las personas que materialmente hubiesen realizado los hechos no excluiría ni modificaría la responsabilidad

autora es coacusada junto con la persona jurídica como si no lo es²³⁸². Esto se debe a que los hechos de referencia, en el juicio de la entidad, son *thema probandi y decidendi*, es decir, forman parte del proceso y deben ser objeto de juicio directo²³⁸³, sin que puedan presumirse sin más, siendo hurtados al debate contradictorio, lo que podría constituir una vulneración de la presunción de inocencia de la entidad. Ahora bien, ausente la persona física, se prescindirá de realizar valoraciones sobre su responsabilidad personal, lo cual no presenta, en principio, ningún inconveniente, en tanto que, tal y como se acaba de señalar, las circunstancias que afecten a la culpabilidad del autor del delito no excluyen ni modifican la responsabilidad del ente (art. 31 ter 2 CP).

Así pues, cabe sostener que basta con probar el acaecimiento de un hecho típico y antijurídico, mientras que la culpabilidad del autor material no ha de ser objeto de prueba en el proceso frente al ente, entre otras cosas, porque es posible que tal individuo ni siquiera sea parte en el proceso. En todo caso, si la concreta persona física no ha sido identificada, los elementos subjetivos del tipo y, eventualmente, la culpabilidad de su autor se afirmarán sólo *incidenter tantum*, como una suerte de cuestión prejudicial homogénea, que se resuelve a los sólo efectos de la represión de la persona jurídica sin que, por lo tanto, se predetermine el fallo en la posterior sentencia futura que, eventualmente, podría dictarse si reaparece o es identificado el autor del delito.

2.1.2.- Criterios de imputación de responsabilidad a la persona jurídica

Pero, la prueba de la comisión de ese hecho típico y antijurídico por un determinado sujeto integrante de la entidad no es suficiente, sino que existen otros elementos adicionales, que habrán de ser objeto de prueba, para poder fundamentar la condena del ente. En este sentido, se puede afirmar que no podrá ser atribuida responsabilidad penal a la persona jurídica de forma automática, cuando quede probada la del administrador o representante, de modo que queda excluida toda fórmula de objetivación o de presunción de dicha responsabilidad penal²³⁸⁴.

Tales requisitos típicos adicionales, que constituyen criterios de imputación de responsabilidad en relación con la persona jurídica, en tanto que en ellos se fundamenta la culpabilidad propia de la entidad, son diversos en función de si el delito ha sido cometido por un sujeto apical o por un subalterno, dejando a salvo el que la actuación se haya realizado en beneficio, directo o indirecto, del ente, que es un requisito común a ambos supuestos.

penal de las personas jurídicas. A lo cual el Consejo Fiscal objetó que el enunciado debería limitarse a las causas de inculpabilidad y dejar al margen las de justificación, dado que éstas últimas se refieren, no a la persona física, si no al hecho en sí, como consecuencia de lo cual deberían afectar por igual a la responsabilidad de la persona jurídica.

²³⁸² JUANES PECES, A., "Necesidades en la regulación procesal...ob. cit., p. 44.

²³⁸³ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 36.

²³⁸⁴ MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M^a. J., "La responsabilidad penal de las...ob. cit., p. 395.

2.1.2.1.- La actuación en beneficio de la persona jurídica

El art. 31 bis CP se refiere a la actuación en beneficio, directo o indirecto, de la entidad²³⁸⁵. Una posibilidad interpretativa pasa por considerar que tal disposición alude al elemento subjetivo de la actuación del autor del delito, consistente en actuar *con la intención de beneficiar* a la persona jurídica. Para acoger esta interpretación será necesario entender, al menos cuando la persona física no sea juzgada conjuntamente con la persona jurídica, que tal “intención de beneficiar” a la entidad se pueda deducir de la modalidad de conducta o de su resultado, dada la imposibilidad de indagar en la intención de quien no es parte en el proceso o de quien, incluso, podría no haber sido identificado durante la investigación.

Aun cuando esta interpretación de la modalidad de actuación consistente en delinquir “en beneficio de la persona jurídica”, parece la más acorde con la literalidad del texto, sin embargo, no parece adecuado fundamentar la responsabilidad de la entidad en un elemento tan íntimo y personal como la intención o el móvil que llevó a actuar a la persona física²³⁸⁶. Además, es preciso considerar que, ante la falta de identificación o de enjuiciamiento del presunto autor del delito, no sería posible indagar sobre su predisposición psicológica, lo que obligaría a objetivar ese elemento intencional.

Así las cosas, otra forma de interpretar el requisito de que la actuación delictiva se haya realizado en beneficio de la entidad pasaría por entender que se trata, más bien, de una objetiva tendencia de la acción a conseguir tal ventaja, lo cual exigiría constatar la idoneidad *ex ante* de la conducta para que la persona jurídica obtuviese alguna clase de ventaja asociada a aquella, aunque tal beneficio no fuese directo o inmediato²³⁸⁷. Esta interpretación parece más adecuada, en tanto que, al sustentarse en un dato objetivo, da seguridad jurídica y su verificación judicial resulta más sencilla. Por otra parte, hay que aclarar que, al tratarse de un análisis *ex ante*, no se exige que se consiga efectivamente un beneficio o provecho para la entidad, sino tan sólo que la conducta sea apta para ello²³⁸⁸.

²³⁸⁵Por su parte, el CP anterior a la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, hacía referencia a la actuación “en provecho” del ente, término que ha sido sustituido por el de actuación “en beneficio directo o indirecto” de la persona jurídica. De esta forma, al referirse la ley expresamente al beneficio indirecto de la persona jurídica, parece claro que se incluirían conductas que, sólo de forma mediata, reportasen una ventaja a la entidad, como la mejora de su imagen en el mercado o el ahorro en costes, así como conductas dirigidas a lograr un beneficio personal por su autor material pero que, mediata o indirectamente, beneficiasen también a la persona jurídica. En definitiva, sólo se excluirían aquellas realizadas exclusivamente en beneficio personal de su autor o de un tercero y, obviamente, las realizadas en perjuicio de la entidad.

²³⁸⁶ En esta línea la FGE, Circular 1/2011, pp. 43-44, niega que se puede exigir en la persona física un elemento subjetivo especial consistente en beneficiar a la empresa.

²³⁸⁷ FGE, Circular 1/2011, pp. 43-44.

²³⁸⁸ En este sentido, es interpretado, entre otros, por VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.; También en la doctrina americana se pronuncia sobre este extremo HUFF, B. K., “Note: The Role of Corporate “compliance” Programs In Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach”, *Columbia Law Review*, núm. 96, junio 1996, pp. 1252-1298, p. 1289, afirmando que para valorar si el empleado ha actuado en interés o en provecho de la entidad, es decir, para intentar beneficiarla, habrá que comprobar si intentó directa o indirectamente otorgarle un beneficio, no siendo necesario que dicho beneficio efectivamente se consume ()).

En todo caso, no es necesario que la acción vaya exclusivamente dirigida a beneficiar a la persona jurídica, sino que puede perseguir simultáneamente o, incluso, principalmente, una ventaja personal²³⁸⁹, siendo el elemento clave la aptitud *ex ante* de la conducta para beneficiar a la entidad. Ahora bien, la persona jurídica no respondería si la persona física actuó exclusivamente en beneficio propio o de un tercero. En tal caso, se verificaría una suerte de ruptura de la relación de identificación orgánica y el delito cometido por la persona física no sería imputable a la sociedad, aun cuando la persona jurídica hubiese obtenido, indirectamente, una ventaja del delito cometido²³⁹⁰.

Lo propio ocurriría si la conducta fuese dirigida a beneficiar al autor del delito, en detrimento o perjuicio de los intereses sociales. De hecho, tal y como se puso de manifiesto en el capítulo 2, epígrafe II, apdo. 2, al tratar el momento idóneo para proceder a la imputación de la entidad, si se sospecha que el delito ha podido ser cometido en beneficio exclusivo de la persona física o de un tercero y/o en detrimento de la persona jurídica, ésta no resultará penalmente responsable, por lo que, si tales circunstancias se observan ya en la fase inicial de la investigación, habrá que evitar su imputación. Ya no se trataría, en este caso, de un delito de empresa, sino que tal conducta se encuadraría, más bien, en la categoría de delitos en la empresa²³⁹¹.

En cuanto al contenido del beneficio, este podría consistir en un enriquecimiento, una utilidad o ventaja, pero también en un ahorro para la persona jurídica o en un mero favorecimiento en términos de imagen de marca o proyección social, cuota de mercado, etc.²³⁹². De hecho, en los delitos culposos es probable que ese beneficio se materialice en un ahorro en costes consecuencia del incumplimiento de ciertas cautelas o normas cuidado²³⁹³, y no tanto en un ingreso extra, en un incremento patrimonial o en un

²³⁸⁹ Esto es admitido, entre otros, por VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.,; Iguualmente, en la doctrina italiana por DE SIMONE, G., “I profili sostanziali della responsabilità...ob. cit., p. 102

²³⁹⁰ Así interpreta SIMONE, G., “I profili sostanziali della responsabilità c.d. Amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del D. Lgs. 8 giugno 2001 N. 231”, *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato* (dir. G. Garuti), Cedam, Padova, 2002, pp. 57-125, p. 101, el art. 5.2 D. Lgs. 231 que excluye la responsabilidad del ente si el autor ha actuado exclusivamente en interés propio o de tercero, razonamiento que, en vista de la gran similitud de la regulación española e italiana en este punto, resultaría extrapolable al requisito de la actuación en beneficio de la persona jurídica previsto en el art. 31 bis 1 CP.

²³⁹¹ Esta distinción, ya referida en el epígrafe II, del capítulo 1, se debe a SCHÜNEMANN (1988) que diferenció en su día entre “*Unternehmenskriminalität*” y “*Betriebskriminalität*”, vocablos que han sido acertadamente traducidos como “criminalidad de empresa” y “criminalidad en la empresa”; También se refiere a estas dos categorías MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2012, p. 86.

²³⁹² VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.

²³⁹³ En este orden de ideas, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit., han dicho que la concurrencia de este requisito - actuación en provecho- no impide sancionar penalmente a la persona jurídica, cuando el delito se haya cometido por imprudencia del empleado, si la omisión del deber de cuidado por parte de la empresa, se enmarca en una actuación efectuada para satisfacer un interés de la entidad. Así se consigue conjugar el requisito de la actuación en provecho con los tipos penales culposos, en los que el incumplimiento de medidas de prevención, como consecuencia de un ahorro de costes, se pueden materializar en un delito imputable a la persona jurídica.

beneficio económico directo²³⁹⁴ cuya consecución, normalmente, requiere una actuación dolosa. En este sentido, en los delitos para los que se prevé la modalidad imprudente, en los que, normalmente, concurre una infracción de una norma de cuidado, pero no una concreta intención de delinquir, podrá entenderse que el autor del delito infringió tal norma, sin representarse la posibilidad del acaecimiento del delito, pero con la intención de recabar un beneficio para la entidad, incluso, a través de un ahorro en los costes destinados a prevención delictiva.

De ahí que el CP se refiera a la posibilidad de un beneficio directo o indirecto. Piénsese, por ejemplo, en los delitos contra los derechos de los trabajadores que, aunque todavía no se encuentran entre los imputables a las personas jurídicas, de *lege ferenda* parece aconsejable que se incluyan en tal listado y que, habitualmente, serán cometidos por imprudencia, debido al incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo y de prevención de riesgos laborales.

2.1.2.2.- Los criterios de imputación según el puesto que ocupe en la organización el presunto autor material del delito base

A continuación, se analizarán el resto de requisitos típicos, o elementos constitutivos del ilícito penal imputable al ente, que varían en función de la posición que ocupa en el organigrama empresarial la persona o personas naturales protagonistas del hecho de referencia o autoras del delito base. A tal fin, es preciso diferenciar el supuesto de que quien delinca sea un sujeto en posición apical (art. 31 bis 1 a) CP) o un subalterno (art. 31 bis 1 b) CP).

Como paso previo, y como consecuencia de esa divergencia en los modelos de imputación, según delinca un sujeto con poderes de decisión, organización y/o control o un subalterno, hay que tener en cuenta que la determinación del puesto que ocupa el sujeto en cuestión en la entidad también puede ser un extremo necesitado de prueba²³⁹⁵. No sólo para determinar cuál de los dos modelos de imputación aplicar y qué requisitos han de acreditarse para que la entidad quede exenta de responsabilidad, sino también porque el art. 66 bis 1º c) CP señala, como criterio para decidir sobre la imposición y extensión de las penas interdictivas, “*el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control*”.

Por lo tanto, lo primero que habrá que determinar, a través de la práctica de la prueba pertinente a tal fin, será qué cargos ostentan u ostentaban y qué funciones venían

²³⁹⁴ FGE. Circular 1/2011, p. 43, señala que no es necesario que tal beneficio lo sea en sentido contable.

²³⁹⁵ De hecho, GIGLIOLI, M., "Il procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni...ob. cit., pp. 619-620, con citas de G. FIDELBO, ha llegado a afirmar que, si no es posible determinar, sobre la base de los indicios, el puesto ocupado en el ente por la persona física (no identificada) que ha desarrollado la conducta criminal, el juez debe necesariamente absolver al ente, al igual que cuando no sea posible determinar la subsistencia de un ligamen entre el delito y el interés del ente.

desarrollando, en el seno de la entidad, los sujetos que, presuntamente, han cometido el delito base.

2.1.2.2.1.- Los criterios de imputación cuando delinque un sujeto en posición apical. El hecho de conexión o la actuación en nombre y por cuenta de la entidad

El primer modelo de imputación previsto en el art. 31 *bis* 1 a) CP, se refiere a la comisión de delitos “*por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma*”²³⁹⁶. Para que estos sujetos comprometan la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo hace falta que cometan un delito de los que se prevén expresamente como imputables a los entes colectivos, actuando en su beneficio y en su nombre o por su cuenta. Probado lo anterior, corresponderá a la persona jurídica acreditar que ha puesto toda la diligencia debida en la evitación del delito perpetrado.

La derogada regulación, vigente hasta el 1 de julio de 2015, delimitaba a los sujetos apicales como los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho. Pues bien, en comparación con aquella, la regulación actual, al emplear términos más indeterminados para delimitar el círculo de sujetos apicales, amplía el ámbito de individuos cualificados para comprometer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, acercándose a un criterio menos formal, basado en las funciones que materialmente desarrollan tales personas en el seno de la entidad, así como en el grado de autonomía con el que toman decisiones y actúan en nombre y representación de la persona jurídica. Así pues, entrarían dentro de esta categoría, además de los representantes legales, aquellos otros integrantes de la entidad, facultados para tomar decisiones en su nombre y para desempeñar funciones de organización y control. Extremos, todos ellos, que podrían estar necesitados de prueba.

En primer lugar, se constata que los representantes legales serán relativamente fáciles de determinar, en tanto que, serán aquellos cuyo poder de representación conste en los estatutos sociales y en los correspondientes registros oficiales. Evidentemente, en función del tipo de persona jurídica de que se trate, la administración y la representación legal podrá corresponder a un sujeto individual o a un órgano colegiado, bastando, en este último caso, tal y como prevé el CP, con que delinca uno de los miembros del órgano en cuestión. Por ejemplo, en las sociedades de capital, la administración se podrá confiar a un administrador único, a varios administradores, que actúen de forma solidaria o de forma conjunta, o a un consejo de administración²³⁹⁷, siendo tales

²³⁹⁶ Por su parte, la regulación italiana, acudiendo a un criterio funcional señala como sujetos apicales a las personas que desempeñan funciones de representación administración o dirección de la entidad o de una de sus unidades organizativas dotada de autonomía financiera y funcional, además de quienes ejercitan de hecho la gestión y el control del ente (art. 5.1.a) D. Lgs. 231).

²³⁹⁷ Art. 210.1 TRLSC

administradores los encargados de la representación de la sociedad²³⁹⁸.

Además, la publicidad sobre la identidad de los concretos sujetos que ostenten tal responsabilidad también tendrá un alcance diverso en función del tipo de persona jurídica de que se trate. A este respecto, para las sociedades de capital, en cuanto al régimen de publicidad de su nombramiento se señala que “(...) *una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el RM haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente*”²³⁹⁹.

Más compleja podría resultar la determinación de aquellos sujetos autorizados para tomar decisiones en nombre de la entidad, o con facultades de organización y control dentro de la misma, en tanto que tales expresiones parecen referirse a cuestiones propias de la organización interna de la entidad, que dependerán, entre otras cosas, del grado de descentralización de la misma, de la autonomía con que cuentan las distintas divisiones o departamentos en que se estructure la organización, del sistema de delegaciones con que opere, del proceso de adopción de decisiones dentro de la misma etc.

Por otra parte, se hace preciso determinar si esas referencias a las facultades o autorizaciones para actuar en determinados ámbitos se limitan a potestades formales o incluirían, así mismo, a quien, “desde la sombra”, ejerce tales poderes. En este punto, la regulación anterior a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, resultaba muy clara, al incluir, expresamente, entre los sujetos aptos para comprometer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a los administradores de hecho²⁴⁰⁰, como concepto propio del Derecho mercantil²⁴⁰¹, que en sede penal adquiriría unas connotaciones específicas. Así pues, a efectos penales, se podían considerar administradores de hecho, a todos los que ejerciesen funciones de dirección, administración y control de la entidad, equivalentes a las que corresponden, por disposición legal, al órgano de administración, pero sin constar formalmente como administradores. También se podría incluir aquí al socio mayoritario que, detentando casi la totalidad de las acciones, se encuentre en posición para orientar la política de empresa o imponer el cumplimiento de determinadas obligaciones²⁴⁰². En definitiva, se trataría de aquellos sujetos que, sin ostentar un poder formal, ejercen de hecho su autoridad en el seno de la empresa, tomando decisiones de forma autónoma, algunas veces desde la opacidad que otorga el velo de la personalidad jurídica de la entidad.

²³⁹⁸ Art. 209 TRLSC

²³⁹⁹ Art. 215 TRLSC

²⁴⁰⁰ La derogada regulación delimitaba a los sujetos apicales como los representantes legales y los administradores de hecho y de derecho. Pues bien, en comparación con aquella, la regulación actual, al referirse a términos más indeterminados, como el poder de decisión o las facultades de organización y control, amplía el ámbito de sujetos cualificados para comprometer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, acercándose a un criterio menos formal, basado en las funciones que de hecho desarrollan los sujetos en el seno de la entidad y en el grado de autonomía con el que toman decisiones. Extremos, todos ellos, posiblemente necesitados de prueba.

²⁴⁰¹ Los administradores de hechos han sido definidos, desde el Derecho mercantil, como aquellos que, desprovistos de título o de un título válido, gestionan la entidad ejercitando de hecho poderes correspondientes a los atribuidos por ley a los administradores de derecho (*Vid. GALGANO, F., Diritto commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna, 2000-2001, p. 287).

²⁴⁰² Relazione al D. Lgs. 231.

También es posible preguntarse si en el concepto de sujetos apicales que emplea la legislación se incluirían los directores generales o los directores de establecimiento²⁴⁰³. Estos sujetos, en las grandes empresas que cuentan con un alto grado de descentralización, tienen una importancia operativa preeminente, muchas veces igual o, incluso, superior a la de los propios administradores²⁴⁰⁴, aunque obviamente limitada a su ámbito de actuación.

Pues bien, atendiendo a un criterio funcional y material, que no formal, tal y como exige el Derecho Penal, resulta preciso entender incluidos en esta categoría a todos los que, de hecho, ostenten facultades para tomar decisiones autónomas en cualquier ámbito de la actividad de la persona jurídica, así como a aquellos con facultades de organización y control, lo que incluiría, claramente, a los administradores, pero también a aquellos en quienes tales facultades hayan sido delegadas.

Restaría por analizar qué se entiende con la expresión actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica. Sólo quien tiene poder de representación puede actuar en nombre de la entidad, en tanto, que actúa en el giro o tráfico *como si* fuese la persona jurídica, negociando, comprando, vendiendo o contratando en su nombre. Por su parte, la actuación por cuenta de alguien implica que, aun cuando el mandatario o representante actúe en nombre propio, las consecuencias jurídicas de sus actos revierten en la esfera jurídica de su representada, en este caso, de la entidad. Así es, desde luego, si se acude a las concepciones civiles y mercantiles del contrato de mandato o de la relación de representación.

Ahora bien, a efectos propiamente penales, en la interpretación de este requisito se plantean dos posibilidades, o bien entender que se trata de una actuación en el marco de las actividades de la persona jurídica, es decir, encuadrada en su giro o tráfico, o bien ir más allá, entendiendo la expresión "*en nombre o por cuenta de*" como "*plasmando la voluntad de*", por lo tanto, como una actuación que asuma las directrices de comportamiento de la persona jurídica y que encaje en la cultura empresarial de la entidad, esto es, que no se oponga a sus normas de conducta o sus reglas o protocolos de actuación²⁴⁰⁵. Esta última interpretación, serviría para restringir ostensiblemente la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por los actos cometidos por sus representantes, dado que sería preciso probar que la persona física en cuestión actuó, al delinquir, como brazo ejecutor de las decisiones de la propia persona jurídica, tanto cuando despliega una actuación activa, como cuando, debiendo actuar, omite tal

²⁴⁰³ En esta línea, la regulación italiana equipara, a estos efectos,

²⁴⁰⁴ GALGANO, F., *Diritto commerciale. Le società...* ob. cit., p. 277.

²⁴⁰⁵ Esta interpretación sería acorde con la concepción de culpabilidad manejada por algunos autores. Destacan, en este sentido, las reflexiones de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La culpabilidad de la persona jurídica..." ob. cit., pp. 153-180, esp. 167-171, donde, tras exponer diversas teorías referidas a la culpabilidad propia de las personas jurídicas, se decanta por entenderla como una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Concepto que el autor ya había desarrollado en una obra anterior *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 261 y ss.

actuación debida²⁴⁰⁶.

Al entender el requisito de que la actuación se haya producido en nombre o por cuenta de la entidad como una suerte de cumplimiento de las directrices y designios de la empresa, se pretende argumentar que sólo cuando el administrador o representante actuó en ejecución de una política propia de la entidad la persona jurídica podría ser hallada responsable por el delito de aquél. En mi opinión, hay que ser muy cuidadoso con este tipo de interpretaciones, dado que conducen a establecer una suerte de separación entre la voluntad de la persona jurídica y la de sus gestores que, muchas veces, no se corresponde con la realidad, sobre todo en empresas de pequeñas dimensiones o fuertemente centralizadas. Así pues, la existencia de una política o protocolo interno contrario a la comisión de un determinado delito no debe conducir a sostener que el administrador no ha actuado en nombre de la entidad al cometerlo.

A modo de ejemplo, cabe plantearse la siguiente situación. Seguramente ninguna entidad tiene establecido, como política interna, defraudar a Hacienda, pero, independientemente de ello, el hecho de que el director del Departamento financiero, a la hora de declarar el impuesto de sociedades, realice operaciones de ingeniería fiscal que encajan en la figura del delito continuado de defraudación tributaria, implica que ha habido una actuación en nombre de la entidad de la que debe derivarse la imputación penal de la persona jurídica. Y ello independientemente de que la empresa declare en su código ético o en su memoria de responsabilidad social corporativa que uno de sus principales objetivos es la transparencia fiscal. Otras consecuencias totalmente distintas se desprenderían del supuesto en que tal sujeto utilizase la liquidación del Impuesto de Sociedades de la entidad para ocultar ganancias personales que deberían tributar en el IRPF, o que pretenda disfrazar de dietas, por lo tanto exentas de tributación en su impuesto personal, lo que en realidad son rentas del trabajo, para, de esta forma, conseguir una rebaja fiscal ilegal, ya que, en estos casos, estaría actuando en nombre y por cuenta propia y, lo que es incluso más relevante, en su beneficio personal y no en el de la entidad.

En definitiva, para determinar si una actuación se ha realizado en nombre o por cuenta de una persona jurídica habrá que valorar si la misma se produjo en el ejercicio de las actividades propias de la entidad, o usando el desarrollo de su objeto social como tapadera para la actuación ilícita y, sobre todo, si quien actuó de forma presuntamente criminal estaba facultado para hacerlo en nombre de la persona jurídica, formalmente o *de facto*. Por lo tanto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas exige que las infracciones se hayan cometido en el ejercicio de la actividad social, por personas que, actuando funcionalmente a su servicio, ocupen en la entidad una posición que la ley considere adecuada para manifestar la voluntad colectiva, esto es, por persona a quien la ley atribuya el poder de actuar en nombre e interés de la persona jurídica o imponga la

²⁴⁰⁶ DE LA MATA BARRANCO, N. J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en A. Juanes Peces (dir.), E. Cortés Bechiarelli; A. Hurtado Adrián; N. J. De La Mata Barranco, *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*, El Derecho, Madrid, 2010, p. 75.

obligación de cumplir con los deberes que pesan sobre la entidad²⁴⁰⁷.

2.1.2.2.2. – Los criterios de imputación cuando delinque un sujeto subordinado o sometido a la autoridad del ápice. Especial referencia a la ausencia del control debido o el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control

Cuando quien delinque en el seno de la entidad es un subalterno, esto es, un subordinado sin poder de representación, decisión, organización o control, los criterios de imputación que permiten atribuir responsabilidad por tal delito a la persona jurídica son parcialmente distintos. Así pues, en este caso, el delito ha debido cometerse *en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta* de la entidad, además de *en su beneficio directo o indirecto*, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apdo. anterior, *han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las concretas circunstancias del caso* (art. 31 bis 1 b) CP)²⁴⁰⁸.

La actuación por cuenta de la entidad implica que el subalterno, aun actuando en nombre propio, realiza actividades o negocios destinados a que sus consecuencias jurídicas reviertan en la esfera jurídica de la entidad. Por otra parte, la exigencia de que se delinca en el ejercicio de actividades sociales supone que la actuación delictiva ha de enmarcarse en el giro o tráfico de la persona jurídica, que vendrá determinado por su objeto social y por las concretas funciones que al individuo en cuestión le hayan sido encomendadas en orden a la consecución del mismo.

Por otra parte, cuando el que delinque es un subordinado, se establece un elemento adicional, constitutivo del ilícito penal imputable a la persona jurídica y, por lo tanto, de cuya prueba positiva depende la eventual responsabilidad de la misma. Este requisito se concreta en que los subordinados hayan podido realizar los hechos como consecuencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control que corresponden a sus superiores, atendidas las concretas circunstancias del caso²⁴⁰⁹. Ese defecto organizativo o esa falta de control debido se asimilan, por una parte de la doctrina, a la tipicidad objetiva de las personas físicas, constituyendo el equivalente funcional, de aquel elemento del delito, en el Derecho Penal de las personas

²⁴⁰⁷ MARQUES DA SILVA, G., *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Verbo, Lisboa/Sao Paulo, 2009, p. 17.

²⁴⁰⁸ El CP, antes de la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, se refería a que la circunstancia de que los subordinados hubiesen podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso (art. 31 bis actualmente modificado).

²⁴⁰⁹ La derogada regulación, vigente hasta la entrada en vigor de la 1/2015, de 30 de marzo, el día 1 de julio de 2015, exigía que los subalternos hubiesen podido delinquir por no haberse ejercido sobre ellos, por parte de sus superiores, el debido control, atendidas las concretas circunstancias del caso.

jurídicas²⁴¹⁰, mientras que otro sector doctrinal considera que se trata del fundamento de la culpabilidad empresarial²⁴¹¹.

En cualquier caso, a los efectos que aquí interesan, tanto si forma parte de la tipicidad, como si se erige en fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, resulta evidente que es necesario practicar, también sobre este elemento, prueba de cargo suficiente por parte de la acusación²⁴¹², sin perjuicio de que la inexistencia o la ineficacia de un programa de prevención de delitos pueda funcionar como indicio de que, en el caso concreto, ha existido una omisión relevante del debido control²⁴¹³ que, en el caso de los delitos cometidos por uno o varios subalternos, permitiría fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica por los hechos realizados por aquellos²⁴¹⁴.

2.2.- Los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes y otros determinantes de la penalidad de la persona jurídica

A continuación, como parte del objeto de la prueba, se estudiarán las circunstancias que fundamentarían la exención de responsabilidad de la entidad, las circunstancias atenuantes que prevé el CP específicamente para las personas jurídicas y que podrían redundar en una rebaja de su condena, las circunstancias que ha de tomar en cuenta el juzgador a la hora de decidir sobre la imposición y la extensión de las penas restrictivas de derechos que cabe imponer a la entidad y, así mismo, se hará una breve referencia a la cuestión de la capacidad para ser parte de la entidad sometida a juicio ya que, aunque esta cuestión fue objeto de análisis en el epígrafe III, apdo. 2 del capítulo 1, es preciso

²⁴¹⁰ En este sentido, se pueden ver, entre otras, las aportaciones de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 122; PÉREZ MACHÍO, A. I., “Modelos tradicionales de responsabilidad penal...ob. cit., pp. 38-40.

²⁴¹¹ En este sentido, el concepto de culpabilidad por defecto de organización (*Organisationverschulden*) es atribuido, generalmente a TIEDEMANN, K., “Die “Bebüssung von Unternehmen nach dem ...ob. cit., p. 1172; Y, en la doctrina española, es defendido, entre otros, por BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa en las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, *Diario La Ley*, núm. 7742, 9 de julio de 2010.

²⁴¹² Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 123.

²⁴¹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., p. 143.

²⁴¹⁴ En sentido contrario, la existencia de un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir los delitos de la especie del que se ha verificado en el seno de la entidad, podría servir como indicio del que deducir que no se han incumplido los deberes de supervisión, vigilancia y control que pesan sobre la entidad. De hecho, la regulación italiana, parece contener, en este punto, una presunción *iuris et de iure* de que la entidad que cuenta con un modelo adecuado de prevención de delitos no ha omitido sus deberes de vigilancia y, por tanto, no responde penalmente por los delitos de sus empleados. En este sentido, la referida regulación dispone que “*In ogni caso, e' esclusa l'inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l'ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi*” (art. 7.2 D. Lgs. 231). En la misma línea, nuestro CP, tras la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, afirma que la persona jurídica que haya *adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*, quedará exenta de responsabilidad (art. 31 bis apdos. 2 y 4 CP).

determinar aquí su faceta como objeto de prueba cuando existe desacuerdo entre la acusación y la defensa sobre la concurrencia o no de este presupuesto procesal.

2.2.1.- Las circunstancias que eximen a la persona jurídica de responsabilidad

La reforma producida en el CP por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido una serie de condiciones cuyo cumplimiento fundamentaría la exención de responsabilidad de la persona jurídica, a pesar de que se haya cometido un delito en su seno, por persona apta para comprometer su responsabilidad, en su nombre o por su cuenta y en su beneficio. Así pues, en el caso de que haya delinquirido un subordinado, la *entidad quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión* (art. 31 bis 4 CP). Tal sistema organizativo debe cumplir con unos requisitos legales muy específicos que vienen delimitados en el propio CP. Así pues, deberá identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos a prevenir, establecerá los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas, dispondrá de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos, impondrá la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del modelo de prevención, establecerá un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas del modelo y realizará revisiones periódicas del referido modelo, así como las oportunas modificaciones cuando se produzcan infracciones o cambios relevantes en la organización, la estructura de poder o la actividad de la entidad (art. 31 bis 5 CP).

Adicionalmente, cuando el delito ha sido cometido por un sujeto apical, es preciso, además de la existencia de ese modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos, que la supervisión de su funcionamiento y de su efectivo cumplimiento haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica, que no se haya producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control y que los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención (art. 31 bis 2 CP). Ahora bien, el legislador, consciente del coste que supone la existencia de un órgano *ad hoc* encargado de la prevención delictiva, ha establecido que, en el caso de las personas jurídicas de pequeñas dimensiones²⁴¹⁵, las referidas funciones de supervisión podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración (art. 31 bis 3 CP)²⁴¹⁶.

²⁴¹⁵ A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquellas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada (art. 31 bis 3 CP), es decir, aquellas sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Y, en el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, aquellas que reúnan, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias referidas (art. 258 TRLSC). El legislador, al referirse a las sociedades que pueden presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada, pone de manifiesto que sólo está pensando en las sociedades de capital, ignorando que pueden existir asociaciones y fundaciones de pequeñas dimensiones

El hecho de que exista una posibilidad para la entidad de quedar exenta de responsabilidad si ha desarrollado sus deberes de vigilancia, supervisión y control de forma suficiente, si se ha organizado de forma adecuada para prevenir y detectar que se cometan delitos en su seno y, en definitiva, si ha puesto toda la diligencia debida en la evitación del delito, es una cuestión clave para poder calificar el sistema como de heteroresponsabilidad o de responsabilidad por el hecho propio²⁴¹⁷. En este sentido, se afirma que para ser respetuoso con los principios de legalidad y culpabilidad, debe establecerse una culpabilidad propia de la persona jurídica, que constituya el fundamento de su punición con lo que, si una persona jurídica tiene vigente, en el momento de cometerse el delito, un programa de cumplimiento eficaz que ponga de manifiesto el compromiso de la entidad con el cumplimiento de sus obligaciones como ciudadano corporativo, el Estado no tendrá nada que reprocharle a esa entidad y, por lo tanto, deberá renunciar a la imposición de la pena²⁴¹⁸.

En otro orden de ideas, resulta preciso advertir, en este punto, que la regulación introducida en el CP por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha supuesto la introducción en la ley penal de normas de carácter mercantil que vienen, según su preámbulo, a delimitar adecuadamente el contenido del debido control. Si bien es cierto que la regulación anterior creaba muchas dudas interpretativas y resultaba demasiado ambigua, y por ello contraria al principio de taxatividad penal, no es menos cierto que el nivel de concreción de la regulación vigente, así como el contenido de algunas de sus disposiciones, referidas a la forma en que una persona jurídica ha de organizarse y gestionar los riesgos propios de su actividad, no parece una materia propiamente penal²⁴¹⁹. Así pues, desde el punto de vista de la técnica legislativa, podría resultar más

que no entrarían en esa definición, pero respecto de las cuales también carecería de sentido exigir la implementación de un programa de organización y gestión en los términos señalados en el CP.

²⁴¹⁶ Sólo si todas las referidas circunstancias concurren y resultan plenamente acreditadas, la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad (art. 31 bis 2 y 4 CP). En caso de que no se cumplan, o se acrediten tan sólo parcialmente, supondrán únicamente una atenuación de la pena (arts. 31 bis 2 *in fine* y 31 bis 4 II CP).

²⁴¹⁷ En este sentido, pueden verse las críticas de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 166-167, al concepto de culpabilidad por defecto de organización basadas, precisamente, en que al no admitirse causas de exculpación por hechos propios de la persona jurídica, tal entendimiento de la culpabilidad vendría a consagrar, en su opinión, un sistema de heteroresponsabilidad en el que a la persona jurídica se le imputaría la culpabilidad de otro y no una culpabilidad propiamente empresarial, volviéndose, de esta forma, a un sistema de responsabilidad por el hecho ajeno; Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit., p. 31, considera, en relación con la regulación del CP anterior a la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que el hecho de no contener aquella normativa ninguna disposición que exima de responsabilidad a la empresa cuando su organización no se vio implicada en el delito cometido y tomó las medidas necesarias para impedir su comisión, constituye “una manifestación significativa de la opción por el modelo de transferencia y el rechazo del modelo de responsabilidad por el hecho propio”. Ahora bien, tras la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, el CP si establece como circunstancia eximente la implementación de un modelo de organización y gestión que cumpla con unos mínimos requerimientos legales que lo hagan eficaz para prevenir actuaciones delictivas, lo que conduciría, en coherencias con las opiniones expresadas, a un modelo de responsabilidad por el hecho propio.

²⁴¹⁸ Así lo entiende, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 175-176.

²⁴¹⁹ La influencia que la regulación italiana ha tenido en la redacción de estos preceptos del CP, algunos de los cuales son traducciones literales de aquella, resulta innegable. El problema es que la responsabilidad de las personas jurídicas derivada de la comisión de delitos, en Italia aparece regulada en una ley especial, y no en la Parte General del CP como ocurre en el caso de España.

adecuado configurar el debido control como una norma penal en blanco, que fuese complementada con la legislación mercantil, así como con las específicas regulaciones administrativas determinantes de los estándares de cada industria o de cada sector de actividad, a la hora de adoptar un programa de cumplimiento normativo, adecuado *ex ante* para mantener los riesgos de la actividad empresarial en niveles jurídicopenalmente aceptables.

Así pues, tal y como se desarrollará más adelante, en el apdo. 5.5.6. de este mismo epígrafe, al concretar el CP en detalle los requisitos que ha de contener el modelo de organización y gestión de la entidad, para que ésta pueda quedar exenta de responsabilidad, está provocando una grave disminución del margen de apreciación del juzgador y, por ende, de su potestad de realizar un verdadero juicio jurisdiccional sobre la culpabilidad de la persona jurídica, que se viene a objetivar a través de unos requisitos legales muy concretos que, además de atender de forma insuficiente a la heterogeneidad del espectro de entidades que podrían verse afectadas por la reforma, no garantiza, en mi opinión, una asignación justa de la responsabilidad.

Por otra parte, desde el punto de vista de la política criminal, se corre el riesgo de que el sistema lleve a las empresas a adoptar programas de cumplimiento normativo, que cumplen formalmente con los requisitos legales de mínimos que establece el CP, pero que, materialmente, no resultan en un efectivo compromiso de la organización con las funciones de prevención delictiva que le han sido encomendadas²⁴²⁰.

2.2.2.- Las atenuantes y los criterios para la individualización de las penas de las personas jurídicas

Como se señalaba al inicio del presente epígrafe, la prueba no ha de versar sólo sobre los elementos constitutivos del delito, sino también sobre los perfiles sancionadores de la responsabilidad penal²⁴²¹. Las partes no deben olvidar que, a tal fin, asumen importancia elementos heterogéneos, por lo que, para no dejar tal verificación en el aire, es necesario que no incurran, ya en sede de solicitud de prueba, en la usual infravaloración de los perfiles sancionadores, preludio de una disfunción motivacional del Juez²⁴²².

Por lo tanto, las circunstancias previstas en el art. 66 bis CP, en concreto, la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, las consecuencias económicas y sociales de la condena, el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control, la reincidencia o el uso instrumental de la entidad para la comisión de delitos, en tanto que determinantes de la aplicación y la extensión de las penas interdictivas, han de ser

²⁴²⁰ Cfr. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...* ob. cit., p. 286.

²⁴²¹ VARRASO, G., *Il procedimiento per gli illeciti...* ob. cit., pp. 367-368.

²⁴²² Idem., pp. 367-368.

introducidas por las partes en el debate y, en su caso, objeto de la pertinente actividad probatoria, para que puedan ser apreciadas por el juzgador.

Igualmente, para determinar la duración de las penas restrictivas de derechos, se tomará en consideración la gravedad del incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que han permitido a los subalternos delinquir en el ejercicio de las actividades sociales que tienen encomendadas en el seno de la entidad (art. 66 bis 2º CP). De la misma forma, si las circunstancias que fundamentan la exculpación de la persona jurídica, se acreditan tan sólo parcialmente, esto supondrá una atenuación de la pena (arts. 31 bis 2 *in fine* y 31 bis 4 II CP). Por lo tanto, si la entidad cuenta con un modelo de organización y gestión insuficiente, o inidóneo para prevenir delitos de la naturaleza del que presuntamente se ha cometido en su seno, o si, existiendo un organismo de control encargado de supervisar el funcionamiento del modelo, éste no goza de poderes autónomos dentro de la entidad o se acredita que ha ejercido de forma insuficiente sus poderes de supervisión, los esfuerzos de la organización para prevenir actuaciones delictivas en su seno tendrán un efecto meramente atenuante, pero no eximente.

Por su parte, el art. 31 quáter CP establece un sistema tasado de atenuantes específicas para las personas jurídicas. Se trata de cuatro circunstancias que se aplicarán a los entes colectivos de forma exclusiva y excluyente²⁴²³ y que podrían atenuar su responsabilidad penal. Dos de ellas, la confesión y la aportación de pruebas por parte de la entidad a través de sus representantes legales, constituyen actuaciones intraprocesales por lo que, a primera vista, podría entenderse que no constituyen objeto de prueba, en tanto que la actividad probatoria se practica sobre cuestiones fácticas o extraprocesales. Sin embargo, ciertos aspectos relativos a las circunstancias en las que se deben llevar a cabo tales actos procesales de parte, sí podrían ser objeto de discusión en el marco del juicio. Piénsese, por ejemplo, en el momento temporal en el que se debe prestar la confesión para tener efecto atenuante, o en la caracterización de las pruebas aportadas por la entidad como nuevas y decisivas, extremos que sí podrían ser objeto de discusión y, por ende, necesitados de prueba en el seno del proceso. En cuanto a las otras dos circunstancias atenuantes, la reparación o disminución del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos, constituyendo hechos extraprocesales, queda fuera de toda duda que pueden ser objeto directo de prueba en el marco del proceso. Como se verá más detenidamente, en el apdo. 5.4 del presente epígrafe, al tratar específicamente las cuestiones relativas a la carga de la prueba, en principio, será la defensa la encargada de alegar la concurrencia de tales atenuantes y de proponer y practicar la prueba pertinente y útil para acreditarla ante el Juez sentenciador.

²⁴²³ En este sentido, el precepto señala que “Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)”

2.2.2.1.- Las circunstancias atenuantes

2.2.2.1.1.- Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades (31 quáter a) CP).

En el art. 31 quáter a) CP se refiere el legislador, a mi juicio, con notoria impropiedad, a la atenuante de “confesión”. Así pues, resulta dudoso que la declaración pre-procesal, de contenido inculpatario, realizada por el representante legal del ente, en relación con la infracción imputable a la persona jurídica, pueda calificarse como verdadera confesión. La confesión constituye, de ordinario, una declaración del acusado, relativa a hechos propios²⁴²⁴, entendida como declaración de conocimiento sobre hechos personales y realizada con las correspondientes garantías a presencia judicial.

Por lo tanto, resulta discutible que el representante de la persona jurídica pueda confesar en nombre de esta, en tanto que declarará, en principio, sobre hechos ajenos y no sobre hechos propios²⁴²⁵. Así las cosas, parece difícil sostener que un sujeto que haya tenido un conocimiento indirecto de la infracción penal en cuestión pueda realizar una auténtica confesión ante las autoridades. En este sentido, sólo el representante legal personalmente inculpado, en tanto que participe del hecho delictivo, podría confesar en sentido estricto.

En realidad, lo que el legislador denomina, impropriamente, confesión constituiría más bien una denuncia, en tanto que supone una declaración de conocimiento tendente a comunicar a la policía, al MF o al Juez de Instrucción, una *notitia criminis*, más o menos completa en cuanto a su contenido y más o menos veraz en función de la razón o fuente de conocimiento que se alegue, así como de los indicios objetivos que se aporten para corroborarla. Si bien es cierto que, siendo coherentes con la posibilidad de que la persona jurídica declare a través de sus representantes, y que, por lo tanto, las declaraciones de éstos se le atribuyan a aquélla como propias, se podría llegar a calificar esa impropia confesión como una autodenuncia, si el declarante fuese un representante legal de la entidad, mientras que la confesión hecha por un trabajador en realidad sería una denuncia de su empresa²⁴²⁶ que, atendiendo a la literalidad del art. 31 quáter CP,

²⁴²⁴ En este sentido, LOZANO EIROA, M., *La declaración de los coimputados...* ob. cit., p. 68, entiende que “sólo serán reputadas como confesión aquellas manifestaciones de signo incriminatorio en las que se reconoce la propia participación en el hecho delictivo y que, consiguientemente, perjudican directamente al que declara y no a terceros implicado”; Para un estudio sobre el concepto y la naturaleza jurídica de la confesión, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *El interrogatorio del acusado...* ob. cit., pp. 83-107.

²⁴²⁵ En este sentido, DÍAZ PITA, M^o. P., *El coimputado...* ob. cit., p. 411, afirma que la confesión propia y genuina es la que viene referida a hechos propios y no de otros; También en la jurisprudencia se establece como uno de los requisitos integrantes de la atenuante de confesión, que el sujeto activo de la misma sea “el culpable”, como dice la propia norma penal, es decir, la misma persona que luego es condenada por el delito confesado (Ver, por todas, STS (Sala 2^a) núm. 43/2000, de 25 de enero, RJ 2000\210, F. J. 3^o); Centrando la cuestión en el caso de las personas jurídicas sostiene DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 754, que peca el legislador de cierta falta de rigor al hablar de confesión de las personas jurídicas, en tanto que la confesión es una manifestación de reconocimiento de hechos propios, mientras que la de la persona jurídica se practicará, necesariamente, a través de alguno de sus representantes.

²⁴²⁶ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”... ob. cit., p. 33.

que exige expresamente que las conductas atenuantes sean realizadas a través de los representantes legales, carecería de efecto lenitivo para la entidad.

En todo caso, es posible atribuir a la persona jurídica como propias las declaraciones, procesales o extraprocesales, realizadas en su nombre por sus representantes legales. En este sentido, esa autodenuncia, realizada por un representante legal de la entidad, podría constituir una declaración de voluntad, realizada en nombre de la persona jurídica, tendente a asumir sus responsabilidades penales derivadas del delito²⁴²⁷. No obstante, al igual que ocurre con la confesión, este autodenuncia o la declaración de asunción de responsabilidades hará surgir en el Juez de Instrucción, o en las otras autoridades competentes ante las que se haya prestado tal declaración de conocimiento, el deber de practicar las diligencias necesarias para comprobar la veracidad de su contenido y su encaje en la descripción típica de alguna conducta delictiva. A tal fin, se interrogará al denunciante en orden a que explique todas las circunstancias del hecho y cuanto pueda contribuir a comprobar su declaración, si tuvo una intervención directa en los hechos, como autor o cómplice -supuesto en el que sí podría existir una confesión en sentido estricto- y si conoce a algunas de las personas que pudieran ser llamadas como testigos o tener alguna responsabilidad, penal o de otro tipo, en relación con el objeto de la investigación²⁴²⁸.

Ahora bien, aun cuando se entendiese que el representante legal, actuando en nombre de la entidad, pudiese confesar hechos propios de aquélla²⁴²⁹, o asumir por ella las pertinentes responsabilidades, tampoco se trataría de una confesión en sentido estricto en tanto que la genuina confesión es sólo la realizada durante el juicio oral hallándose el acusado presente²⁴³⁰. Basta con plantearse lo que ocurriría si, una vez confesada la infracción ante la policía o, incluso ante el Juez de Instrucción, el representante legal hiciese uso de su derecho legal a no asistir a la vista oral, o bien, asistiese a la vista pero se acogiese a su derecho a no declarar o, incluso, negase ante el tribunal sentenciador lo previamente reconocido frente a otra autoridad.

Resulta oportuno recordar, en este punto, que, en principio, las declaraciones policiales o sumariales no pueden ser valoradas como prueba de cargo salvo que, habiéndose practicado con todas las garantías, sean contradichas en el plenario por el acusado

²⁴²⁷ En esta línea se pronuncia DEL MORAL GARCÍA, A. "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 754, al considerar que no se trataría de una verdadera confesión, sino más bien de la aceptación de unas responsabilidades.

²⁴²⁸ En términos muy similares se expresa el art. 406 LECrim al tratar la confesión sumarial del procesado.

²⁴²⁹ En esta línea se encontraría la interpretación de FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., "La responsabilidad penal de las...ob. cit., pp. 26-27, en cuanto a la atenuante de confesión, entendiendo que, en tanto en cuanto confesar implica reconocer un hecho propio, no el de un tercero, la confesión de la persona jurídica, a través de su representante legal, debería estar vinculada a la falta de control, que ha posibilitado que otros cometan un delito, que es por lo que, según el citado autor, se responsabiliza a la sociedad. En apoyo de esta argumentación se podría traer a colación la literalidad del art. 31 quáter a) CP que, al contemplar esta circunstancia atenuante, no se refiere a la confesión del delito, sino a la confesión de la infracción.

²⁴³⁰ CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal...*ob. cit., pp. 376 y 378.

presente²⁴³¹. En este caso, cabría acudir al expediente del art. 714 LECrim que permite leer las declaraciones sumariales para pedir explicaciones al declarante sobre las contradicciones en las que haya incurrido, en relación con aquéllas, al declarar en el juicio oral. Sin embargo, para poder tomar en cuenta las declaraciones sumariales del acusado, a través de su lectura en el plenario, es preciso que éste se encuentre presente en el juicio oral, de tal forma que se le dé la oportunidad de explicar las eventuales contradicciones entre sus declaraciones²⁴³², pudiendo, en tal caso, el órgano judicial sentenciador, otorgar mayor credibilidad a la declaración sumarial. Si, por el contrario, el representante de la persona jurídica no asiste al juicio oral no sería posible valorar como prueba de cargo sus declaraciones previas. Aunque cabría plantearse la posibilidad de que, la denuncia, o la confesión *sui generis*, realizada ante el Juez de Instrucción, cumpliéndose el resto de los requisitos para ello, pudiese llegar a constituir un supuesto de prueba anticipada.

También podría ocurrir que esta suerte de autodenuncia fuese la antesala de una conformidad. Si bien, para ello, no es necesario ni suficiente que el representante legal haya “confesado” la infracción ante las autoridades. No es necesaria la confesión porque la conformidad implica aceptar la pena máxima solicitada por la acusación, sin que sea imprescindible asumir la culpa por los hechos imputados, y no es suficiente porque mientras tal “confesión” puede ser prestada ante autoridades distintas de la judicial, como se deduce del uso de la palabra “autoridades”, la conformidad debe ser, en todo caso, ratificada ante el Juez o Tribunal competente para el enjuiciamiento, que deberá controlar, entre otros extremos, la voluntariedad de la misma²⁴³³.

En este punto, puede resultar conveniente traer a colación otra característica que debe concurrir en la “confesión” de la persona jurídica, si la misma es entendida como un mecanismo de asunción de responsabilidades²⁴³⁴, por parte de la entidad, a través de su representante. Se está haciendo referencia al requisito de que la misma sea libremente prestada, esto es, sin engaño, presión, amenaza, intimidación o violencia. En ese sentido, no se puede descartar que la legítima coerción ejercida por un órgano administrativo en el marco de un procedimiento de inspección, a través de requerimientos bajo amenaza de sanción²⁴³⁵ o, incluso, en el seno de un procedimiento administrativo sancionador, vicien la confesión de la entidad. Sobre este particular se sostiene que “*si tal confesión ha tenido lugar ante las autoridades administrativas, como un deber positivo de información, podría vulnerarse la presunción de inocencia*”

²⁴³¹ Sobre el valor de la declaración del acusado prestada en dependencias policiales o ante el Juez de Instrucción, cuando posteriormente no son ratificadas o se modifican en el juicio oral, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., *El interrogatorio del acusado*...ob. cit., pp.133-161.

²⁴³² Ver, por todas, STS (Sala 2ª) núm. 1020/1999 de 23 junio, RJ 1999/5836.

²⁴³³ Estas cuestiones ya fueron objeto de tratamiento en el epígrafe IV de este mismo capítulo relativo a la conformidad de la persona jurídica.

²⁴³⁴ Así la califica, DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas...”ob. cit., p. 754.

²⁴³⁵ En este punto, RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...”ob. cit., p. 213, nota 51, recuerda los problemas que pueden surgir cuando la confesión se ha 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.

*al utilizar en el proceso penal posterior, manifestaciones prestadas ante las autoridades administrativas*²⁴³⁶.

Así pues, cabe recordar en este punto que si la Administración, coactivamente, esto es, bajo amenaza de sanción, obliga a la persona jurídica a colaborar aportando datos o informaciones directamente incriminatorios, que la entidad no tenga la obligación *ex lege* de producir y conservar, tales medios de prueba, no podrán ser usados en el proceso penal, so pena de vulnerar el derecho a la no autoincriminación de la persona jurídica, pudiendo llegar a constituir un supuesto de prueba de valoración prohibida (art. 11.1 LOPJ)²⁴³⁷.

Por otra parte, esta suerte de denuncia o de asunción de responsabilidades de la persona jurídica a través de la declaración de su representante, puede ser realizada, según el precepto en cuestión, ante “las autoridades”. Como la norma no especifica cuáles han de ser esas autoridades, existen diversas interpretaciones en torno a su determinación. Así pues, cabe entender que sólo las autoridades encargadas específicamente de la investigación y persecución de los delitos²⁴³⁸, es decir, los Jueces y Tribunales, el MF o la policía²⁴³⁹, excluyendo a las autoridades administrativas y supervisoras²⁴⁴⁰. También hay opiniones doctrinales que excluyen a la autoridad judicial argumentando que su intervención daría inicio al procedimiento, con lo que se incumpliría el requisito, de orden cronológico, que exige que la persona jurídica confiese “*antes de conocer que procedimiento judicial se dirige contra ella*”²⁴⁴¹. Interpretación, esta última, rechazable en tanto que, al menos en un plano teórico, no cabe descartar que el representante del ente, de forma voluntaria y espontánea, acuda al Juez de Instrucción para realizar una

²⁴³⁶ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2011)...ob. cit.; Del mismo autor “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2012)...ob. cit., pp. 356-357.

²⁴³⁷ Sobre esta cuestión, se puede ver el apdo. 4.3.4 del epígrafe II del capítulo 2 de este trabajo, en el que es objeto de tratamiento el ámbito de protección del derecho a no declarar.

²⁴³⁸ Por su parte, el TS sostiene que uno de los requisitos de la atenuante de confesión es que la misma se haga ante la autoridad, agente de la autoridad o funcionario cualificado para recibirla. En este sentido, sobre la atenuante de confesión afirma que, el término autoridades, en beneficio del reo, ha de entenderse, no en el estricto sentido del art. 24 CP, sino en uno mucho más amplio comprensivo de los agentes de la autoridad y de los funcionarios públicos que tienen obligación de perseguir y, en tal concepto, pueden servir de cauce para que en definitiva esa confesión llegue a la autoridad judicial. Precisamente lo más frecuente es que estas confesiones se hagan ante la Policía o, incluso, ante algún funcionario público encargado de instruir el correspondiente expediente administrativo que luego pasa a la autoridad judicial tramitándose el correspondiente proceso penal (STS (Sala 2ª) núm. 43/2000, de 25 de enero, RJ 2000\210, F. J. 3º)

²⁴³⁹ En esta línea, se expresan ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., p. 62; NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por...*ob. cit., p. 50.

²⁴⁴⁰ En este sentido, ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., p. 62, sostiene que “*aunque estas autoridades tengan el deber genérico de denunciar los hechos susceptibles de tipificación penal de acuerdo con los artículos 133 y 137 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, 7 del Real Decreto 1398/1993, por el que se regula el procedimiento administrativo sancionador, 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio y 408 del Código Penal. La comunicación a tales autoridades tan sólo podría atenuar en los supuestos de petición expresa de suspensión del procedimiento administrativo abierto dirigida a dar inicio a un procedimiento penal*”; Tampoco incluye a las autoridades administrativas NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por...*ob. cit., p. 50.

²⁴⁴¹ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...”ob. cit., p. 972.

declaración inculpatoria relativa a la persona jurídica. En mi opinión, resulta conveniente realizar una interpretación amplia del concepto de autoridad, para evitar una interpretación contra reo. Así pues, los argumentos que excluyen a la autoridad judicial o a las autoridades administrativas no resultan convincentes, en tanto que si la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete.

Por último, se hará referencia al requisito cronológico que condiciona el valor atenuante de esta confesión *sui generis* a que se realice antes de que la persona jurídica conozca que el procedimiento judicial se dirige contra ella. Esta limitación temporal responde a razones de economía procesal²⁴⁴², en tanto que las ventajas derivadas de una pronta confesión de la infracción, en términos de ahorro de tiempo y costes, no se producirían o se producirían en menor medida, si la confesión se produjese, por ejemplo, al ejercitar el derecho a la última palabra o, incluso, al inicio del juicio oral. El hecho de que la confesión deba ser anterior al conocimiento del procedimiento judicial en su contra puede ser un extremo necesitado de prueba, en tanto que podrían surgir dudas de si la información conocida, por vía informal, por ejemplo, a través de un empleado, llegó a los representantes de la entidad²⁴⁴³.

En este sentido, hay que partir de dos presupuestos básicos para determinar ese momento temporal o límite cronológico, después del cual, en principio, la “confesión” de la entidad no atenuará su responsabilidad.

- En primer lugar, el precepto exige que no se haya iniciado “*el procedimiento judicial*”, por lo tanto que, no se hayan incoado unas diligencias previas o un sumario. Quedarían excluidas, por lo tanto, las actuaciones previas al proceso, tales como las diligencias preprocesales del MF o la investigación policial²⁴⁴⁴. A mayores, es necesario que tal procedimiento judicial no se haya dirigido contra la persona jurídica. Para determinar este extremo, podría resultar útil traer a colación la polémica surgida entre el TS y el TC, sobre cuándo se interrumpe la prescripción del delito²⁴⁴⁵, que fue zanjada por el legislador a través de la introducción de un apdo. 2º en el art. 132 CP²⁴⁴⁶.

²⁴⁴² Más genéricamente, sostiene ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 62, que el fundamento de la atenuación se encuentra, precisamente, en la evitación de actuaciones procesales superfluas.

²⁴⁴³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 33.

²⁴⁴⁴ En esta línea se pronuncia ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 62; Sin embargo, en contra de tal interpretación, el TS ha entendido que la iniciación de diligencias policiales ya integra procedimiento judicial, a los efectos de la atenuante de confesión, en consideración a la prácticamente nula utilidad que tiene para el proceso el que confiese lo ocurrido quien ya sabe que es perseguido como responsable del delito por parte de quienes intervienen en el atestado con el que ordinariamente se inician las diligencias penales. (SSTS (Sala 2ª) núm. 123/1998, de 7 de febrero, RJ 1998\430; (Sala 2ª) núm. 43/2000, de 25 de enero, RJ 2000\210). Este entendimiento, en mi opinión, conduciría a una inaceptable interpretación contra *legem* y contra reo en tanto que, a pesar de la doctrina del TS al respecto, parece difícil considerar que el atestado policial o el previo expediente administrativo puedan ser considerados, en sentido estricto, parte del “procedimiento judicial” al que se refiere la ley al describir la atenuante en cuestión.

²⁴⁴⁵ Sobre esta cuestión, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. La imprescindible relación ente órganos constitucionales. Análisis de la situación en

A los efectos que interesan en este trabajo podría resultar de aplicación la norma que dispone que “*se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito*” (art. 132.2.1º CP). Por lo tanto, en atención a este precepto, parece que sin auto de imputación no se podría entender que el procedimiento judicial se dirige, en sentido estricto, contra la entidad, por lo que previamente al dictado de tal resolución siempre sería posible beneficiarse del efecto atenuante de una asunción de responsabilidades²⁴⁴⁷. Ahora bien, con la nueva regulación introducida por L.O. 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, se podría considerar que sólo hacia el final de la instrucción, cuando el investigado adquiere la condición de encausado, se dirige el procedimiento formalmente contra él.

- Pero, además, la circunstancia atenuante objeto de análisis, consistente en esa impropia confesión, debe de producirse, no sólo antes de que el procedimiento judicial se dirija contra la persona jurídica, sino antes de que la entidad tenga conocimiento de tal extremo. En este contexto, el término conocer ha de interpretarse, en tanto que principio general de interpretación de la ley penal, de la forma más favorable al reo. Como consecuencia implicará que “*se la haya notificado de cualquier forma fehaciente en Derecho por el órgano judicial correspondiente el inicio del procedimiento penal. No bastando con un conocimiento extrajudicial (...)*”²⁴⁴⁸.

En definitiva, se entiende que la declaración inculpatoria debe realizarse antes de que se notifique el inicio de un procedimiento judicial (que no administrativo) a un representante legal (que no a cualquier empleado)²⁴⁴⁹. Sin que tampoco pueda servir la notificación que se haga personal o nominativamente a la persona física que forme parte de la empresa, de que se ha incoado un procedimiento contra ella²⁴⁵⁰, en tanto que lo relevante es que se comunique el inicio del procedimiento *contra la propia persona jurídica*. Así pues, como regla general, la confesión tendrá efecto atenuante siempre que se realice antes de haberse notificado a la entidad, a través de sus representantes y en su domicilio, el auto de imputación o la citación para acudir a la primera comparecencia en calidad de investigado, en los términos previstos en el art. 119.1 a) LECrim, en tanto que tal citación judicial es el único acto procesal por el que se puede garantizar fehacientemente que la entidad ha tenido conocimiento del inicio de un proceso penal

España” en AA.VV., G. Priori Posada (coord.) *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso*”, Lima, 2013, pp.115-158, pp. 148-155.

²⁴⁴⁶ Este precepto fue introducido en el CP por la, tantas veces citada, L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, entre otras cosas, para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas por vez primera en España.

²⁴⁴⁷ Por su parte, entiende GÓMEZ COLOMER, J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., p. 217, que habría sido preferible fijar un plazo para confesar desde la admisión judicial de la denuncia o querrela.

²⁴⁴⁸ NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por...*ob. cit., p. 50.

²⁴⁴⁹ Así GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 90-91; En la misma línea, sostiene CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 972, que parece conveniente que no sirva la mera notificación a cualquier empleado, sino que haya de ser realizada a su o sus representantes legales.

²⁴⁵⁰ Ídem. p. 972.

en su contra²⁴⁵¹. Del mismo modo, si la persona jurídica es declarada en rebeldía y publicada la correspondiente requisitoria, posteriormente no podrá alegar su desconocimiento del proceso y, por lo tanto, no podrá beneficiarse de la atenuante de confesión.

Si se acoge esta interpretación garantista, no parece quedar prácticamente ningún margen a la acusación para probar que, en realidad, la entidad conocía la existencia del procedimiento judicial antes de confesar y que, por lo tanto, no debe verse, por esta circunstancia, atenuada su responsabilidad. Por otra parte, a pesar del carácter tasado de las atenuantes previstas para las personas jurídicas, no se puede descartar que una confesión tardía, por ejemplo, prestada durante la primera comparecencia del representante ante el Juez de Instrucción, sea valorada como atenuante analógica²⁴⁵².

2.2.2.1.2.- Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos (31 quáter b) CP).

Nuevamente, el legislador emplea un término procesal de forma inapropiada, en este caso, el de “pruebas”. Esta atenuante se refiere a la posibilidad de aportar pruebas, en cualquier momento del proceso, aunque, en sentido estricto, pruebas son sólo las practicadas en el juicio oral bajo los principios de inmediación y contradicción²⁴⁵³ y, en su caso, las pruebas anticipadas o preconstituidas que se desarrollan, durante la instrucción, con las debidas garantías. Sin embargo, al referirse el precepto a la posibilidad de que la colaboración en el esclarecimiento de las responsabilidades derivadas de los hechos se produzca en cualquier momento procesal, es necesario entender que la aportación de cualquier elemento o fuente de conocimiento, que sirva para hacer avanzar la investigación, deberá ser valorada como una “*prueba nueva y decisiva*”, independientemente de que tales informaciones o los concretos medios de

²⁴⁵¹ En este sentido se pronuncian también FERRE MARTÍNEZ, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 48; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal...ob. cit., p. 213, nota 50, que constata la relevancia de determinar cuándo, y de qué forma, tomará conocimiento la persona jurídica de que el procedimiento se está dirigiendo contra ella, señalando que tal conocimiento tendrá lugar “*cuando en su domicilio social la persona jurídica reciba una citación en la que se le comunique su convocatoria para la realización de la primera comparecencia*”; En sentido diverso entiende GÓMEZ COLOMER, J. L., “El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica...ob. cit., p. 217, que esperar a que se produzca la imputación material por el juez en una resolución puede dar demasiadas opciones temporales a la empresa.

²⁴⁵² En este orden de ideas, SÁNCHEZ MELGAR, J., “Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal”, *Diario La Ley*, núm. 7862, 21 de mayo de 2012, afirma que “*la exigencia del riguroso requisito cronológico convierte en habitualmente inoperantes las confesiones que llevan a cabo los imputados cuando son requeridos para prestar declaración. (...) Ciertamente, la confesión tardía no siempre operará como atenuante analógica, (...) Sin embargo, es extensible a todos aquellos casos en los que la confesión, aun extemporánea, facilite el desenlace de una investigación ya iniciada, pues aquí los efectos atenuatorios de la responsabilidad criminal estarán aconsejados. Por todo ello, hemos de convenir que la nota que debe exigirse en la confesión para su estimación como atenuante analógica es la de su utilidad para facilitar la investigación*”.

²⁴⁵³ Crítica realizada por BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2012)...ob. cit., p. 357

transmisión de las mismas no lleguen a practicarse como pruebas en sentido técnico-jurídico.

Precisamente, para aprovecharse de esta atenuante la entidad tiene la posibilidad de realizar investigaciones internas que conduzcan al acopio de materiales y fuentes de prueba que, debidamente documentados, puedan posteriormente ser entregados a la autoridad competente. Se trataría de documentos, informes periciales o declaraciones testificales extraprocesales que, posteriormente, a través de su introducción por los pertinentes medios de prueba, sirviesen para destruir la presunción de inocencia de los responsables individuales o de la entidad.

Sobre la cuestión de quién debe aportar las fuentes de prueba, aun cuando el precepto se refiere al representante legal, parece evidente que, si la persona jurídica designa a un representante *ad hoc*, para que actúe por ella en el proceso, aunque el mismo no sea el representante legal, también podrá colaborar con el esclarecimiento de las responsabilidades por esta vía y conseguir así una atenuación de la responsabilidad de la entidad a la que representa. Por el contrario, no tendría efecto atenuante la aportación de pruebas por terceros, entendiéndose por tales, los trabajadores, accionistas, clientes, proveedores, asesores u otros sujetos sin poder de representación en relación con la entidad, salvo que los mismos fuesen a declarar o aportasen la documentación por delegación o en cumplimiento de un mandato del representante legal de la persona jurídica.

En cuanto a la posibilidad de que la aportación se realice en cualquier momento del proceso se incluiría claramente el desarrollo del juicio oral²⁴⁵⁴, así como la instrucción o la fase intermedia del proceso. En cuanto a la posibilidad de aportar pruebas nuevas y decisivas durante la fase impugnativa, en principio, debería admitirse²⁴⁵⁵, aunque sin desconocer las limitaciones a la práctica de prueba en segunda instancia o en la tramitación de otros recursos o medios impugnativos. Por ejemplo, para el recurso de apelación, la posibilidad de proponer pruebas queda limitada a aquellas que no pudieron ser propuestas en primera instancia, a las propuestas e indebidamente denegadas y a las admitidas que no fueron practicadas por causas no imputables al recurrente (art. 790.3 LECrim). Por lo tanto, sólo cabría aportar pruebas en esta fase, con efectos atenuantes, cuando se trate de pruebas nuevas o que sólo tras la primera instancia fueron conocidas por los representantes legales de la entidad, o bien de pruebas que se aportaron en primera instancia pero que no sirvieron para esclarecer las responsabilidades de los hechos ni, por lo tanto, para atenuar la responsabilidad de la persona jurídica por ser indebidamente denegadas o por imposibilidad de ser practicadas.

Por otra parte, este amplio límite temporal, frente al mucho más limitado de la atenuante de confesión, puede provocar que esta circunstancia atenuante termine por absorber *de*

²⁴⁵⁴ Así lo afirma también ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 63.

²⁴⁵⁵ Así lo afirma NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por...* ob. cit., p. 50, quien interpreta la expresión en cualquier momento del proceso en el sentido de que la actuación atenuante también podrá realizarse cuando, dictada sentencia de instancia, se encuentre en tramitación cualquier tipo de recurso.

facto a la primera. Esto es debido a la dificultad de deslindar esta conducta y la atenuante de confesión que, normalmente, también supondrá aportar informaciones o datos nuevos y decisivos para el esclarecimiento de las responsabilidades, lo que permite a la entidad, no asumir sus responsabilidades desde el inicio, y esperar a que el procedimiento contra ella avance, para decidir en qué medida colaborar en el esclarecimiento de los hechos²⁴⁵⁶.

Por eso, resulta adecuado que, en orden a determinar el mayor o menor valor atenuante de la conducta de la entidad, el juzgador tenga en cuenta el momento procesal en el que se produce la colaboración, premiando en mayor medida a la entidad que, desde el inicio, o incluso antes de iniciarse el procedimiento, mantiene una actitud colaborativa con la justicia, frente a la entidad que sólo colabora cuando no se siente acorralada por el abrumador acervo probatorio con que cuenta la acusación o cuando es expresamente requerida para ello²⁴⁵⁷.

En definitiva, la entidad que colabora desde el principio, de forma espontánea, denota una cultura empresarial de cumplimiento del Derecho²⁴⁵⁸ merecedora de un tratamiento penológico atenuado, mientras que la que colabora con un criterio de pura estrategia procesal, si bien mantiene una actitud absolutamente legítima desde el punto de vista del derecho de defensa, no resultaría merecedora del mismo grado de atenuación. Sin embargo, tal y como señala el TS, a los efectos de la aplicación de la atenuante de confesión, “*no interesa que alguien se arrepienta de lo hecho, menos aún que tal arrepentimiento fuera más o menos espontáneo, sino que haya una conducta objetivamente favorecedora de la investigación o prueba de lo ocurrido*”²⁴⁵⁹, por eso, el criterio determinante, ha de ser la utilidad que, para el esclarecimiento de los hechos, supone esa aportación de elementos probatorios, y no tanto los motivos que llevan a la entidad a colaborar con la justicia.

Precisamente, atendiendo al fundamento de la atenuación, centrado en el favorecimiento a la investigación y prueba del hecho, el precepto se refiere, por un parte a la novedad de las pruebas. Por consiguiente, no tendría efecto atenuante la entrega de aquellos elementos que ya eran conocidos por la acusación o que ya constaban en el sumario. Y, por otra parte, se exige que las mismas resulten decisivas para esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos objeto del proceso. La cuestión que se podría discutir en el seno del proceso, en relación con esta atenuante, sería precisamente

²⁴⁵⁶ Esta superposición entre el contenido de ambas circunstancias atenuantes es advertida por DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 34.

²⁴⁵⁷ Hay algún autor, como ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas*...ob. cit., pp. 63-64, que niega el valor atenuante de la entrega de aquellos elementos que son requeridos en el curso de la actuación judicial, en tanto que la aportación debe ser producto de la propia iniciativa de la persona jurídica. Sin embargo, debe recordarse, en este punto, que, aun requerida para ello, la entidad imputada podría negarse a aportar cierta documentación de contenido directamente incriminatorio, correspondiendo a la acusación probar los elementos constitutivos de la infracción sin acudir a la colaboración del investigado, con lo que su aportación voluntaria podría tener cierto valor atenuante, siempre que se tratase de fuentes de prueba novedosas y relevantes.

²⁴⁵⁸ Concepto de culpabilidad empresarial desarrollado por GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la...*ob. cit., pp. 261 y ss.; Del mismo autor “La culpabilidad de la persona jurídica...”ob. cit., pp. 167-171.

²⁴⁵⁹ STS (Sala 2ª) 43/2000, de 25 de enero, RJ\2000\210, F. J. 3º.

la novedad de las pruebas así como su aptitud para esclarecer los hechos. Las alegaciones al respecto serían pertinentes en tanto que, de tales extremos, dependerá el efecto atenuante para la persona jurídica, que se condiciona a los resultados objetivos de su colaboración, y no a sus meros esfuerzos en orden a colaborar²⁴⁶⁰. En todo caso, parece que será el propio juzgador el que se encuentre en la situación idónea para valorar si se trata, efectivamente, de pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades derivadas de los hechos, sin necesidad de que, en principio, la defensa realice alegaciones específicas sobre tal extremo, mientras no sea discutido por la acusación.

El art. 31 quáter b) CP se refiere al esclarecimiento de las “*responsabilidades dimanantes de los hechos*”, comprendiéndose en tal expresión las responsabilidades de la persona jurídica y también las de las personas físicas implicadas²⁴⁶¹. La finalidad es incentivar que las empresas denuncien a quienes cometen delitos en su provecho, en vez de incentivarles u ocultarles²⁴⁶², de tal forma que la persona jurídica puede sostener su irresponsabilidad y, al mismo tiempo, aportar pruebas incriminatorias contra los autores o cómplices del delito base. Esta estrategia puede tener éxito, sobre todo, cuando el delito se atribuye a un subordinado, en tanto que si no ha habido ausencia relevante del control debido, por parte de los órganos administrativos o de vigilancia, la entidad no responderá penalmente y, precisamente, con esta reacción ante la *notitia criminis*, es decir, denunciando o colaborando en la inculpación del autor del delito, la entidad podría demostrar que el sistema de control y vigilancia empresarial funciona correctamente. Mientras que, por el contrario, si quienes cometieron presuntamente el delito fueron sujetos apicales, será más improbable que la entidad pueda eludir la responsabilidad penal, incluso si colabora con la justicia.

A mayor abundamiento, para el caso de que sean los propios administradores o representantes los que delincan, podría existir un conflicto de intereses si quienes han de colaborar para atenuar la responsabilidad de la persona jurídica, es decir, sus representantes legales, se encuentran personalmente inculpados. Por lo que, en tales casos, podría resultar conveniente el nombramiento y apoderamiento de un sujeto, para actuar como representante procesal *ad hoc*, al que se le encomendase la defensa exclusiva de los intereses procesales de la entidad.

²⁴⁶⁰ Cfr. FERRE MARTÍNEZ, C., *La responsabilidad penal de las personas...*ob. cit., p. 48; Por el contrario, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 34, sostiene que no han de ser pruebas nuevas y decisivas en términos objetivos, siendo indiferente que la acusación ya contara con las mismas, interpretando esos términos desde la lógica promocional del precepto.

²⁴⁶¹ Así interpreta ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., pp. 63-64, el término “responsabilidades”, que figura en plural.

²⁴⁶² DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 33; En esta línea, ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., p. 63, señala, como fundamento de la atenuación, el menor coste que, para la Administración de Justicia, implica la colaboración de la persona jurídica en investigación.

2.2.2.1.3.- Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito (31 quáter c) CP)

Se requiere, para poder apreciar esta circunstancia atenuante, que la entidad haya realizado, antes de iniciarse el juicio oral, actuaciones tendentes a la reparación o disminución material del daño que, en su caso, haya causado el delito. Así pues, la entidad debería satisfacer las responsabilidades pecuniarias derivadas del hecho delictivo o emprender otras acciones tendentes a eliminar los efectos del delito, restaurando la situación al estado anterior a la presunta comisión del mismo.

Para la realización de tales acciones reparadoras, el inicio de las sesiones del juicio oral, constituye, por mandato legal, un momento preclusivo. Para la fijación de este límite temporal se ha propuesto el momento de la notificación del auto de apertura del juicio oral²⁴⁶³. Sin embargo, dicho auto implica el inicio de lo que doctrinalmente se conoce como la fase intermedia del proceso, con lo que, en principio, no existiría impedimento en que la conducta reparadora tuviese lugar posteriormente, siempre y cuando fuese anterior al inicio de las sesiones del juicio.

Por otra parte, el precepto habla de “*haber procedido a reparar*”, por lo que no exige una efectiva reparación, lo cual permite que el ente pueda beneficiarse igualmente de la correspondiente atenuante si concurre un impedimento legítimo o una causa de fuerza mayor que haya imposibilitado que la disminución o eliminación del daño sea efectiva o íntegra, a pesar de que haya actuado diligentemente en su intento reparador.

En todo caso, será la propia entidad acusada la que tendrá que probar, si es discutido por la acusación, que ha procedido a reparar el daño causado, de qué forma y en qué momento, acreditando las actuaciones que haya llevado a cabo con tal finalidad reparadora.

2.2.2.1.4.- Haber establecido medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica (31 quáter d) CP)

Se ha dicho, en relación con esta atenuante que quizá sea la de menor trascendencia procesal²⁴⁶⁴. Sin embargo, la inabarcable literatura jurídica que la misma ha generado, especialmente en el seno de la doctrina penalista, que ve en ella una clara referencia a

²⁴⁶³ NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por...*ob. cit., p. 51.

²⁴⁶⁴ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas (2012)...ob. cit., p. 358.

los programa de cumplimiento normativo²⁴⁶⁵, y su relevancia como objeto de prueba, hacen obligado estudiar detenidamente su significación y su contenido.

Gran parte de la doctrina, con anterioridad a la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, veía en esta disposición la clave para sustentar el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la idea de la autorregulación, así como una referencia al movimiento del cumplimiento normativo o *compliance*²⁴⁶⁶. Así mismo, a través de una, cuando menos, discutible interpretación de esta atenuante, se ha pretendido caracterizar el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, previsto en el CP anterior a la reforma legal de 2015, como un sistema de responsabilidad por el hecho propio, cuando en realidad el legislador había establecido un modelo de trasferencia²⁴⁶⁷. En este sentido, se argumentaba que la implementación de un programa de cumplimiento efectivo eximiría a la persona jurídica de responsabilidad penal en tanto que ésta respondería, precisamente, por no haber establecido en su seno mecanismos preventivos eficaces para mantener los riesgos delictivos bajo un umbral jurídico-penalmente aceptable o por no haber empleado toda la diligencia debida en contener los riesgos delictivos propios de su actividad²⁴⁶⁸.

No se abordarán aquí las discusiones político-criminales, ni dogmáticas, sobre qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta más idóneo, si el de responsabilidad por trasferencia o por el hecho propio, ni se profundizará en controvertidas cuestiones dogmáticas, tales como la construcción de un concepto de culpabilidad específico para las personas jurídicas, por exceder, tales discusiones, los límites de este trabajo. Basta, en este momento, con constatar que el CP vigente atribuye eficacia atenuante al establecimiento de ciertas medidas efectivas en la prevención y descubrimiento de los delitos²⁴⁶⁹ que, previsiblemente, pudiesen cometerse en su seno, para afirmar que la efectiva implementación de tales medidas, así como su eficacia para prevenir y descubrir delitos, serán elementos necesitados de prueba en el marco del proceso. En definitiva, se trataría de circunstancias fácticas determinantes de la tipicidad

²⁴⁶⁵ Por citar tan sólo algunas de las últimas publicaciones sobre los programas de cumplimiento normativo, cabe señalar las siguientes obras colectivas: AA.VV., J-M, Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.) *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013; AA.VV., S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, V. Gómez Martín (dirs.), J. C., Carlos Hortal Ibarra, V. Valiente Iváñez (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, 2014; AA. VV., C. A. Sáiz Peña (coord.) *Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Navarra, 2015.

²⁴⁶⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 112-114.

²⁴⁶⁷ Destaca, entre otras, la interpretación de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 172-177.

²⁴⁶⁸ En este sentido, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit., sostienen que “*si se han adoptado las medidas de control exigibles, conforme a criterios razonables examinados desde una perspectiva ex ante, no cabe atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica*”. En la misma línea, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 174-177, que las medidas de prevención y detección de delitos, si son eficaces *ex ante* y se encuentren implementadas con anterioridad a la comisión de la infracción penal, denotan, por parte de la entidad, una cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad que la exoneraría de toda responsabilidad.

²⁴⁶⁹ También en USA, la implementación de un programa de *compliance* tienen una eficacia meramente atenuante y no eximente. En concreto, puede hacer descender el grado de culpabilidad (“*culpability score*”) hasta tres puntos, lo que equivaldría a un 80% del total de la multa. Véase, sobre esta cuestión, las *U.S.S.G § 8C2.5*.

objetiva, de la culpabilidad y/o de la penalidad de la persona jurídica, con lo que su estudio como objeto de prueba resulta insoslayable.

Así pues, por la importancia de esta atenuante en el sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, por la centralidad que la doctrina le otorga en la estrategia defensiva de las personas jurídicas a las que se imputa responsabilidad penal y, así mismo, por tratarse de una circunstancia cuya relevancia es específica para el enjuiciamiento de las personas jurídicas, al final de este epígrafe se dedicará un apdo. diferenciado a los *compliance* como objeto de prueba en el que se tratará su contenido, los modos de verificar su eficacia, su relevancia en la imputación de la entidad, su relevancia como objeto de prueba, los medios de prueba a través de los que tales programas han de ser introducidos en el proceso, cómo se distribuye la carga de la prueba en relación con este extremo y cómo deben ser valorados tales programas por el juzgador.

2.2.2.2.- Los criterios para decidir sobre la imposición de penas interdictivas

El art. 66 *bis* CP, en su párrafo primero, establece los criterios a tener en cuenta para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas interdictivas. Tales criterios son la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos, las consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores, y el puesto que, en la estructura de la persona jurídica, ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Por lo tanto, para acumular a la multa alguna de esas otras penas restrictivas de derechos, como, por ejemplo, la suspensión de actividades, el cierre locales o la inhabilitación para obtener subvenciones, ayudas públicas o contratar con la Administración, hay que tomar en consideración tales factores, que pueden estar precisados de prueba.

Así, la necesidad preventivo-especial para evitar la comisión futura de delitos deberá ser valorada, junto con las consecuencias que la imposición de tales penas interdictivas pueda tener para la economía y la sociedad y, en particular, para los empleados de la entidad (art. 66 *bis* 1º a) y b) CP). El juzgador deberá buscar un equilibrio entre ambos intereses, con base en las alegaciones y las pruebas de las partes. Con tal objeto, la acusación que haya solicitado la imposición de alguna pena restrictiva de derechos debería introducir elementos de prueba para convencer al juzgador de que, efectivamente, existen razones que fundamentan ese riesgo de reiteración delictiva y, por lo tanto, concurre una necesidad de prevención especial. Ahora bien, tal necesidad preventiva deberá ser ponderada con el interés en la continuación de las actividades lícitas de la entidad, sobre todo cuando están en juego puestos de trabajo.

Igualmente, resulta relevante para decidir sobre la imposición de tales penas, el nivel en el organigrama de la entidad de quién incumplió el deber de control, cuestión que podría, así mismo, ser objeto de discusión en el debate contradictorio, en tanto que circunstancia integrante del objeto del proceso. En relación con esta circunstancia, a la entidad le interesará probar que la cúpula no es responsable del delito, ni por acción ni

por omisión, lo cual podrá ser logrado a través de un sistema adecuado de delegaciones y de comunicación interna. En todo caso, si se ha solicitado la imposición a la entidad acusada de penas distintas de la de multa, estas circunstancias merecerán una atención singular, por parte de la defensa, que pretenda eludir tales sanciones²⁴⁷⁰.

Por otra parte, aunque no se han previsto circunstancias específicas que puedan agravar la pena de las personas jurídicas, el art. 66 bis CP en sus apdos. II y III, señala que la reincidencia, la multirreincidencia o la instrumentalidad de la persona jurídica para cometer ilícitos funcionan con ese carácter²⁴⁷¹, en tanto que, su concurrencia, permite al juzgador imponer algunas de las penas interdictivas con una mayor duración. En relación con tales circunstancias, que sirven como criterio de individualización de las penas, por su carácter agravante, en principio, correspondería a la acusación proponer y practicar prueba sobre las mismas.

Por lo tanto, la instrumentalidad de la entidad para actividades delictivas, que se apreciará, en todo caso, cuando su actividad ilegal sea más relevante que la legal, ha de quedar suficientemente acreditada, cuando se pretenda la imposición de algunas penas por encima de ciertos límites temporales²⁴⁷². Aunque, alternativamente, para superar tales umbrales penológicos bastaría con que la persona jurídica fuese reincidente²⁴⁷³ o multirreincidente²⁴⁷⁴, extremo este último que podrá ser comprobado por el Juez a través del oportuno requerimiento del certificado de antecedentes penales de la entidad y que también deberá ser tenido en cuenta por la acusación a la hora de determinar la petición de pena.

Asimismo, todos estos elementos a considerar en la imposición de las penas interdictivas, y especialmente la necesidad de prevenir la continuación de la actividad delictiva o sus efectos, también constituirán objeto de debate en la audiencia previa prevista para la adopción de las medidas cautelares *contra societatem*, si bien, en tal caso, al desarrollarse habitualmente durante la instrucción, el órgano judicial, actuando de acuerdo con los principios de necesidad y oficialidad, tendrá más amplios poderes de actuación, sin encontrarse tan limitado a los elementos que las partes introduzcan en el debate, sin perjuicio de que el respeto al principio de contradicción obligue a que tales medidas cautelares sean adoptadas sólo previa petición de parte y tras la celebración de la oportuna vista.

En todo caso, los criterios para decidir sobre la imposición y extensión de las penas interdictivas -riesgo de reiteración delictiva, consecuencias económico-sociales de la

²⁴⁷⁰ DEL MORAL GARCÍA, A. "Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 762.

²⁴⁷¹ DEL MORAL GARCÍA, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal...* ob. cit., p. 14; FGE, Circular 1/2011, p. 72.

²⁴⁷² En concreto se exige para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años, para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apdo. 7 del art. 33.

²⁴⁷³ Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años.

²⁴⁷⁴ Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apdo. 7 del art. 33.

condena, puesto en la jerarquía de la entidad de quien incumplió el deber de control, uso instrumental para la comisión de delitos, reincidencia y multirreincidencia- son cuestiones que, en mi opinión, el juzgador, con los datos que obren en su poder, podrá apreciar, aun cuando las partes se hayan limitado a introducirlas en el debate, sin practicar prueba específicamente sobre tales extremos. En este sentido, debe tomarse en consideración la previsión legal del art. 741 LECrim²⁴⁷⁵.

En este punto, es necesario nuevamente traer a colación la eficacia de los programas de cumplimiento, en tanto que los mismos, no sólo servirían para atenuar la pena de multa, sino que podrían ser igualmente relevantes en orden a demostrar que la imposición de penas interdictivas no resulta necesaria. En efecto, “*si se ha establecido con anterioridad al juicio oral un sistema de medidas eficaces de prevención y detección de delitos, es evidente que tales consecuencias jurídicas no serán necesarias para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos*”²⁴⁷⁶. De alguna forma, al iniciarse el proceso penal, se envía un mensaje a la entidad inculpada de que, o bien se “autorregula”, estableciendo las medidas que entienda eficaces para mantener los riesgos penales inherentes a su actividad en un umbral jurídico-penalmente tolerable, o bien será “heterorregulada”, a través de la imposición de sanciones penales que intervendrían en el desarrollo de su actividad, incluso prohibiéndola o, eventualmente, en su organización, a través de la pena de intervención judicial.

Por último, se hace necesario hacer una mención especial a las sociedades mercantiles públicas, que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, a las que solo se les podrán imponer las penas de multa e intervención judicial, limitación que no resultará aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica, creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal (art. 31 quinquies 2 CP). En este sentido, a la hora de determinar las penas a imponer, puede ser preciso, cuando existan dudas sobre tales extremos, practicar pruebas que acrediten que las actividades desarrolladas por la sociedad mercantil estatal constituyen, en efecto, ejecución de políticas públicas o prestación de servicios de interés económico general, lo que limitaría su tratamiento penológico a la multa y la intervención judicial o, en su caso, pruebas dirigidas, por el contrario, a atestiguar que la entidad ha sido creada con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, supuesto en el que resultaría pasible de todo el catálogo de penas previsto, generalmente, para el resto de personas jurídicas.

²⁴⁷⁵ Según el citado precepto “*siempre que el Tribunal haga uso del libre arbitrio que (...) para la imposición de la pena le otorga el Código Penal, deberá consignar si ha tomado en consideración los elementos de juicio que el precepto aplicable de aquél obligue a tener en cuenta*”.

²⁴⁷⁶ Así, SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit., p. 33.

2.2.3.- La posible actividad probatoria sobre la capacidad para ser parte de la persona jurídica

Otro extremo que podría ser objeto de discusión y sobre el que, por lo tanto, podría ser preciso practicar prueba, es la imputabilidad o la capacidad para ser parte de la entidad. Así pues, las sociedades pantalla, esto es, aquellas que no desarrollan una mínima actividad legal o que sólo la desarrollan de forma residual o como tapadera para sus propósitos criminales, no deberían ser imputadas, sino que, acudiendo a la doctrina del levantamiento del velo, podrían ser directamente disueltas, y decomisados sus bienes, sin mayores garantías o formalidades²⁴⁷⁷.

La competencia para determinar la imputabilidad de la entidad corresponde al Juez de Instrucción, tras el necesario debate procesal contradictorio²⁴⁷⁸, sin embargo, nada impide que la cuestión pueda volver a plantearse ante el órgano enjuiciador, si el Juez de Instrucción decide atribuirle a la entidad el estatuto jurídico procesal de investigado o encausado, y la defensa o la Fiscalía, no están de acuerdo con tal atribución. En tal caso, la acusación podrá plantear, como cuestión previa, la falta de capacidad para ser parte de la persona jurídica que, de ser apreciada, podría ocasionar la pérdida de su condición de parte, pasando a ser tratada como un responsable civil en lugar de como un acusado²⁴⁷⁹ o, incluso, como un mero objeto decomisible, en lugar de como un auténtico sujeto de derechos.

Por último, la entidad que se entienda incluida entre las personas jurídicas excluidas del régimen de responsabilidad penal por el art. 31 quinquies CP y por ende sin capacidad para ser parte, podrá hacer alegaciones en tal sentido y, en su caso, presentar pruebas sobre tal extremo, al efecto de lograr su libre absolución.

Por su parte, aquella entidad que sea traída al proceso como “responsable por transferencia”, esto es, por ser la persona jurídica en que ha quedado trasformada, que ha absorbido, en la que se ha fusionado o la nacida fruto de la escisión de la originariamente responsable, podrá discutir, tanto si ha habido una efectiva sucesión empresarial que justifique su responsabilidad, como la proporción que la persona jurídica inicialmente responsable del delito guarde con ella, lo cual condicionará el

²⁴⁷⁷ Este límite a la imputabilidad de las personas jurídicas puede deducirse del AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 19 de mayo de 2014, rec. 128/2014, en el que se afirma que sólo aquellas personas jurídicas penalmente imputables a tenor del artículo 31 bis del CP, por no ser meros instrumentos para delinquir o pantallas para ocultar tras ellas actividades delictivas, gozarán del estatuto jurídico procesal previsto en la ley procesal para las personas jurídicas imputadas (F. J. 5º) y que será el Juez de Instrucción el órgano competente para determinar ese carácter puramente instrumental, determinante de la inimputabilidad de la entidad, debiendo contenerse tal declaración en una resolución motivada y jurídicamente fundada, que ha de dictarse tras el necesario debate procesal contradictorio sobre el estatus jurídico que han de tener las entidades incurso en la investigación (F. J. 6º). Sobre esta resolución, véase NEIRA PENA, A. Mª., “Reseña al auto de la de la Sala...ob. cit., pp. 300-302.

²⁴⁷⁸ AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) de 19 de mayo de 2014, rec. 128/2014 (F. J. 6º).

²⁴⁷⁹ Esta es la propuesta de GÓMEZ JARA-DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal...ob. cit.

traslado de la pena (art. 130.2 CP), extremos todos ellos que, si devienen controvertidos, pueden requerir la práctica de pruebas para su efectiva acreditación.

Y otro tanto cabe decir de la continuidad de la actividad económica y de la sustancial identidad de clientes, proveedores y empleados, que se exige para entender que la disolución formal de una persona jurídica no extingue su responsabilidad, por considerarse tal disolución fraudulenta o aparente (art. 130 2 II CP).

3.- Los medios de prueba en el proceso penal frente a las personas jurídicas

*“Los medios probatorios son instrumentos mediante los cuales se trata de conseguir la finalidad de justificar la verdad de las afirmaciones básicas realizadas por las partes”*²⁴⁸⁰. En este precepto se intentará, en primer lugar, determinar cuáles serán los medios probatorios previsiblemente más utilizados en el enjuiciamiento de las personas jurídicas. En segundo lugar, se hará referencia a ciertas especialidades que pudieran concurrir en relación con algunos medios probatorios –como, por ejemplo, la declaración de parte, cuando el acusado es una persona jurídica-. También se referirán, en este apdo., los medios, a través de los cuales, podrían ser traídas al proceso determinadas cuestiones fácticas, tales como la ausencia del control debido o los *compliance programs*, si bien esto último se tratará más pormenorizadamente en el último apdo. de este epígrafe, dedicado específicamente a los programas de cumplimiento.

Llegados a este punto, y antes de entrar en materia, puede resultar útil traer a colación el principio de aplicabilidad, basado en la idea de que los elementos que configuran las normas penales deben poder ser aplicados en el ámbito del proceso penal²⁴⁸¹, de tal forma que *“el Derecho penal sólo puede ser un instrumento efectivo si cuando se define su contenido se piensa en cómo este va a poder ser llevado a la práctica del proceso penal”*²⁴⁸². Pues bien, esa es, precisamente, la pretensión de este apdo., determinar cómo se pueden llevar, a la práctica del proceso, algunos de los elementos fácticos, con relevancia normativa, que integran el objeto del proceso contra las personas jurídicas, en tanto que determinantes de su eventual responsabilidad penal.

²⁴⁸⁰ CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal...* ob. cit., p. 80.

²⁴⁸¹ Cfr. CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal...* ob. cit., p. 193, quien sostiene, al hilo de la cuestión de la prueba del dolo, que todo concepto jurídico-penal debe cumplir con las exigencias de aplicabilidad. En este sentido afirma que *“si con el Derecho penal se pretende generar algún tipo de efecto en la sociedad, los elementos que configuran las normas penales, así como los conceptos que la dogmática crea en su labor de interpretación, deben poder ser aplicados en el ámbito del proceso penal”*.

²⁴⁸² CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal...* ob. cit., p. 198.

Con tal finalidad se realizará un repaso sobre los principales medios probatorios en orden a determinar su idoneidad para probar los distintos elementos que integran el objeto de prueba en un proceso penal seguido frente a una persona jurídica.

3.1.- La prueba documental

Hay que partir de la premisa de que, en el proceso penal español, no existen medios de prueba privilegiados (art. 741 LECrim), por lo que las partes podrán proponer todos los que estén a su alcance siempre que sean pertinentes y útiles para esclarecer los hechos objeto de prueba fijados en los escritos de calificación. Sin embargo, si en un proceso contra una persona jurídica hubiese que otorgar, *a priori*, el título de prueba reina a alguno de los medio probatorios contemplados en la ley, previsiblemente, tal distinción la ganaría la prueba documental.

El motivo de tal afirmación se sustenta en que la actividad de las organizaciones, sea cual sea ésta, normalmente se va registrando y documentando periódicamente, tanto en lo relativo a sus operaciones económicas y financieras²⁴⁸³, como a sus resultados, a las decisiones que toman sus órganos y, ahora también, o cada vez en mayor medida, a las medidas y actuaciones referidas a la prevención, detección y control de los delitos que desarrollen, como parte de la implementación y actuación del programa de cumplimiento. En este sentido, se ha dicho que *“el programa de cumplimiento tiene que estar documentado, por lo que deberá aportarse como prueba documental”*²⁴⁸⁴.

Para acceder a la documentación que genera la entidad e introducirla en el proceso existen varias posibilidades. Así pues, es posible practicar una diligencia de entrada y registro en la que pueden incautarse documentos con valor probatorio. También es posible dirigir requerimientos de información a terceros que se relacionen con la entidad, tales como entidades financieras o bancarias u otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que estarán obligadas a prestar la colaboración requerida por las autoridades judiciales (art. 17.1 LOPJ). Y, por último, es posible dirigir requerimientos de información a la propia entidad imputada. En relación con esta última posibilidad, ya se ha señalado, al tratar el derecho a no autoincriminarse de las personas jurídicas, de qué forma el establecimiento de obligaciones legales de controlar y documentar cierto

²⁴⁸³ Hay que tener en cuenta que la mejor, y a veces la única, fuente de información para la investigación de ciertas operaciones económicas que podrían constituir una violación de la ley, serán los archivos en los que estas se documentan. De tal forma que, tal y como aprecia HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal...ob. cit., p. 816, sin acceso a tales documentos la capacidad para perseguir los crímenes económicos se vería severamente dañada.

²⁴⁸⁴ GALLEGO SOLER, J-I., “Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales” en AA. VV., *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo; V. Gómez Martín (dirs.); J. C. Hortal Ibarra; V. Valiente Ibáñez (coords.), B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 195-229, p. 223. Si bien, en el apdo. dedicado a la prueba de los *compliance* se hará referencia a otros medios de prueba, complementarios al documental, que servirían para acreditar la eficacia de estos programas de prevención de delitos.

tipo de actividades podría redundar en un mejor esclarecimiento de los hechos delictivos acaecidos en contextos organizativos o empresariales.

Por otra parte, la empresa que pretenda demostrar que ha establecido medidas en orden a evitar la comisión de delitos en el desarrollo de su actividad deberá, necesariamente, preconstituir prueba sobre tales extremos, a través de una tarea de documentación y conservación de documentos²⁴⁸⁵. En este sentido, se ha señalado que una parte esencial de los *compliance programs* consistiría en la implementación de procesos de documentación (políticas de archivo y conservación de documentos), tanto como parte del sistema de supervisión y control del programa²⁴⁸⁶, como a través del registro de las delaciones o quejas recibidas a través del canal de denuncias, así como a través de la documentación de las actuaciones de investigación desarrolladas a raíz de las denuncias u otros indicios que lleguen a conocimiento de la entidad²⁴⁸⁷.

3.2.- La prueba pericial

En cuanto a las pruebas periciales, se ha dicho que, el proceso penal contra el ente constituye un lugar privilegiado para la prueba científica²⁴⁸⁸. Esto se debe, por una parte, a la complejidad técnica de algunas de las figuras delictivas que les resultan imputables, por ejemplo, cuando se trata de delitos económicos, financieros o medioambientales, que pueden requerir el auxilio de peritos ambientales, auditores, contables etc. para determinar cuestiones relativas a la disciplina contable, a la correcta metodología de recopilación e informatización de datos o las condiciones económicas y patrimoniales reales del ente, que no siempre se pueden deducir de la prueba documental, muchas veces necesitada de interpretación y otras incompleta o poco fiable²⁴⁸⁹. Y, por otra parte, la necesidad de contar con peritos también puede deberse a la complejidad organizativa de algunas entidades que puede hacer necesario, para delimitar las responsabilidades en su seno, una previa determinación de su estructura de control, de su forma de organización y de su sistema de delegaciones, elementos que podrían resultar determinantes a la hora de asignar responsabilidades individuales entre los miembros de la organización. En este sentido, la contribución de peritos, tales como, asesores, administradores o ingenieros empresariales, puede revelarse necesaria para reconstruir, sobre la base de las técnicas de la organización empresarial u otros saberes científicos, la posición del autor del delito en el organigrama del ente y para determinar con exactitud los poderes al mismo conferidos.

²⁴⁸⁵ Cfr. NIETO MARTÍN, A.; "Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit.

²⁴⁸⁶ COCA VILA, I., "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? en AA.VV., J-M, Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.) *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 59.

²⁴⁸⁷ Según NIETO MARTÍN, A.; "Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit., "los canales de denuncias y las investigaciones internas constituye los elementos esenciales de un programa de cumplimiento para que la empresa pueda aprovechar los estímulos que ofrece la legislación estatal".

²⁴⁸⁸ VARRASO, G., Il procedimento per gli illeciti...ob. cit., p. 377.

²⁴⁸⁹ GARUTI, G., "Il processo "penale" agli enti"...ob. cit., p. 1115 citado por VARRASO, G., Il procedimento per gli illeciti...ob. cit., p. 377.

Además, la valoración de la efectividad de los programas de cumplimiento y, sobre todo, su adecuada implementación en atención al tamaño de la organización, a su nivel de descentralización, a las actividades que desarrolla, a los lugares en los que opera etc. pueden necesitar, en algunos casos, de la valoración pericial de un experto con específicos conocimientos sobre los riesgos delictivos inherentes a la actividad de que se trate o sobre cuestiones relativas al análisis económico de las organizaciones, así como de dirección estratégica y financiera de la empresa, ya que los programas de cumplimiento no son eficaces o ineficaces en abstracto, sino que su idoneidad para prevenir delitos debe ponerse en relación con el tipo de delito y con la fisonomía de la organización en cuestión²⁴⁹⁰. Por eso, en ciertos países, como se comentará posteriormente, existen procedimientos administrativos o empresas habilitadas para auditar los programas de cumplimiento. En tal caso, el auditor de *compliance* podría ser llamado al proceso en calidad de perito para declarar sobre la eficacia del programa en cuestión.

Sin embargo, al mismo tiempo, es necesario ser prudente en el uso de peritos técnicos que, en ningún caso deben suplir el criterio judicial, que debe apreciar las pruebas practicadas en juicio según su conciencia (art. 741 LECrim). Por eso, es necesario evitar la utilización abusiva de expertos en ámbitos reservados a la jurisdicción, como la determinación de, si en el caso concreto, ha habido una ausencia del control debido jurídico-penalmente relevante, si la entidad ha puesto la diligencia debida en orden a evitar la comisión de delitos en su seno o si concurre una necesidad preventivo-especial que aconseje la imposición de ciertas penas interdictivas para evitar la reiteración delictiva en el futuro²⁴⁹¹, en los que el criterio técnico del perito no debe suplantar a la libre valoración del órgano judicial.

En todo caso, el uso de los peritos para valorar ciertos aspectos de la tipicidad delictiva no debe traer como consecuencia una insuficiente motivación judicial que, valorando las pruebas según su conciencia, debe hacer explícito el *iter* formativo de su convicción partiendo de la premisa, ya señalada, de que, en el proceso penal español, no existen medios de prueba privilegiados (art. 741 LECrim)²⁴⁹². En definitiva, el principio de libre valoración de la prueba y la obligación de motivación de las sentencias implican que la valoración judicial de las pruebas practicadas en juicio no puede ser sustituida por el parecer de un perito técnico, debiendo el Juez, en todo caso, explicar por qué acoge el resultado de las pruebas periciales sometidas a contradicción.

²⁴⁹⁰ En esta línea, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 180, apunta a la prueba pericial, realizada por empresas especializadas, como única vía aceptable para acreditar la afectiva institucionalización de una cultura de cumplimiento en el momento de cometerse el hecho delictivo, sin que la presentación del programa de cumplimiento resulte suficiente para eximir a la entidad de culpabilidad.

²⁴⁹¹ Así lo advierte BASSI, A., EPIDENDIO, T. E., *Enti e responsabilità da reato...*ob. cit., p. 627; GARUTI, G., "Il processo "penale" agli enti"...ob. cit., pp. 1115-1116 citado por VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...*ob. cit., p. 377, para quien la valoración sobre la idoneidad eximente de los modelos de organización y de los poderes de vigilancia y de control ejercitados por el órgano especialmente encargado de la prevención de los delitos.

²⁴⁹² En una línea similar se manifiesta VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...*ob. cit., p. 378, en relación con el ordenamiento italiano, en el que también rige el principio de libre valoración de la prueba.

3.3.- La figura del testigo-perito

El testigo-perito es la persona que, poseyendo conocimientos especiales, percibe un hecho, a base precisamente de aquéllos, y es llamada al proceso para que refiera cuanto sepa sobre el mismo²⁴⁹³. Así pues, en la criminalidad económica y financiera es habitual que el hecho delictivo sea descubierto o percibido por funcionarios públicos en el ejercicio de sus competencias inspectoras de naturaleza administrativa, los cuales son llamados luego al proceso penal para explicar su conocimiento del delito y al mismo tiempo para aportar conocimientos técnicos sobre los hechos²⁴⁹⁴.

Por otra parte, en el caso de las personas jurídicas, el art. 33.7 *in fine* CP establece que la pena de intervención judicial puede ser acordada durante la instrucción como medida cautelar. En la regulación de esta pena se dispone que “*el interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones*” (art. 33.7.g) CP). Este derecho de acceso tan amplio que se reconoce al interventor lo puede convertir en poseedor de un patrimonio cognoscitivo valiosísimo a los fines de la acusación. Sin embargo, so pena de vulnerar ciertos derechos fundamentales de la entidad, como la inviolabilidad de su domicilio o su derecho a no colaborar con su propia incriminación, no se debería consentir que tal sujeto, colaborador del órgano judicial, pudiese ser llamado a declarar posteriormente en calidad de testigo-perito. Sus prerrogativas de acceso, a los locales y a la información confidencial de la entidad, se le reconocen para el ejercicio de sus funciones, que no son otras que las de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Esta finalidad cautelar no es compatible con la finalidad investigativa, por lo que tal persona quedaría posteriormente inhabilitada para actuar como testigo-perito en el proceso, pudiendo constituir su declaración una prueba ilícita por vulneración del derecho de la persona jurídica a no confesarse culpable²⁴⁹⁵.

Quienes sí encajarían en la figura del testigo-perito serían aquellos integrantes de la entidad que, poseyendo conocimiento específicos sobre una concreta rama de la actividad de la empresa, hubiesen tenido un conocimiento directo sobre los hechos o sobre extremos tales como las medidas de control, ya sea a nivel financiero -en aras a respetar los principios y las normas de la disciplina contable, las normas anti blanqueo, etc.-, ya sea a nivel administrativo u operacional -en aras a cumplir con los estándares de calidad de los productos, normativa de riesgos laborales etc.- implementadas por la entidad. En particular, podría asumir tal condición el *Corporate Compliance Officer (CCO)*, también conocido como el encargado del programa de cumplimiento²⁴⁹⁶, el

²⁴⁹³ GÓMEZ ORBANEJA, E; HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, 10º ed., Madrid, 1986, p. 32.

²⁴⁹⁴ SÁNCHEZ ULLED, E. J., “Estrategias de investigación en los delitos económicos complejos. La criminalidad económica organizada” en M. A. Gimeno Jubero (Dir.), *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 72, ejemplar dedicado a Derecho Penal económico, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 11-48, p. 33.

²⁴⁹⁵ Cfr. ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada...ob. cit., pp. 266-267.

²⁴⁹⁶ Según denominación utilizada por el art. 51 Propuesta CPP.

director del sistema de control interno de la entidad o el director del órgano encargado de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de organización y gestión al que se refiere el art. 31 bis 2° CP. Este sujeto, teniendo conocimientos específicos sobre la prevención delictiva y las políticas de cumplimiento en el sector de la entidad de que se trate, también podría aportar su conocimiento directo sobre los hechos, en calidad de personal directivo de la entidad o, incluso, como receptor de las denuncias o director de las investigaciones internas desarrolladas por la entidad de forma previa al proceso judicial. Así pues, su actuación como testigo-perito, dada su cualificación y su vinculación con la entidad, parece adecuada siempre y cuando el mismo no haya sido designado por la persona jurídica para asumir su representación en el proceso en tanto que, en tal caso, nada remoto²⁴⁹⁷, actuaría en una calidad más asimilada a la de acusado que a la de testigo.

3.4.- La prueba testifical

“Por prueba testifical ha de entenderse la declaración de conocimiento efectuada por personas físicas²⁴⁹⁸ que, sin participar en él, conocen de la comisión del hecho punible, bien directamente (testigos directos) o por referencias (testigos indirectos)”²⁴⁹⁹. Es decir, serán llamados como testigos aquellos que, teniendo un conocimiento extraprocesal de los hechos, no sean sospechosos de haber participado en los mismos.

Por lo tanto, queda descartada, en primer lugar, la declaración testifical de la persona física coimputada junto con la entidad, en tanto que la misma, como presuntamente ha participado en los hechos, no podrá prestar declaración en dicha calidad, ni ser apercibida de la comisión del delito de falso testimonio. De lo contrario, existiría un evidente riesgo de autoincriminación para tal sujeto²⁵⁰⁰. En la misma línea, la regulación italiana señala que no podrá declarar como testigo la persona imputada por el delito del que depende el ilícito administrativo que se atribuye al ente (art. 44.1.a) D. Lgs. 231)²⁵⁰¹. Tampoco podrá declarar en calidad de testigo quien haya sido especialmente designado para representar al ente en el juicio oral, asumiendo sus facultades de autodefensa en tanto que, por disposición legal, este sujeto gozará en su declaración de

²⁴⁹⁷ De hecho, la Propuesta CPP 2013 señala al director del sistema de cumplimiento como representante de la entidad en el proceso (art. 51. 1 Propuesta CPP).

²⁴⁹⁸ Sobre este extremo de la definición del testigo CHOZAS ALONSO, J. M., *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2001, p. 16, ha dicho que “la condición de testigo se basa en la capacidad de percepción sensorial, que es eminentemente humana”; Igualmente GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal...* ob. cit., p. 735, se refiere a la condición de personas físicas de los testigos.

²⁴⁹⁹ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal...* ob. cit., p. 434.

²⁵⁰⁰ Al respecto, afirma VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 379, que no cabe desconocer que el apical o el dependiente, que han cometido el delito en el interés o ventaja del ente, al prestar declaración sobre la responsabilidad de la persona jurídica, pueden perjudicar su propia posición subjetiva. Por eso, es preciso respetar el derecho al silencio de aquel que es acusado del delito presupuesto, al menos en lo que se refiere a los hechos propios.

²⁵⁰¹ A la específica posición de la persona física, presuntamente autora del hecho de referencia, cuando es llamada a declarar en el proceso penal frente a la persona jurídica, se hará referencia en el siguiente apdo. (3.5)

los derechos del acusado.

Por su parte, los representantes legales que no hayan sido acusados, habrán de declarar en calidad de testigos, prestando declaración en nombre propio, según su propio conocimiento y bajo su responsabilidad, mientras que si declarasen en nombre de la entidad lo harían en calidad de acusados o en una condición asimilada. Así pues, si faltan a la verdad, podrán incurrir en el delito de falso testimonio (art. 458 CP). Todo ello sin perjuicio de que, si entienden que existe un riesgo de autoincriminación para ellos mismos puedan negarse a declarar o bien solicitar su imputación formal. Además, en tanto que *“ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416”* (art. 418 LECrim), podría entenderse que, si lo que está en juego es la persona o fortuna del propio declarante, con más razón, no podrá serle exigida una conducta distinta y quedará dispensado de responder a ciertas preguntas.

Igualmente, podrían ser llamados como testigos los empleados y ex-empleados, directivos y ex-directivos, los clientes, los proveedores, los accionistas, los encargados de la supervisión y control de los modelos de cumplimiento, así como los asesores externos e internos, dejando a salvo las exenciones relativas al secreto profesional, siempre y cuando hubiesen tenido alguna relación con los hechos de la que pudiese derivarse algún conocimiento relevante sobre los mismos, pero sin que se sospeche que hayan incurrido en responsabilidad penal.

Por último, hay que tener en cuenta que ciertos profesionales podrían estar exentos del deber de declarar cuando se hallen unidos a la entidad inculpada por una relación protegida por la confidencialidad y el secreto, al menos en relación con informaciones que hubieran conocido en atención a su cargo, como ocurriría con el abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor (art. 416.2 LECrim).

3.5.- La declaración de la persona física presunta autora del hecho de referencia

Tal y como se analizó en el epígrafe IV del capítulo 1, es posible, y aun probable, que la persona jurídica sea juzgada conjuntamente con la persona física presuntamente responsable del hecho de referencia. Al ser tal individuo objeto de imputación en el mismo proceso que la entidad, declarará, según el momento procesal de que se trate, en calidad de investigado, encausado o acusado²⁵⁰², en tanto que no es dable que, en un mismo proceso, un sujeto declare en condición de parte en relación con unos determinados hechos y en condición de testigo en relación con otros. En primer lugar, por la dificultad ínsita a la operación de deslinde entre los hechos que afectan a unos y otros inculcados. En este sentido, parece preferible, en lugar de obligar a los tribunales a

²⁵⁰² Así mismo, la legislación austriaca prevé que los responsables de la empresa y cualquier trabajador que sea sospechoso de haber cometido el delito, o que haya sido condenado por el mismo, habrán de declarar como acusados en el proceso (párrafo 17 (1) VbVG).

efectuar disquisiciones estériles, reconocer la inevitable existencia de una suerte de *consortium* en lo probatorio, entre la persona jurídica y la persona física coimputadas, respecto de unos hechos que son únicos²⁵⁰³. Y, en segundo lugar, porque el TS ha señalado que el derecho a no declarar abarca, no sólo lo relativo a la intervención personal del declarante en el hecho, sino también a la realidad del hecho mismo imputado²⁵⁰⁴.

Por lo tanto, la persona o personas físicas a las que presuntamente se impute responsabilidad por el hecho de referencia declararán en calidad de coimputadas, es decir, con las garantías procesales que se reconocen al sujeto pasivo del proceso penal y valorándose la credibilidad de sus alegaciones con los criterios de verificación que el TS ha establecido para apreciar las declaraciones inculpatorias de los coimputados²⁵⁰⁵ entre los que cabe distinguir los positivos y los negativos. Entre los primeros, estarían la reiteración de la declaración y otros elementos relacionados como que sea precisa, espontánea, coherente, unívoca, clara y contundente, mientras que, entre los elementos que podrían afectar negativamente a la credibilidad de la declaración se señalan la personalidad del delator, las relaciones entre el que delata y el delatado²⁵⁰⁶, la presencia de móviles espurios²⁵⁰⁷ o el ánimo de autoexculpación.

En relación con el ánimo exculpatorio, cabe recordar que el representante defensivo de la entidad puede conseguir ver atenuada la responsabilidad de ésta si aporta pruebas, nuevas y decisivas, que sirvan para inculpar a las personas físicas, presuntamente, autoras del delito, así como para determinar a otros presuntos responsables o para esclarecer los hechos. Además, el potencial conflicto de intereses existente entre la persona física y el supuesto autor individual de los hechos²⁵⁰⁸, también debe ser tomado en consideración al valorar la credibilidad de la persona física coimputada. En este sentido, cabe advertir que, aun cuando se trate de un representante legal del ente, ha de entenderse que sus declaraciones se realizan a título personal, sin que puedan ser, en ningún caso, atribuidas a la entidad como propias.

²⁵⁰³ GASCÓN ICHAUSTI, F., "Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., p. 37.

²⁵⁰⁴ Ver, por todas, STS (Sala 2ª) núm. 971/1998, de 27 de julio, RJ 1998/6990, F. J. 3º; En la misma línea, FGE. Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros copartícipes.

²⁵⁰⁵ Se puede ver un análisis de tales requisitos en DÍAZ PITA, Mº. P., *El coimputado...* ob. cit., pp. 418-455.

²⁵⁰⁶ En realidad, en cuanto a la personalidad del delator y las relaciones entre el que delata y el delatado, afirma DÍAZ PITA, Mº. P., *El coimputado...* ob. cit., pp. 422-432, que tales criterios han de ser genéricamente valorados para fijar la credibilidad de cualquier declaración, sin que se comprenda la especificidad en relación con las declaraciones de los coimputados.

²⁵⁰⁷ En cuanto a la existencia de móviles espurios, DÍAZ PITA, Mº. P., *El coimputado...* ob. cit., pp. 434-435, afirma que es preciso valorar si ha mediado, por parte de la autoridad judicial o policial, sedicente promesa de trato procesal o penal más favorable. Circunstancia ésta, de especial interés, si se pone en relación con ciertas manifestaciones de Derecho premial, previstas en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, a través del ofrecimiento de atenuaciones en las penas, a cambio de colaborar con la justicia, aunque la existencia de tales atenuaciones legales no puede servir para prejuzgar la ausencia de fiabilidad de las declaraciones inculpatorias de los correos.

²⁵⁰⁸ Las causas y las propuestas de solución para este potencial conflicto de intereses se analizaron en el capítulo 1, epígrafe III, apdo. 3.1.1.1.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que la persona física y la persona jurídica no sean enjuiciadas conjuntamente, por ejemplo, si así lo determinan los avances de la investigación o si el individuo se fuga antes de que se celebre el juicio oral y, por lo tanto, impide su enjuiciamiento. En tal caso, algunos autores pretenden establecer una distinción entre aquéllos que, habiendo sido absueltos, son llamados como testigos en un proceso posterior, declarando en tal condición, de aquéllos otros que resultaron condenados y, posteriormente, son llamados para declarar, compareciendo, en tal caso, en una calidad asimilada a la de los coimputados²⁵⁰⁹. Sin embargo, el Acuerdo no jurisdiccional del TS (Sala 2ª) de 16 de diciembre de 2008²⁵¹⁰ señala que “*la persona que ha sido juzgada por unos hechos, y con posterioridad acude al juicio de otro coimputado para declarar sobre esos mismos hechos, declara en el Plenario como testigo y por tanto su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad*”. Este acuerdo, que posteriormente ha sido objeto de aplicación en varias resoluciones judiciales²⁵¹¹, supone que no hay distinción entre quien previamente ha sido absuelto y quien ha resultado condenado en el anterior proceso, declarando tal sujeto, en todo caso, en el ulterior juicio sobre los mismos hechos, en calidad de testigo.

El presunto autor material de los hechos podría haber resultado condenado por conformidad o es posible que por avatares de la investigación, se hubiese iniciado el proceso frente al individuo y sólo, posteriormente, una vez que éste ha resultado condenado o absuelto, se juzgue a la persona jurídica por los mismos hechos. Pues bien, en todos estos casos, la persona física, juzgada por el delito base, independientemente de que hubiese resultado absuelta o condenada, declararía como testigo en el posterior proceso seguido frente a la persona jurídica.

3.6.- La declaración de parte del acusado persona jurídica través de su representante especialmente designado

Las declaraciones que el representante especialmente designado por la entidad pueda prestar, en el proceso, en nombre de su representada, tienen particular valor como medio de defensa, en vista de las funciones autodefensivas que se atribuyen a aquél. Sin embargo, resulta innegable que tales declaraciones pueden ser, así mismo, valoradas como prueba. Ahora bien, su valor para la determinación de los hechos y de las responsabilidades dimanantes de los mismos es relativo y dependerá, en gran medida, de si el representante defensivo tiene un conocimiento directo o indirecto de los hechos

²⁵⁰⁹ ASENCIO MELLADO, J. Mª., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, D.L., Madrid, 1989, p. 137; MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria...* ob. cit., pp. 206 y ss.

²⁵¹⁰ Acuerdo sobre la validez de la declaración en el plenario del coimputado juzgado con anterioridad que acude como testigo al juicio de otro acusado, JUR 2009\45633 disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdos-de-16-de-diciembre-de-2008-sobre-Apropiacion-indebida-y-deslealtad-profesional---Alcance-del-art--386-2-del-CP---Validez-de-la-declaracion-en-el-plenario-del-coimputado-juzgado-con-anterioridad-que-acude-como-testigo-al-juicio-de-otro-acusado>, última consulta 17/09/2015

²⁵¹¹ Ver, entre otras, SSTS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 7/2009, de 7 de enero, RJ 2009\1314; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 352/2009, de 31 de marzo, RJ 2009\2937; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 236/2010, de 16 de marzo, RJ 2010\2421.

sobre los que declara.

El art. 786 bis LECrim establece la posibilidad de que el representante especialmente designado declare por la entidad acusada en el juicio oral²⁵¹². El problema se presenta como consecuencia de la anómala escisión que se produce entre quien declara y quien se sospecha protagonista de los hechos. Con ello se debilita la afirmación según la cual las contestaciones del acusado son declaraciones de conocimiento²⁵¹³ y, por tanto, disminuye su utilidad como prueba o como medio de acercamiento del juzgador a la verdad.

Hay que tener presente que el representante, en principio, no debería haber sido personalmente investigado ni encausado, ni podrá haber sido llamado como testigo, con lo que es posible, y aun probable, que no posea un conocimiento directo de los hechos objeto del proceso. Ahora bien, esa falta de conocimiento directo es una cuestión que afectará, en su caso, a su credibilidad como deponente, sin que pueda considerarse como un requisito determinante de su admisión como medio de prueba válido. En este sentido, debe partirse de la premisa de que, desde el punto de vista procesal, no es lícito confundir los conceptos de “medio de prueba” y “resultado”²⁵¹⁴. Por lo tanto, la falta de credibilidad del declarante -en el supuesto analizado, del representante de la entidad- en ningún caso podría considerarse como un requisito determinante de su admisión como medio de prueba, sino que se trataría de una cuestión de valoración probatoria que correspondería apreciar al Tribunal de instancia²⁵¹⁵.

Existen ciertos factores, tales como la razón de conocimiento que manifieste el declarante, su integración en el departamento de la persona jurídica en el que se ha cometido el delito, el interés personal que pueda tener en el resultado del pleito, los elementos objetivos que, en su caso, corroboren sus manifestaciones etc., que determinarán la credibilidad de sus declaraciones y que el juzgador tomará en cuenta a la hora de valorarlas con el resto de los medios de prueba, bajo los principios de contradicción, intermediación y publicidad. En este sentido, seguramente, no merecerá la misma credibilidad, ni por ende la misma preeminencia en la valoración global de las pruebas practicadas en juicio, la declaración del Oficial de Cumplimiento, que haya ocupado ese cargo en la entidad en el momento de la comisión del delito y que, incluso, haya podido dirigir personalmente una investigación interna en el seno de la entidad tendente a esclarecer los hechos, que la declaración de un administrador de la entidad que haya sido designado *ex novo* tras el descubrimiento del hecho delictivo objeto de enjuiciamiento. Este segundo sujeto sólo podrá, seguramente, realizar testimonios o

²⁵¹² En concreto, este precepto dispone que “cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si 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”.

²⁵¹³ MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso*...ob. cit., p. 73.

²⁵¹⁴ DÍAZ PITA, M^o. P., *El coimputado*...ob. cit., p. 349.

²⁵¹⁵ Así lo razona DÍAZ PITA, M^o. P., *El coimputado*...ob. cit., p. 350, aunque, en relación con la figura del coimputado, señalando que su falta de credibilidad, en ningún caso podría considerarse determinante de su configuración o no como medio de prueba.

declaraciones indirectas, en tanto que no formaba parte de la persona jurídica en el momento histórico en el que se cometió el delito, cuestión fáctica que el juzgador podrá tener en cuenta a efectos de valorar su credibilidad.

Pues bien, fruto de esta anómala escisión entre quien declara y quien se sospecha protagonista de los hechos, se ha dicho que, en realidad, tales declaraciones tendrán valor o contenido probatorio sólo cuando introduzcan hechos de conocimiento propio, mientras que otros de sus contenidos serán puramente argumentativos o alegatorios y, por lo tanto, igual eficacia tendrán plasmados formalmente en un acta de “declaración”, que en un escrito presentado por la dirección letrada²⁵¹⁶. Esta argumentación no se puede compartir. De hecho la efectiva intervención del inculpado en los hechos objeto del proceso es algo que, de ordinario, no se aclara hasta que hay una sentencia firme, y no por ello quien niega conocer los hechos o haber participado en ellos, es relegado a hacer alegaciones escritas. De nuevo se corre el riesgo de subestimar el valor defensivo de las declaraciones de la persona jurídica imputada, realizadas a través de su representante, a favor de una concepción inquisitiva que sólo atiende a su valor probatorio.

En definitiva, tales declaraciones han de ser valoradas, junto con el resto de pruebas que se practiquen en el juicio oral, de acuerdo con el principio de libre valoración (art. 741 LECrim). Seguramente, en tal ejercicio valorativo, la relación del representante con la entidad y, sobre todo, la razón de conocimiento que dé aquel de los hechos sobre los que declara, será relevante en términos de credibilidad. Del mismo modo, el Juez podrá valorar, a estos efectos, el conflicto de intereses subyacente, entre la persona jurídica y su representante defensivo, especialmente, cuando la acusación se dirija contra ambos²⁵¹⁷.

En otro orden de ideas, se argumenta que el interrogatorio constituye, fundamentalmente, un medio para autodefenderse del acusado²⁵¹⁸. Por eso, cuando la ley señala que el representante podrá declarar en nombre de la persona jurídica “*si se hubiera propuesto y admitido esa prueba*”, debe entenderse que la facultad para proponerla corresponde, principalmente, a la defensa²⁵¹⁹. Entre otras cosas, porque el derecho a no declarar abarcaría el derecho a no ser presentado como prueba. Y, en el caso de la persona jurídica, también el derecho a no asistir al juicio oral, en tanto que la

²⁵¹⁶ Cfr. DEL MORAL GARCÍA, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal...* ob. cit., p. 38.

²⁵¹⁷ En este sentido, señala NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal...* ob. cit., pp. 84-85, que las personas físicas no pueden desdoblarse como si tuvieran dos mentes, cuando declaran como imputados o como representantes de la persona jurídica imputada. Por lo tanto, la declaración se tendrá que practicar conjuntamente por todos los hechos conocidos por el representante, aunque valorando el juez, a efectos de credibilidad, el conflicto de intereses subyacente.

²⁵¹⁸ MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso...* ob. cit., p. 73. En mi opinión, esta afirmación cobra vigencia y gana fuerza para el caso de las personas jurídicas precisamente por esa posible desvinculación del declarante con los hechos, que lleva a centrar la valencia del interrogatorio del representante en su faceta defensiva, sin perjuicio de que su declaración sea valorada junto con el resto de los elementos probatorios de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

²⁵¹⁹ En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II... ob. cit., pp. 2177-2178, señala que la declaración del acusado no es prueba de la acusación, siendo lo más correcto, en su opinión, practicar la prueba de la acusación y después, si la defensa propone el interrogatorio del acusado llevar a cabo su práctica.

incomparecencia del representante, en ningún caso, implicará la suspensión de la vista (art. 786 bis 2 LECrim). Se podría decir que la entidad tiene una suerte de derecho de veto sobre la declaración de su representante en el juicio oral en tanto que, aunque la acusación lo proponga como prueba y se admita como tal, si éste no asiste el día del juicio, la vista continúa, pudiendo entenderse, en tal caso, que la entidad se acoge a su derecho a no declarar. Cabe recordar, en este punto, que si su declaración hubiese sido considerada relevante a efectos probatorios, debería haber sido citado como testigo y, por consiguiente, habría quedado inhabilitado para actuar como representante de la entidad acusada.

En definitiva, aunque la LECrim no señala si la proposición del interrogatorio del representante defensivo debe venir de la defensa, o puede provenir también de la acusación, se debería limitar su práctica a los casos en que sea la defensa la que, o bien proponga tal prueba, o bien consienta en su práctica. Evidentemente, la acusación puede proponer la declaración de cualquier otro integrante de la entidad que, en caso de ser admitida, será citado en calidad de testigo, con obligación de comparecer y declarar conforme a la verdad²⁵²⁰.

En este punto, cabe, asimismo, recordar que el control judicial de pertinencia y utilidad sobre las pruebas propuestas debe ser laxo cuando sea la defensa la que proponga la declaración del representante, en tanto que, negar su admisión sería análogo a no permitir declarar al acusado en juicio, con lo que se estaría vulnerando su derecho fundamental a ser oído, lo cual, además de resultar contrario al principio de audiencia, podría suponer la inadmisión de una prueba esencial de la defensa. En consecuencia, se podría incurrir en un quebrantamiento de las normas y garantías procesales que obligan a que el acusado sea oído en el juicio, causando, previsiblemente, una situación de indefensión recurrible en casación (art. 846 bis c) a) LECrim) y en amparo ante el TC (art. 53.2 en relación con el art. 24.2 CE). Por este motivo no se puede compartir la opinión de PORTAL MANRUBIA, cuando sostiene que el interrogatorio del representante sólo debería de ser admitido por el Juez cuando tal sujeto se encontrase integrado en la estructura de la organización y tuviese conocimiento de los hechos punibles²⁵²¹.

En definitiva, si la declaración del representante sólo es propuesta por la acusación, el designado como tal podría negarse a declarar o, incluso, dejar de comparecer el día del juicio oral, sin que, de tales actuaciones, sea posible derivar consecuencias negativas sobre la responsabilidad de la persona jurídica, que estaría, simplemente, ejerciendo,

²⁵²⁰ Según DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 759, según cual sea su relación orgánica y su integración con la entidad de tales declarantes, podrían ser interrogados en una calidad más asimilada a la del acusado o a la de testigo. En este sentido, el autor sostiene que *“podrán y deberán declarar cuantas personas sean llamadas por alguna de las partes para ser interrogadas sobre hechos pertinentes y que puedan tener o haber tenido alguna vinculación con la persona jurídica acusada, más fuerte –representante legal- o más atenuada –algún otro cargo; empleados-. La declaración de estas personas tendrá una naturaleza mixta: ni son propiamente acusados, ni son terceros testigos”*.

²⁵²¹ Cfr. PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica... ob. cit., p. 166.

legítimamente, su derecho constitucional a no declarar²⁵²². Sin embargo, si el interrogatorio es propuesto por la defensa, debería ser admitido siempre, en tanto que la prueba del interrogatorio del acusado no puede, en principio, ser rechazada por inútil o impertinente, so pena de vulnerar el principio de audiencia y el derecho de defensa del presunto reo.

Al fin y al cabo la posibilidad de que exista un representante en esta fase del proceso responde, precisamente, a la consecución de un mejor ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica (art. 786 bis LECrim), para lo cual puede resultar de utilidad, aunque en mayor o menor medida en atención a la razón de conocimiento que ofrezca el deponente, la declaración de cualquier persona comprometida con tal finalidad. Sin embargo, si la prueba de la declaración del representante la propone la acusación, u otro colitigante²⁵²³, y el representante es un tercero que nada puede aportar sobre los hechos en cuestión o sobre otros elementos de los que dependa la responsabilidad de la persona jurídica, el Juez podría entender que tal prueba resulta inútil o, incluso, impertinente, por su falta de relación con el *thema probandi*, como consecuencia del desconocimiento del deponente propuesto sobre los hechos objeto del proceso.

En este punto, puede resultar conveniente recordar, una vez más, que el representante declara “en nombre” de la persona jurídica acusada (art. 786 bis 1 LECrim), por lo que le asisten los mismos derechos que a cualquier otro acusado. Aun cuando no es el titular de los mismos, los ejerce en representación de la persona jurídica. Este es el motivo por el cual su declaración, como manifestación directa de la autodefensa, debería ser admitida, siempre que sea propuesta por la defensa, para evitar causarle indefensión a la entidad. Además, en cuanto a las reglas que rigen para la declaración del representante de la persona jurídica en el juicio oral se aplicarán, en general, las previstas para el interrogatorio de los acusados. En particular, se dispone que “*podrá declarar (...) 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*” (art. 786 bis 1 LECrim).

En cuanto a las reglas de valoración de tal declaración, hay que señalar que, en materia penal, aunque se trate de personas jurídicas, es rechazable cualquier manifestación de *ficta confessio*, como la prevista para el responsable civil en el art. 700 LECrim o en los arts. 304, 307, 309.3 y 316.2 LECiv²⁵²⁴, en tanto que las divergencias entre los principios que informan el proceso civil y proceso penal no permiten su traslación de uno a otro ámbito. Así pues, considerando el reconocimiento del derecho de las personas jurídicas a no declarar y a no hacerlo contra sí mismas (art. 24.2 CE), no cabe aplicarles el régimen de interrogatorio de partes de la LECiv, que prevé supuestos de *ficta confessio* en casos de incomparecencia de la parte al acto del juicio (art. 304) y en casos de negativa a declarar o de respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307).

²⁵²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II...ob. cit., pp. 2178, afirma que será la defensa la que ejercite y use estratégicamente el derecho a no declara.

²⁵²³ En este sentido el art. 301 LECiv dispone que un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante siempre y cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos.

²⁵²⁴ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 758.

En este sentido la incomparecencia del representante que personaliza al ente en los distintos actos procesales no puede, en ningún caso, ser equiparada a la aceptación de su responsabilidad penal, sino que, de hecho, si el representante no acude a la primera comparecencia se ha de entender que se acoge a su derecho a no declarar, tal y como prevé el art. 409 *bis in fine* LECrim en sede de instrucción²⁵²⁵, disposición que se puede entender aplicable, igualmente, al supuesto de incomparecencia del representante al acto del juicio oral. Por lo tanto, no resulta de aplicación el art. 304 LECiv, cuando dispone que “*si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial*”. Primeramente, porque es posible que el representante que declara no haya intervenido personalmente en los hechos y, aunque así fuera, gozaría del derecho a no declarar, bien por derecho propio, para evitar su propia autoincriminación o bien por derivación de la persona jurídica, si fuese citado en calidad de representante defensivo para declarar en su nombre.

Por su parte, el art. 307 LECiv permite entender como ciertos determinados hechos cuando la parte llamada a declarar se negare a hacerlo, o cuando las respuestas que diera fuesen evasivas o inconcluyentes, siempre que se tratase de hechos en los que intervino personalmente y que le perjudican, en todo o en parte. Por su parte, el art. 316.1 LECiv establece que, si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales, si en ellos intervino personalmente, y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial. Sin embargo, ninguno de tales preceptos resulta aplicable al enjuiciamiento penal de las personas jurídicas que se rige por principios diferentes y en el que se aplican derechos, garantías y estándares probatorios igualmente distintos.

En primer lugar, en el proceso civil, rigen los principios dispositivos y de aportación de parte, por lo que se halla proscrita la investigación *ex officio* de los hechos alegados, sin perjuicio de que, en lo referido a la aportación de los medios de prueba, el legislador pueda optar por permitir la colaboración del tribunal, otorgándole iniciativa probatoria de oficio, pero respetando, plenamente, el principio dispositivo en lo que a la aportación del material fáctico se refiere²⁵²⁶. Frente a este escenario, en el proceso penal rige, al menos durante la fase de instrucción, el principio de investigación, correspondiendo al Juez competente introducir el material de hecho a través de las diversas actuaciones de investigación²⁵²⁷. De ahí que, incluso si el sujeto pasivo del proceso, reconoce su

²⁵²⁵ PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica...ob. cit., p. 164.

²⁵²⁶ Para un estudio sobre las distintas propuestas doctrinales en relación con la intervención del juez civil en la actividad probatoria, véase RÍOS LÓPEZ, Y., “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos” en AA.VV., X. Abel Lluch; J. Picó i Junoy (dirs.), Y. Ríos López (coord.) *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 127-176. Resultan interesante, en este punto, las reflexiones de MONTERO AROCA, J., *La paradoja procesal del Siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, esp. pp. 100-101, en relación con la paradoja que encierra, por una parte, el aumento de poderes del juez civil, que asume la llamada dirección formal del proceso, importando la verdad material, cuando se trata de un proceso al servicio del dinero, mientras que, por otra parte, en el proceso penal, al servicio de la libertad, se han visto disminuidos los poderes del Juez durante el S. XX, importando, únicamente, aquella verdad que logran las partes a través del principio de contradicción.

²⁵²⁷ Así lo afirma PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *Constitución y poder judicial...ob. cit.*, pp. 433-434, poniendo, igualmente, de manifiesto que, durante el juicio oral, predomina, por el contrario, el principio

culpabilidad en el hecho punible objeto del proceso, tal confesión no dispensa al Juez de Instrucción “*de practicar todas las diligencias necesarias a fin de adquirir el convencimiento de la verdad de la confesión y de la existencia del delito*” (art. 406 LECrim). En segundo lugar, estaría el derecho a no declarar que tiene todo acusado en un proceso penal, el cual impediría que, de su negativa a contestar, así como de las respuestas evasivas o inconcluyentes que diese, pudiesen derivarse consecuencias negativas sobre su culpabilidad personal, o pudiese deducirse la realidad de los hechos constitutivos de su responsabilidad, los cuales, en todo caso, corresponde probar a la acusación.

En la misma línea, se excluye la aplicación del art. 309 LECiv, que disciplina el interrogatorio de las personas jurídicas o de los entes sin personalidad jurídica en el proceso civil²⁵²⁸. En primer lugar, porque tal precepto se orienta a identificar a la persona que ha intervenido personalmente en los hechos, estableciendo la carga para el representante del ente de identificarlo si es un tercero, así como de responder a las preguntas según sus conocimientos, dando origen de los mismos. Según DEL MORAL GARCÍA “*esa “hominización” de la persona jurídica a efectos de interrogatorio es en cierta medida exigencia de un proceso civil que está informado por principios distintos del penal y en el que hay menos holgura –por el principio de preclusión– para indagaciones inquisitivas tendentes a identificar a cuantos individuos puedan tener información relevante sobre los hechos*”²⁵²⁹.

Por su parte, GASCÓN INCHAUSTI²⁵³⁰ también rechaza su aplicación, argumentando que, el citado precepto está directamente vinculado con la concepción de la prueba de interrogatorio de parte en el proceso civil, cuya finalidad es conseguir que la parte contraria reconozca la certeza de unos hechos que le perjudican, para fijar tal certeza sobre la base de la vigencia del principio dispositivo. Por lo tanto, siempre según el citado autor, el precepto no resultaría válido para el proceso penal, regido por el principio de oficialidad y que, especialmente en la fase de instrucción, desconfía legalmente de la confesión del investigado (art. 406 LECrim). Así mismo, no faltan quienes estiman que las previsiones del art. 309 LECiv no son trasladables al proceso penal, considerando que, sea cual sea el alcance de tal deber de colaboración, no existe

de aportación de parte, pudiendo, eso sí, el Juez o Tribunal proponer de oficio medios de prueba siempre que se refieran a hechos introducidos por las partes.

²⁵²⁸ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 759; GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., pp. 79-80; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.; DE ARANDA Y ANTÓN, G., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal...ob. cit., p. 53; GONZÁLEZ FRANCO, J. A., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal...*ob. cit., pp. 97-99; En sentido contrario, entiende GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., “Cuestiones procesales en torno a...ob. cit., p. 84, que el art. 309 LECiv resulta aplicable, en parte, a la declaración de las personas jurídicas en el proceso penal, de tal forma que la declaración de conocimiento, conforme al primer inciso del referido precepto, únicamente la podría hacer la persona que pudiese dar razón de lo ocurrido, sujeta al status jurídico que le correspondiese, bien como coimputado, bien como testigo. Mientras que la declaración procesal, o de posicionamiento defensivo, la deberían prestar los administradores y su objeto se concretaría en dos aspectos: 1) indicar la persona que pueda dar razón de conocimiento de lo ocurrido y 2) determinar el carácter de dicha declaración, en el sentido de si ha de entenderse como testigo o si, por el contrario, la persona jurídica puede identificarse con la declaración prestada por la persona designada.

²⁵²⁹ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 759.

²⁵³⁰ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., pp. 79-80.

obligación alguna de tal tipo en el proceso penal, pues el derecho fundamental a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable rige sin matices en la justicia penal, como manifestación del derecho a la no autoincriminación²⁵³¹. Otro argumento igualmente válido para rechazar el art. 309 LECiv, como derecho supletorio, es que se opone a derechos básicos del proceso penal, en el que no caben presunciones de culpabilidad, que serían contrarias al art. 24.2 CE²⁵³².

Por último, también cabe descartar la aplicación del art. 381 LECiv²⁵³³, que se intitula “*respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas*”, y que parte de la imposibilidad, o del carácter innecesario, de individualizar, en personas físicas determinadas, el conocimiento de hechos relativos a la actividad de las personas jurídicas. Este precepto no resultaría aplicable en tanto que el proceso penal, regido por los principios de necesidad y de oficialidad, y orientado a la búsqueda de la verdad, debe agotar las posibilidades de identificar y juzgar a todos los individuos responsables integrantes del ente. Además, el precepto en cuestión establece que la persona jurídica deberá contestar por escrito a una serie de cuestiones “*bajo apercibimiento de multa de 150 a 600 euros y de proceder, contra quien resultare personalmente responsable de la omisión, por desobediencia a la autoridad*”, lo cual resulta abiertamente contrario al derecho a no declarar del que disfruta la entidad imputada.

4.- Carga, valoración y suficiencia de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia

Antes de avanzar en esta cuestión, es necesario señalar que, a pesar de las reiteradas declaraciones doctrinales y jurisprudenciales, en el proceso penal, no puede hablarse en sentido estricto de carga de la prueba formal, porque no rige el principio de aportación de parte²⁵³⁴, ni tampoco de carga de la prueba material, pues se introducirían criterios subjetivos de distribución de las responsabilidades resultantes de la falta de prueba o de la insuficiencia de la misma, cuando, en realidad, lo que rige en el enjuiciamiento penal son principios aplicables a la resolución de la incertidumbre judicial (*in dubio pro reo* y presunción de inocencia)²⁵³⁵. En todo caso, una vez establecido que la persona jurídica

²⁵³¹ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.

²⁵³² GONZÁLEZ FRANCO, J. A., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal*...ob. cit., p. 97.

²⁵³³ DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas... ob. cit., p. 759.

²⁵³⁴ En esta línea, afirma GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 428, que “*en el proceso penal, debido, de un lado, a la vigencia del principio de investigación y a la obligación, que tiene el Tribunal, de esclarecimiento de los hechos, de otro, a la sumisión del MF al principio de legalidad, que ha de vincularle, tanto a pedir la condena del culpable, como a la absolución del inocente y, sobre todo, como consecuencia de la aplicación directa e inmediata de la presunción de inocencia, puede afirmarse que no existe carga de la prueba en sentido formal*”.

²⁵³⁵ HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 36-40; En la misma línea, se pronuncia NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal*...ob. cit., pp. 277-279, sosteniendo que la carga de la prueba es un concepto ajeno al

inculpada es titular del derecho a la presunción de inocencia²⁵³⁶, es necesario averiguar cómo operan las reglas de juicio que imponen a la acusación la carga de practicar prueba de cargo suficiente sobre los elementos constitutivos del delito y sobre la culpabilidad de la entidad, en orden a desvirtuar aquel derecho²⁵³⁷.

En cuanto a los hechos constitutivos, no cabe duda de que los mismos han de ser probados por las partes acusadoras. Por lo tanto, no existen particulares dificultades para afirmar que debe ser la acusación la que pruebe que el hecho de referencia, presupuesto, aunque no fundamento de la culpabilidad del ente, ha sido cometido por sujeto legalmente apto para comprometer su responsabilidad, que se trata de un hecho típico y antijurídico, lo que ha de probarse al menos en vía incidental cuando se proceda sólo contra el ente, así como que la actuación se ha realizado en nombre o por cuenta de la entidad y en su beneficio. A mayores, cuando el delito haya sido cometido por personas subordinadas a la dirección y vigilancia del vértice, le corresponderá también a la acusación probar que no se ha ejercido sobre aquellas el debido control²⁵³⁸ o, según la terminología introducida en el CP tras la reforma de 2015, que se han incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de los superiores sobre la actividad de los subalternos, así como la relación entre tal incumplimiento y la comisión del delito. Resulta evidente que se trata de elementos constitutivos del ilícito penal imputable al ente, por lo que la falta de prueba o la duda sobre los mismos comportará la exclusión de responsabilidad del ente y, por ende, su libre absolución.

Ahora bien, en mi opinión, cuando el delito se ha cometido, precisamente, por aquellas personas encargadas de mantener la actividad de la entidad en niveles de riesgo jurídico-penalmente aceptables, tales como los administradores, representantes o los miembros del órgano de control, su mera comisión parece indicio suficiente para entender que ha existido un incumplimiento grave de los deberes de vigilancia y prevención que incumben a la entidad. Esto explica que, en tal supuesto, no se exija expresamente, como requisito típico, el grave incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, siendo la persona jurídica la que debe probar, para quedar exenta de responsabilidad, que contaba con una organización eficaz, desde una perspectiva *ex ante*, para conjurar el riesgo delictivo que finalmente se ha materializado en la conducta criminal perseguida.

proceso penal, en tanto que las situaciones de *non liquet* se resuelven a través de la presunción de inocencia, que no es una norma de carga de la prueba; En una línea similar, VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...* ob. cit., p. 276, concibe la presunción de inocencia como verdad interina y, por lo tanto, como regla legal de prueba que dispensa de toda prueba al sujeto favorecido, con base en lo que el legislador cree o anticipa, mientras no se produzca prueba en contrario.

²⁵³⁶ Cuestión que ya ha sido objeto de tratamiento en el apdo. 4.2, epígrafe III, capítulo 2.

²⁵³⁷ Análogamente, según el estándar de prueba propio del proceso adversarial americano, es preciso atender a la regla que impone a la acusación la carga de probar todos los elementos del delito, incluida la culpabilidad del acusado, más allá de toda duda razonable. Así pues, el *Model Penal Code* dispone lo siguiente: “*No person may be convicted of an offense unless each element of such offense is proved beyond a reasonable doubt. In the absence of such proof, the innocence of the defendant is assumed*” § 1.12 (1).

²⁵³⁸ En este sentido, se pronuncia GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 146, afirmando que la carga de probar la falta de debido control en el caso concreto corresponde a la acusación, pues se trata de un elemento típico del que depende la condena de la persona jurídica.

Sin embargo, cuando ha delinquido un subalterno, será la acusación la encargada de probar en qué medida la persona jurídica, con su organización defectuosa o con la insuficiencia de sus medidas de vigilancia y control, ha generado un riesgo por encima del permitido y que tal riesgo ha terminado materializándose en el resultado lesivo en que consiste el delito²⁵³⁹. A estos efectos, la carencia de un programa básico de cumplimiento normativo acorde con los riesgos generados por la actividad de la persona jurídica, o la ausencia de medidas organizativas para prevenir y detectar delitos de la naturaleza de aquel que, presuntamente, se ha cometido, se traduce en la existencia de indicios de que existe un defecto organizativo apto para fundamentar la responsabilidad de la persona jurídica²⁵⁴⁰.

Por su parte, los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal, tales como las atenuantes, las eximentes y otras circunstancias determinantes de la inimputabilidad, de la no punibilidad o de la reducción de pena de la persona jurídica, en principio, y una vez probados los hechos constitutivos por la acusación, deberán ser introducidos en el debate y probados por la defensa que pretenda obtener una sentencia absolutoria o conseguir una reducción en la condena²⁵⁴¹. Así pues, a la entidad, por medio de su representante y/o su letrado, le corresponde introducir tales hechos en el proceso y practicar prueba sobre los mismos²⁵⁴², en descargo de su responsabilidad. En este sentido, una vez que la acusación ha probado la comisión de un delito por cuenta y en beneficio de la persona jurídica y, en su caso, la concurrencia de graves incumplimientos de los deberes de supervisión, vigilancia y control deducibles, ya de la implicación de los altos cargos en la actuación delictiva, ya de la inexistencia o de la insuficiencia de un modelo de organización y gestión eficaz para la prevención delictiva, corresponderá a la persona jurídica acusada probar que ha puesto toda la diligencia debida para prevenir los delitos de la naturaleza de aquel que se le atribuye para lograr quedar exenta de responsabilidad²⁵⁴³.

²⁵³⁹ En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., pp. 141-142, señala que “*el primer nivel de imputación objetiva consistirá en observar la organización de la persona jurídica y establecer si la misma ha generado un riesgo por encima del permitido. A continuación, y como segundo nivel de imputación objetiva, deberá acreditarse que ese riesgo no permitido es el que se ha realizado en el resultado lesivo concreto*”. Conuerdo con este entendimiento de la tipicidad objetiva, si bien creo que los indicios de los que podrían deducirse tales extremos, a efectos de su acreditación en el proceso, difieren según el lugar que, en el organigrama de la entidad, ocupe la persona que presuntamente ha delinquido, lo cual resulta coherente con la distinción legal de los supuestos en los que quien delinque es un sujeto apical, de aquellos otros en los que delinque un subalterno.

²⁵⁴⁰ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., p. 143, para quien la falta de un programa básico de cumplimiento supone integra el componente objetivo del tipo penal.

²⁵⁴¹ Afirma en este sentido GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 428, que, una vez probados los de la acusación, la defensa, para obtener una sentencia absolutoria, tiene la carga de la prueba de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes; Lo mismo ocurre, en el ordenamiento norteamericano, con las *affirmative defenses*, que incluyen exenciones o justificaciones conocidas por el acusado respecto de las que éste puede ser requerido justamente para aportar elementos de prueba que las sustenten y cuya desacreditación no puede ser exigida a la acusación hasta que la defensa no haya aportado pruebas suficientes sobre su concurrencia (*Model Penal Code*, § 1.12 (3) c) y § 1.12 (2) a).

²⁵⁴² Sin perjuicio de que también el MF, en tanto que órgano imparcial encargado de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad (art. 124.1 CE), deba introducir tanto los hechos favorables como los desfavorables al acusado

²⁵⁴³ En una línea similar, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 178-180, que, una vez que la acusación ha probado la comisión objetiva de un delito por una

Ahora bien, el problema surge cuando la defensa, practicando las pruebas útiles y pertinentes al efecto, introduce una duda razonable en el juzgador sobre la concurrencia de una eximente o una atenuante, sin lograr probar plenamente su existencia. Una parte de la doctrina entiende que el principio *in dubio pro reo* ha de recaer sobre cualquiera de los hechos condicionantes de la pena, lo que significa que la aplicación del principio no se limita a los hechos constitutivos del delito, sino que se extiende también a los impeditivos y extintivos, entre los que se encontrarían las causas excluyentes de la responsabilidad²⁵⁴⁴ y las atenuantes. Mientras que otros entienden, por el contrario, que “*la prueba de los elementos negativos del delito, base fáctica de las circunstancias eximentes y atenuantes de la responsabilidad criminal, incumbe a quien las alega y su concurrencia no está comprendida en el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia ni en el principio in dubio pro reo*”²⁵⁴⁵.

En mi opinión, la primera opción es más garantista y más acertada, atendiendo al principio *in dubio pro reo*, según el cual, en caso de que, a la hora de pronunciarse la decisión judicial, la actividad probatoria hubiese dejado dudas en el ánimo del juzgador sobre la culpabilidad del acusado, se deberá por humanidad y por justicia absolverle²⁵⁴⁶ y ello, independientemente de que, ese estado psicológico y subjetivo en que consiste la duda, se refleje sobre los hechos constitutivos, extintivos o excluyentes de la responsabilidad penal²⁵⁴⁷.

La razón de fondo para optar por tal interpretación estriba en que, ante la falta de certeza sobre si un determinado sujeto es responsable penal o en qué medida merece el reproche penal, las garantías de los sometidos al proceso, y por extensión de la sociedad en general, estarán mejor salvaguardados si se absuelve que si se condena. En definitiva, la certeza con la que debe operar el juez para condenar o para agravar una condena debe ser mayor que el grado de probabilidad necesario para absolver o atenuar la responsabilidad del condenado. Esta idea, según la cual, es preferible la absolución de un culpable que la condena de un inocente es, precisamente, el fundamento del principio *in dubio pro reo*²⁵⁴⁸. Así pues, el hecho de que, por aplicación de reglas justificables en otros ámbitos, pueda llegar a condenarse a un inocente, repugna al sentido de la justicia,

persona física y la falta de idoneidad *ex ante* de su programa de cumplimiento, corresponderá a la defensa probar que tenía un firme compromiso de cumplimiento con la legalidad y que tenía institucionalizada una cultura empresarial de prevenir y detectar la comisión de delitos.

²⁵⁴⁴HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 41; En este sentido, la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 277/2014, de 7 de abril, RJ2014\2181, F. J. 6º, señala que “*la presunción de inocencia no extiende su tutela con la misma amplitud a las circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal, por lo que, en principio, según afirmación tópica de la jurisprudencia, estas circunstancias han de estar tan acreditadas como el hecho delictivo. Todo ello sin perjuicio de que cuando la defensa consigue introducir una base razonable acerca de la concurrencia de una circunstancia eximente, pueda ésta ser acogida*”.

²⁵⁴⁵AA. VV., A. Melón Muñoz (dir.) *Memento Práctico. Procesal*...ob. cit., p. 854.

²⁵⁴⁶VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado*...ob. cit., pp. 291-294.

²⁵⁴⁷En este sentido, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley (1947)*...ob. cit., p. 40 señala que, “*estando el derecho a imponer la pena condicionado por el uso del proceso, la exclusión de la pena podría lograrse, o directamente mediante una norma que obligue a absolver (...), o indirectamente mediante una norma que impida proceder*”.

²⁵⁴⁸HUERTAS MARTÍN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de prueba*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 41.

lo que podría ocurrir, si la duda sobre los hechos impositivos o extintivos pudiese llegar a perjudicar al imputado, siendo preferible que algunos, aún sin merecerlo, se favorezcan de tal duda²⁵⁴⁹.

Por consiguiente, el criterio para distribuir la carga de la prueba debe ser el siguiente. Cuando se practica, sobre todos y cada uno de los hechos constitutivos del ilícito penal imputable al ente, una prueba de cargo suficiente para desvirtuar su presunción de inocencia²⁵⁵⁰, la persona jurídica será condenada. Sin embargo, si la entidad, con sus alegaciones y pruebas, consigue crear una duda razonable acerca de la concurrencia de tales elementos constitutivos o, en su caso, sobre la concurrencia de una circunstancia eximente o atenuante, debe ser absuelta o, en su caso, deba darse por probada la atenuante en cuestión y consecuentemente reducida su condena, en atención al principio *in dubio pro reo*.

En definitiva, con la regulación vigente, la acusación debe probar que un sujeto de los que integran la categoría de apicales, ha cometido un delito de aquellos legalmente imputables a las personas jurídicas, actuando en nombre o por cuenta del ente y en su provecho, mientras que la entidad podrá alegar en su descargo que el delito no tuvo lugar, que su tipificación no es correcta, que el autor de los hechos no desempeñaba las funciones de representante o administrador en el momento de cometerse los hechos, que tal sujeto actuó en exclusivo provecho propio o de un tercero, o bien que se excedió de sus cometidos en el seno de la empresa, de tal forma que su actuación no puede considerarse desarrollada en el ejercicio de las funciones que le son propias²⁵⁵¹. Mientras que para los delitos cometidos por subalternos, la acusación debe probar la ausencia del control debido o, más concretamente, el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, circunstancia que podrá ser puesta en entredicho por la entidad que alega y practica pruebas sobre la existencia de protocolos de prevención de delitos o modelos de vigilancia y control eficazmente implementados

²⁵⁴⁹ GUTIÉRRES DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ HEREDIA, E., *Estudios de Derecho procesal*, Eunsa, Pamplona, 1974, p. 487.

²⁵⁵⁰ Según reiterada doctrina del TS la invocación en casación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite al Alto Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: "a) una prueba de cargo suficiente, referida a todos los elementos esenciales del delito; b) una prueba constitucionalmente obtenida, es decir que no sea lesiva de otros derechos fundamentales, requisito que permite analizar aquellas impugnaciones que cuestionan la validez de las pruebas obtenidas directa o indirectamente mediante vulneraciones constitucionales y la cuestión de la conexión de antijuridicidad entre ellas; c) una prueba legalmente practicada, lo que implica analizar si se ha respetado el derecho al proceso con todas las garantías en la práctica de la prueba y d) una prueba racionalmente valorada, lo que implica que de la prueba practicada debe inferirse racionalmente la comisión del hecho y la participación del acusado, sin que pueda calificarse de ilógico, irrazonable o insuficiente el iter discursivo que conduce desde la prueba al hecho probado". (Véanse, entre otras, las SSTS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 251/2014, de 13 de abril, RJ 2015\1852; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 383/2014, de 16 de mayo, RJ 2014\2812; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 596/2014, de 23 de julio, RJ 2014\6426; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 881/2014, de 15 de diciembre, RJ 2014\6845).

²⁵⁵¹ Así se entiende, por ejemplo, en Estados Unidos, donde, tal y como explica DISKANT, E. B., "Comparative corporate criminal liability...ob. cit., p. 139, la entidad puede ser encontrada culpable por los actos de sus agentes en el ejercicio de sus funciones incluso cuando son contrarios a la política general de la empresa o expresamente prohibidos por políticas internas. El autor se refiere a la sentencia *United States v. Hilton Hotels Corporation*, 467 F. 2d, 1000, 1007 (9th Cir. 1972) en la cual, se dispone que la compañía puede ser encontrada culpable "for acts of its agents in the scope of their employment, even though contrary to general corporate policy and express instructions to the agent".

en su seno²⁵⁵². Todos estos elementos fácticos integran el objeto de la prueba, por lo que los medios orientados a constatarlos, en principio, deberán de ser considerados pertinentes.

En relación con las circunstancias que determinan la imposición y extensión de las penas interdictivas (art. 66 *bis* CP), se reiteran los argumentos esgrimidos sobre la prueba de los hechos constitutivos, extintivos y excluyentes. Esto es, las agravaciones de pena requerirán prueba suficiente de las circunstancias que las justifiquen –por ejemplo, el riesgo de comisión futura de delitos o el uso instrumental de la entidad para la comisión de ilícitos penales-, o, cuando menos, deberán ser alegadas por la acusación y deducibles del relato de hechos probados que contenga la sentencia, tras un razonamiento lógico que tome como partida la prueba practicada en juicio. Mientras que, para apreciar las circunstancias previstas como atenuantes o aquellas que aconsejan una reducción o contención de las penas –como por ejemplo, la no implicación de puestos de responsabilidad en las omisiones del control debido, el daño que la condena pueda tener para los trabajadores, el carácter ocasional del delito o la no reincidencia de la persona jurídica- basta con que nazca en el juzgador una duda razonable en relación con su concurrencia.

En todo caso, no cabe desconocer que en el proceso penal rige la libre valoración de la prueba, que no caben reglas de valoración probatoria automáticas, ni rige el principio de prueba legal o tasada, consiguientemente, lo realmente relevante para que la entidad resulte condenada será lograr la íntima convicción del juzgador sobre el acaecimiento del delito y la responsabilidad penal de la persona jurídica. Ahora bien, obviamente, valoración libre no significa arbitrariedad²⁵⁵³, por lo que hay que partir de la base de que ninguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad del ente, ni las circunstancias que agravan su culpabilidad, pueden presumirse sin más, sino que han de deducirse razonablemente de la prueba de cargo practicada en el juicio²⁵⁵⁴. De igual manera, la apreciación de circunstancias atenuantes o eximentes de la responsabilidad de la entidad, debe deducirse razonablemente de la prueba practicada en juicio, lo cual habrá de ser objeto de argumentación en la sentencia.

²⁵⁵² Sobre los *compliance* como objeto de prueba se profundizará en el apdo. 5.5. siguiente de este mismo epígrafe.

²⁵⁵³ En general, sobre la discrecionalidad y la arbitrariedad judicial, véase, del mismo autor “Discrecionalidad y derecho procesal”, *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 1995, pp. 51-62.

²⁵⁵⁴ En este sentido, VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...* ob. cit., pp. 488-490, pp. 519-523, contrapone la concepción irracional de la prueba y la concepción argumentativa o dialéctica de la prueba, señalando que la primera puede conducir al autoritarismo, al devenir “*irremovibles e indestructibles los hechos probados*”. Por su parte, la concepción racional y lógica de la prueba exige que el Tribunal razone y convenza, explicando en la sentencia su operación de raciocinio, lo que permite, posteriormente, un control de comprobación y verificación de esta operación lógica. En este sentido, se afirma que, “*la valoración de la prueba, no está desprovista de reglas, aunque éstas no sean suministradas ya por el legislador, sino por los criterios de la experiencia, de la lógica, de la razón, de la vida misma, de las ciencias y técnicas especializadas, como el saber el perito o la psicología experimental aplicada al proceso*”. En este orden de ideas, el autor concluye que el criterio de la íntima convicción debe dar paso, o verse corregido en su entendimiento, por el criterio de la persuasión racional, de tal forma que la valoración probatoria sea realizada en libertad, pero atendiendo necesariamente a los imperativos de la lógica, de la razón y de la experiencia; En la misma línea, GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal...* ob. cit., p. 750, señala que el principio de libre valoración de la prueba no significa libre arbitrio, sino que tal valoración ha de realizarse de acuerdo con las normas de la lógica, máximas de la experiencia o de la sana crítica.

5.- Los compliance programs como objeto de prueba

Los denominados “*effective compliance programs*”²⁵⁵⁵, en la terminología anglosajona, o “*modelli di organizzazione*”, según la legislación italiana, modelos de prevención de delitos, en la regulación chilena, los sistemas de control interno, según la Propuesta CPP, o los modelos de organización y gestión, en la terminología del CP vigente, constituyen el conjunto de medidas o mecanismos que adopta una entidad para prevenir y descubrir los delitos que pudieran cometerse en su seno. De hecho, de esta forma descriptiva se refiere a ellos el CP español en el art. 31 quáter d), al contemplarlos como circunstancia atenuante, siendo ésta, la única referencia legal de nuestro CP a los programas de cumplimiento normativo, antes de que la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, introdujese una completa regulación sobre su contenido (art. 31 bis 5 CP) y sus efectos en la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 bis adpos. 2, 3 y 4 CP).

Estos programas constituyen una ordenación intraempresarial, a través de principios de actuación, reglas y procedimientos que vinculan a los trabajadores y directivos de una entidad por lo que, a pesar de su naturaleza privada, cabe señalar que los mismos revisten un valor cuasi-normativo²⁵⁵⁶. Además, en la medida en que persiguen el respeto de la legalidad y la neutralización de los riesgos penales, asumen cierto carácter de orden público²⁵⁵⁷.

En todo caso, estos programas de cumplimiento normativo, como determinantes de la responsabilidad de la persona jurídica e indicativos de la culpabilidad empresarial, por los delitos cometidos en su seno, deberán de introducirse como prueba en el proceso penal. Por consiguiente, resulta adecuado estudiar, en este momento, al hilo del estudio de la prueba, en qué consisten, como podría acreditarse su eficacia, qué relevancia tienen en la responsabilidad de la persona jurídica y, sobre todo, cómo accederán al proceso y de qué forma deberán ser valorados por el juzgador.

5.1.- El contenido de un Programa de Cumplimiento eficaz

Los *compliance* son sobradamente conocidos, tanto en la literatura como en la práctica empresarial americana. En aquel país, tanto su eficacia a la hora de determinar la culpabilidad empresarial, como su contenido, se encuentran expresamente determinados

²⁵⁵⁵ En terminología anglosajona se habla muchas veces, simplemente, de *compliance*, para referirse a los instrumentos que las entidades adoptan para asegurar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de sus actividades.

²⁵⁵⁶ GOÑI SEIN, J. L., “Programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*): aspectos laborales” en AA.VV., S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo; V. Gómez Martín (dirs.); J. C. Hortal Ibarra; V. Valiente Ibáñez (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 367-419, p. 368.

²⁵⁵⁷ Ídem., p. 383.

en los *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, que constituyen una suerte de Directrices que guían la actuación de los Fiscales a la hora de decidir si presentar cargos frente a las organizaciones empresariales, así como en las *U.S.S.G.* o Directrices para dictar Sentencias, que orientan a los jueces a la hora de individualizar las penas de las personas jurídicas. Así mismo, las leyes, italiana y chilena, reguladoras de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos cometidos por sus agentes, también indican, más o menos pormenorizadamente, cuál ha de ser el contenido y los requisitos de tales programas para ser considerados eficaces y cuál es el efecto penal que se deriva de su existencia y su efectiva implementación en la organización de la entidad.

En España, antes de aprobarse la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que ha supuesto una modificación sustancial del CP en este punto, la regulación penal no señalaba prácticamente nada en relación con el contenido que debían tener los programas de cumplimiento normativo, o los sistemas de control interno, para ser considerados efectivos, limitándose a prever como circunstancia atenuante el “*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*” (anterior art. 31 bis 4 d) y actual art. 31 quáter d) CP). De tal disposición cabía deducir que las medidas para prevenir los delitos se orientarían a evitar o disminuir el riesgo de comisión de delitos, mientras que las medidas orientadas a descubrirlos, se centrarían en establecer mecanismos que permitiesen detectar e investigar y sancionar los delitos que, a pesar de las medidas de prevención, llegasen a perpetrarse. Por lo tanto, el precepto establecía la necesidad de que la entidad, para beneficiarse de una atenuación de su condena, implementase medidas de dos tipos, preventivas y reactivas.

Sin embargo, la ley guardaba silencio sobre extremos muy relevantes para configurar los deberes de la entidad en la implementación de tales modelos organizativos. No disponía nada sobre cuáles debían ser esas medidas de control interno, ni sobre cómo valorar judicialmente la eficaz implementación de las mismas o qué efectos eximentes podrían atribuirse a la implementación de tal modelo de organización y gestión cuando se encontrase vigente antes de la comisión del presunto delito²⁵⁵⁸. Así pues, la indeterminación de esas medidas de prevención delictiva, y de los requisitos que debiera cumplir un programa de prevención delictiva para ser considerado eficaz, producía una enorme inseguridad, tanto para las personas jurídicas destinatarias del nuevo régimen de responsabilidad penal, como para los operadores jurídicos. Con razón se afirmaba, en relación con aquella regulación, que existía “*una notable indeterminación sobre cuál es el sistema de control adecuado para que la entidad resulte exonerada de*

²⁵⁵⁸ De hecho, algunos autores, como SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit., p. 31, atendiendo a la literalidad del CP, antes de la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, entendían que la existencia de un programa de prevención delictiva eficaz tendría un efecto meramente atenuante sobre la responsabilidad de la persona jurídica, lo que implicaría, según el citado autor, que el legislador habría optado por un modelo de responsabilidad por transferencia y por el hecho propio. Por su parte, otros autores, entre los que destaca GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 175-177, abogaban por atribuir eficacia eximente a tales programas, argumentando que si la persona jurídica se organizaba de forma adecuada para prevenir delitos, su conducta no sería penalmente reprochable dado que, sólo de esta forma, el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas sería respetuoso con el principio de culpabilidad.

*responsabilidad*²⁵⁵⁹. Esta situación de incertidumbre, provocada por la parquedad de la regulación legal, unida a la falta de cultura de *compliance* entre los órganos de la justicia penal española, provocaba consecuencias indeseables en términos de seguridad jurídica, como principio general informador del ordenamiento (art. 9.3 CE), además de resultar contraria al principio de taxatividad de la ley penal.

Como consecuencia de tales lagunas legales, se creaba una situación abonada para la creatividad judicial, frontalmente contraria a las exigencias del principio de legalidad, que rige, tanto en el ámbito penal como en el procesal, en tanto que los jueces, obligados por la prohibición del *non liquet*, debían dotar de contenido a esa legislación incompleta e insuficiente para asegurar su aplicación. Adicionalmente, se corría el riesgo de promover una indeseable dependencia, por parte de los jueces penales, respecto de las valoraciones que, de la eficacia de tales programas, pudiesen realizar expertos peritos u otros profesionales familiarizados con las técnicas y los instrumentos de *compliance*, tales como las entidades de auditoría de *compliance* o los oficiales de cumplimiento.

Pues bien, ante tal laguna legal, la doctrina enseguida se apresuró a asimilar las medidas referidas en el CP a los *compliance programs* americanos o a los modelos de organización y control previstos en la legislación italiana²⁵⁶⁰ de tal forma que, acudiendo al Derecho extranjero, así como a los estudios doctrinales sobre la materia, se intentaba llenar de contenido esta imprecisa norma penal. Afortunadamente, en el año 2015 el legislador decidió modificar la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, según intención expresada en su Preámbulo, para “*delimitar adecuadamente el contenido del «debido control»*”. Con tal finalidad, la nueva regulación precisó la forma en que han de diseñarse e implementarse los modelos de organización y gestión, orientados a la prevención delictiva, para resultar eficaces y, por ende, para eximir a la persona jurídica de responsabilidad. En cualquier caso, a pesar de que la laguna legal se ha superado con la nueva regulación, puede resultar útil, en este punto, acudir a las regulaciones extranjeras, así como a los estudios de la doctrina científica, para conocer qué aspectos deben ser evaluados por el juzgador en orden a verificar la efectividad del programa en cuestión, en su cometido de prevenir la comisión de delitos.

En primer lugar, se debe partir de la base de que los riesgos que debe afrontar cada tipo de empresa difieren en función de su estructura organizativa, de su tamaño y, sobre todo, en función de la naturaleza de su actividad. Por consiguiente, no existe un programa de cumplimiento de validez general, sino que el programa, para ser efectivo, debe estar adaptado a las especificidades de la organización y a los específicos riesgos derivados de su actividad. En esta línea, se afirma que “*un modelo estereotipado de cumplimiento que no atiende a las peculiaridades organizativas de cada concreta organización es, por definición, ineficaz*”²⁵⁶¹.

²⁵⁵⁹ GOÑI SEIN, J. L., “Programas de cumplimiento empresarial...ob. cit., p. 371.

²⁵⁶⁰ De hecho, la regulación de los modelos de organización y gestión previstos en la legislación italiana han sido acogidos, tanto en relación con su denominación, como en cuanto a su contenido legal, por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP.

²⁵⁶¹ GALLEGO SOLER, J-I., “Criminal compliance y proceso penal...ob. cit., p. 205.

Consecuentemente, la ley debe limitarse a definir unos requisitos de mínimos que, ineludiblemente, deberán verse complementados por la regulación administrativa aplicable y por los estándares de la industria o del sector de actividad en que la persona jurídica desenvuelve su actividad, de los cuales podrá inferirse una suerte de empresa media del sector para fijar un estándar de diligencia debida²⁵⁶². Por ejemplo, según las Guías americanas para dictar sentencias, habrá que tomar en consideración las prácticas aplicables a la industria de que se trate o los estándares requeridos por la regulación administrativa aplicable, lo cual, a su vez, vendrá determinado por el tipo de actividad que desarrolle la entidad y, particularmente, por ciertas regulaciones administrativas que, en determinados ámbitos, como el blanqueo de capitales y la prevención de riesgos laborales, establecen específicas medidas o cautelas para prevenir la comisión de delitos²⁵⁶³.

Por otra parte, el tamaño o la complejidad organizativa de la entidad también serán factores a tener en cuenta a la hora de determinar las medidas de organización y control precisas para mantener los riesgos penales en niveles jurídicamente aceptables. Por eso, es habitual que la regulación establezca exigencias atenuadas o medidas de supervisión menos estrictas para aquellas entidades de pequeñas dimensiones o cuyo volumen de actividad es menor. En este sentido, el CP contempla la especificidad de las personas jurídicas de menor tamaño, señalando que, en las entidades de pequeñas dimensiones, es decir, aquéllas que, según la legislación aplicable, estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada²⁵⁶⁴, las funciones de supervisión que, habitualmente, deben ser asumidas por un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control, podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. Igualmente, la regulación chilena (art. 4º 1. B) II Ley 20393)²⁵⁶⁵ y la regulación italiana (art. 6.4 D. Lgs. 231)²⁵⁶⁶ permiten que, en las pequeñas y medianas empresas, las funciones propias del encargado de prevención, es decir, las funciones de supervisión sobre el funcionamiento y el cumplimiento del modelo, sean directamente asumidas por el órgano de dirección. En la misma línea, aunque en términos más generales, las *U.S.S.G.* americanas señalan que, aunque todas las organizaciones deben cumplir con los mismos deberes de cumplimiento normativo, las acciones específicas para cumplir con los requisitos de un programa de cumplimiento eficaz variarán según ciertos factores, tales como la actividad que desarrolla la entidad, su tamaño y sus antecedentes delictivos²⁵⁶⁷. Así pues, en cuanto al tamaño de la entidad, es preciso advertir que, en general, las

²⁵⁶² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., p. 142.

²⁵⁶³ *U.S.S.G.* §8B2.1.[Application note 2(B)]

²⁵⁶⁴ Tal y como se apuntó anteriormente, son aquellas sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta. Y, en el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, aquellas que reúnan, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias referidas (art. 258 TRLSC).

²⁵⁶⁵ Este precepto dispone que “*En el caso de las personas jurídicas cuyos ingresos anuales no excedan de cien mil unidades de fomento, el dueño, el socio o el accionista controlador podrán asumir personalmente las tareas del encargado de prevención*”.

²⁵⁶⁶ Este precepto dispone que, para los entes de pequeñas dimensiones, los deberes indicados en la letra b), párrafo 1, es decir, los deberes de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo, pueden ser desarrollados directamente por el órgano de dirección.

²⁵⁶⁷ *U.S.S.G.* §8B2.1.[Application note 2(A)]

corporaciones más grandes necesitarán un mayor grado de formalización en sus operaciones y procedimientos, así como mayores recursos para cumplir con tales requerimientos²⁵⁶⁸.

Ahora bien, la especificidad que tales programas requieren, en relación con las particularidades de la entidad en la que se pretenden implementar, no obsta a que se pueda establecer, legalmente, una estructura común o unos requisitos básicos con los que todo programa de cumplimiento debe contar para poder ser considerado eficaz. Por lo tanto, como exigencia del principio de seguridad jurídica, parece recomendable que el contenido mínimo de las medidas de prevención delictiva empresarial aparezca regulado normativamente. Se aprecia, en este sentido, la existencia de ciertos aspectos de tales programas que la doctrina señala de forma recurrente como contenido esencial de los mismos y que son los que, de ordinario, los ordenamientos extranjeros señalan como requisitos indispensables. Entre ellos cabe destacar la delimitación de un mapa de riesgos en el que se determine la probabilidad de comisión de ciertos delitos en el desarrollo de las distintas actividades de la persona jurídica, la adopción de las medidas necesarias para la contención de tales riesgos bajo el umbral de lo jurídico-penalmente tolerable, en concreto, protocolos de actuación que minimicen la posibilidad de incurrir en conductas delictivas, así como programas de formación para instruir a los empleados y otros agentes en relación con la prevención y detección de delitos en el desarrollo de sus funciones, la delimitación de los ámbitos de competencia y de las posiciones de garantía, de forma que se evite la disolución de la responsabilidad en el seno de la entidad, el diseño de un sistema de delegaciones adecuado que evite la desinformación y también la sobrerresponsabilización de la dirección, el establecimiento de sistemas internos de comunicación efectiva entre el organismos de control, la cúpula directiva y los empleados, tanto en sentido ascendente como descendente en la cadena de mando, la implantación de sistemas de denuncia interna que permitan detectar infracciones, delitos y otros fallos del programa, y que sean accesibles a los trabajadores y a otros agentes, el establecimiento de un sistema disciplinario que sancione los eventuales incumplimientos del mismo, así como la instauración de sistemas de supervisión para controlar el correcto funcionamiento del programa y para desarrollar tareas de revisión periódica y de actualización continua del mismo²⁵⁶⁹.

Pues bien, tras el estudio de diversas regulaciones nacionales, se observa como las medidas previstas en ellas no difieren demasiado del esquema básico que se acaba de referir.

Así pues, la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas de la República de Chile, contenida en una ley especial²⁵⁷⁰, señala, como requisito para que la entidad quede exenta de responsabilidad por los delitos cometidos por sus agentes, que exista un encargado de prevención, designado por la máxima autoridad administrativa

²⁵⁶⁸ U.S.S.G. §8B2.1.[Application note 2(C)]

²⁵⁶⁹ Para un desarrollo mucho más detallados de estos y otros requisitos y contenidos de los programas de cumplimiento y, en general, de una organización empresarial en *compliance* se pueden ver, entre otros, COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma...ob. cit., pp. 54-60; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 177-178.

²⁵⁷⁰ Ley 20.393, previamente citada, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

de la entidad, con acceso directo a la alta dirección a la que tendrá que rendir cuentas de su gestión, pero con autonomía respecto de ella, que cuente con suficientes medios y facultades para el desempeño de sus funciones, entre las que se encuentra el establecimiento de un sistema de prevención de delitos (art. 4 apdos. 1 y 2 Ley 20.393).

Al mismo tiempo, la citada ley señala que tal sistema de prevención de los delitos, para ser considerado eficaz y desplegar, por lo tanto, eficacia eximente, deberá contemplar, al menos, los siguientes aspectos: a) La identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos por lo que puede responder la entidad. b) El establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los mencionados delitos. c) La identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos señalados. d) La existencia de sanciones administrativas internas, así como de procedimientos de denuncia o persecución de responsabilidades pecuniarias en contra de las personas que incumplan el sistema de prevención de delitos. Además, la regulación dispone que estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán contenerse en los reglamentos internos que la persona jurídica dicte al efecto, comunicarse a todos los trabajadores e incorporarse expresamente a los contratos de trabajo, incluidos los de los máximos ejecutivos (art. 4.3 Ley 20.393). Por último, se establece la carga, tanto para la administración de la entidad, como para el encargado de prevención, de supervisar el modelo para detectar y corregir sus fallas, así como de actualizarlo de acuerdo al cambio de circunstancias de la entidad y, en su caso, se regula la posibilidad de obtener certificaciones de entidades externas que acrediten la legalidad y eficacia del modelo (art. 4.4.Ley 20.393).

En cuanto al contenido de los *compliance programas* americanos, es preciso estar a lo dispuesto en las guías para dictar sentencias, las ya referidas *U.S.S.G.*, que, desde el año 1991, contienen un capítulo específico para el enjuiciamiento e imposición de penas de las personas jurídicas (en concreto, el capítulo 8). Tales directrices disponen que, para tener un programa ético y de cumplimiento legal efectivo, es necesario ejercitar la diligencia debida en la prevención y detección de conductas criminales o promover, de otra forma, una cultura organizativa que incentive las conductas éticas y el compromiso de cumplimiento con la ley. Se añade además que el programa debe ser generalmente efectivo en la prevención, aclarando que un fallo del mismo no implica necesariamente que no lo sea²⁵⁷¹.

A continuación, se especifican los requisitos mínimos para apreciar esa diligencia

²⁵⁷¹ *U.S.S.G.* §8B2.1. (a). En esta línea, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 176-177, que de la constatación de un hecho delictivo no cabe inferir, de forma automática, la ineficacia de las medidas de prevención, a las que sólo debe exigirse que sean eficaces *ex ante*, es decir, que mantengan el riesgo propio de la actividad empresarial en un nivel aceptable, pero no que lo reduzcan a cero. Como prueba de ello, basta constatar que, algunas de las medidas del modelo de organización y gestión descritas en el CP cuya observancia supone la exención de responsabilidad del ente, se basan en la detección de delitos ya cometidos.

debida y esa cultura organizativa comprometida con la legalidad²⁵⁷². Tales requisitos son los siguientes:

- En primer lugar, la organización debe establecer estándares y procedimientos para prevenir y detectar las conductas criminales.
- En segundo lugar, el Consejo de Administración o, en su defecto, el más alto nivel de gobierno de la entidad, deberá estar bien informado sobre el contenido y el funcionamiento del programa y ejercerá una supervisión razonable con respecto a la aplicación y eficacia de mismo. Para ello, es preciso, por un parte, que el personal de alto nivel se asegure de que existe un programa efectivo y que se distribuyan las responsabilidades concretas en relación con el mismo y, por otra, que, a nivel operacional, se ejerzan por delegación las responsabilidades derivadas del programa, informando periódicamente a los órganos de administración, para lo cual es preciso que tales sujetos delegados cuenten con los recursos apropiados, con la autoridad apropiada y con acceso directo al órgano de administración.
- En tercer lugar, la organización hará todos los esfuerzos razonables para no incluir en el personal con autoridad sustancial en la organización a individuos de los que sabe, o debiera saber a través del ejercicio de la debida diligencia, que han estado involucrados en actividades ilegales u otras conductas incompatibles con el programa de cumplimiento.
- En cuarto lugar, la organización debe tomar medidas razonables para comunicar periódicamente y de manera práctica sus normas y procedimientos y otros aspectos del programa, a su personal directivo, empleados y otros agentes mediante la realización de programas efectivos de formación, así como difundiendo, de otro modo, la información apropiada a tales sujetos sobre sus funciones y sus responsabilidades.
- En quinto lugar, la organización debe tomar las medidas razonables para asegurar que el programa es respetado, incluyendo el monitoreo y auditoría para detectar conductas criminales; para evaluar periódicamente la efectividad del programa; y para tener y dar a conocer un sistema, que podría incluir mecanismos anónimos o confidenciales, que permita a los empleados y agentes de la organización informar o solicitar orientación sobre conductas criminales reales o potenciales sin temor a represalias.
- En sexto lugar, el programa debe ser promovido y aplicado de forma consistente en toda la organización a través de incentivos adecuados por actuar de acuerdo con el mismo; y de medidas disciplinarias apropiadas por participar en una conducta criminal y por no tomar las medidas razonables para prevenir o detectar conductas delictivas.

²⁵⁷² U.S.S.G. §8B2.1. (b)

- En séptimo lugar, después de detectar una conducta delictiva, la organización debe tomar medidas razonables para responder apropiadamente a la conducta criminal y para evitar más conductas delictivas similares, incluyendo la realización de cualquier modificación necesaria del programa, en su caso, recurriendo a un asesor profesional externo. Entre las conductas que se indican como apropiadas tras detectar una conducta criminal, se señalan en los comentarios a este precepto las de reparar el daño y, en su caso, autodenunciarse y colaborar con las autoridades.
- Por último, en aplicación de la diligencia debida y en la promoción de una cultura de cumplimiento con la ley, la organización debe evaluar periódicamente el riesgo de conductas delictivas y tomar las medidas necesarias para diseñar, implementar o modificar cada uno de los requisitos señalados en orden a reducir el riesgo de conductas criminales identificado a través de este proceso²⁵⁷³. Adicionalmente, se indica que la reincidencia en infracciones similares podría resultar indicativa de que no se han tomado las medidas adecuadas para cumplir con los requerimientos del programa, por lo que es preciso tener en cuenta, en su caso, el historial delictivo de la entidad²⁵⁷⁴.

Finalmente, en cuanto a la regulación italiana, lo primero que se debe indicar es que el contenido legal de los modelos de organización y gestión orientados a prevenir delitos es prácticamente idéntico al introducido por el legislador español a través de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, con lo que, aun cuando sólo fuera por esta sustancial coincidencia, se hace preciso detenerse en esta regulación extranjera. Así pues, el art. 31 bis 5 CP, claramente influido por la regulación italiana, tiene un contenido, prácticamente, idéntico al art. 6. 2 D. Lgs. 231²⁵⁷⁵. Ambos preceptos, así como en

²⁵⁷³ U.S.S.G. § 8B2.1. (c)

²⁵⁷⁴ U.S.S.G. §8B2.1.[Application note 2(D)]

²⁵⁷⁵ La influencia de la regulación italiana resulta evidente en tanto que muchas de las disposiciones del CP español constituyen traducciones prácticamente literales de la normativa italiana. Así pues, el art. 6.2 D. Lgs. 231 dispone que los modelos de prevención deben responder a las siguientes exigencias que, como se observan son casi idénticas a las previstas en nuestro texto penal: *a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello*. Igualmente, el art. 7.4.a) D. Lgs. 231 señala que “*L'efficace attuazione del modello richiede una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività*”. Análogamente, el art. 31 bis 5 CP, viene a señalar que los modelos de organización y gestión, para tener eficacia exigente, “*1.- Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. 2.- Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos. 3.- Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos. 4.- Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. 5.- Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo. 6.- Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios*”.

general, las regulaciones extranjeras analizadas, exigen, en primer lugar, la realización de un mapa de riesgos delictivos en el que se valore qué delitos podrían cometerse y la probabilidad de su acaecimiento, el establecimiento de protocolos de actuación para evitar tales delitos, lo que implica, no sólo procedimientos que garanticen que las actividades empresariales no incurrir en riesgos penales excesivos, sino también la especificación de los procesos de toma de decisiones y de ejecución de las mismas, con el fin de poder individualizar a los responsables del cumplimiento de tales protocolos. Junto con los específicos riesgos inherentes al objeto social que desarrolle la entidad, su actividad financiera se considera *ex lege* como un área de riesgo por lo que en la gestión de los recursos financieros, expresamente, se requiere la existencia de reglas orientadas a prevenir delitos.

Por otra parte, para controlar que tales medidas de prevención funcionan adecuadamente se exige, al menos para las grandes empresas, la existencia de un organismo con poderes autónomos de iniciativa y control encargado de supervisar el efectivo funcionamiento del modelo y de actuar en caso de incidencias o inobservancias del mismo, así como de mantenerlo actualizado en función de las variaciones que se produzcan respecto del inicial análisis de riesgos penales. Este organismo de control, en caso de existir como un órgano separado del órgano de administración de la entidad, estaría dirigido por el oficial de cumplimiento, o *compliance officer*, tantas veces aludido.

Por último, es preciso que la entidad cuente con un sistema de reacción ante eventuales incumplimientos del programa, que pueden ir desde la mera inobservancia de los protocolos o medidas internas de prevención, hasta la efectiva comisión de actuaciones delictivas en su seno. Para afrontar tales situaciones, la entidad deberá contar, por una parte con un sistema de denuncias que permita el órgano de control tomar conocimiento de tales incumplimientos y, por otro, con un sistema disciplinario para actuar contra los presuntos infractores²⁵⁷⁶.

Hasta aquí lo relativo al contenido de los programas de cumplimiento normativo. Quedarían ahora por determinar los efectos de la acreditación de la vigencia y efectividad de tales programas. La efectiva implementación de un programa de cumplimiento normativo eficaz para la prevención de delitos de la naturaleza de aquél que presuntamente se ha cometido tiene, tanto en Italia, como en España, eficacia eximente. Así pues, el CP, claramente influido, también en este punto, por la regulación italiana, señala que si el delito fue cometido por un subalterno, “*la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión*” (art. 31 bis 4 CP)²⁵⁷⁷. Los requisitos que según la ley debe cumplir tal modelo de prevención delictiva ya han sido referidos *ut supra*.

²⁵⁷⁶ Resultan destacables las enormes similitudes que se observan entre el contenido previsto para tales programas en la Ley chilena, en la italiana y en el CP español, lo cual conduce a concluir que tales legislaciones han bebido de una fuente común en su elaboración, seguramente de la ley italiana, que es cronológicamente anterior, sin que se aprecien verdaderas especificidades, como cabría esperar en una materia que bien podría venir recogida en normas de carácter reglamentario o infralegal dado su carácter técnico.

²⁵⁷⁷ Análogamente, la regulación italiana dispone que, cuando han delinquido los subordinados “*l'ente e' responsabile se la commissione del reato e' stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi di*

Ahora bien, cuando el delito ha sido cometido por un sujeto apical, es decir, cuando los presuntos autores del delito hayan sido sujetos con poder de representación, decisión, organización o control respecto de la entidad, para que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad se exigirá, además de la implementación del referido modelo de organización y gestión, que la supervisión de su funcionamiento y de su cumplimiento haya sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control (art. 31 bis 2. 2º CP), que tal órgano no haya omitido y ejercido de forma insuficiente sus funciones de supervisión, vigilancia y control (art. 31 bis 2. 4º CP) y que los sujetos apicales hayan perpetrado el delito eludiendo fraudulentamente los controles previstos por la entidad para prevenir su comisión (art. 31 bis 2.3º CP)²⁵⁷⁸. De esta forma, se pone de manifiesto cómo, en el caso de que quienes delincan sean sujetos apicales, se exige a la entidad un plus de diligencia para desvincularse de las responsabilidades derivadas de las actuaciones de aquellos. Estos requerimientos adicionales resultan lógicos, toda vez que, los sujetos apicales son, en ocasiones, los directamente encargados de la prevención delictiva y, en todo caso, los últimos responsables de la administración de la entidad, por lo que su implicación en los hechos delictivos constituye un fuerte indicio de que la entidad no se encontraba correctamente organizada, ni comprometida con la legalidad, aun cuando, al responder la persona jurídica por una culpabilidad propia, la implicación de sus altos cargos, o de alguno de ellos, en el presunto delito, no puede resultar determinante de la responsabilidad de aquella, siendo necesario dar a la persona jurídica la posibilidad de quedar exenta de responsabilidad penal por las actuaciones de sus dirigentes cuando puso toda la diligencia que le es exigible en la evitación del presunto delito cometido.

Por su parte, en Estados Unidos, tal y como se adelantaba al inicio de este epígrafe, los *compliance programs* se encuentran muy extendidos, por un lado, debido a que las *U.S.S.G.* les otorgan una relevante eficacia atenuante²⁵⁷⁹ y, por otro, porque los Fiscales, regidos por el principio de oportunidad, muchas veces dejan de acusar o de presentar

direzione o vigilanza” (art. 7.1 D. Lgs. 231). A lo que se añade que, “*In ogni caso, e’ esclusa l’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l’ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi*” (art. 7.2 D. Lgs. 231); En la misma línea, la regulación chilena dispone que la persona jurídica responderá de los delitos cometidos por sus miembros, apicales o subordinados, sólo si la comisión del delito fue consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión (art. 3 I *in fine* Ley 20.393). Ahora bien, a renglón seguido la ley señala que “*se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido*” (art. 3 III Ley 20.393) consecuentemente, en tal caso, la persona jurídica no responderá penalmente.

²⁵⁷⁸ Los requisitos legales exigidos para que la entidad quede exenta de responsabilidad, a pesar de haber delinquido aquellos sujetos facultados para actuar y tomar decisiones en su nombre o para desarrollar funciones de supervisión y control, coinciden con las exigencias previstas en la regulación italiana contenidas en el art. 6.1 D. Lgs. 231.

²⁵⁷⁹ Se pueden consultar tales Directrices para dictar sentencias en *U.S.S.C. Guidelines Manual, 2013*, capítulo 8 “*Sentencing of Organizations*”, part. B “*Remediating Harm from Criminal Conduct, and Effective Compliance and Ethics Program*”, §8B2.L., “*Effective Compliance and Ethics Program*”, disponible en <http://www.uscc.gov/training/organizational-guidelines/2013-uscc-guidelines-manual>, última consulta 10/08/2015, donde se dispone que con tales programas la entidad puede ver considerablemente disminuido su grado de culpabilidad (*culpability score*), reduciendo, por consiguiente, el importe de la pena de multa hasta en un 95%.

cargos contra una entidad si ésta cuenta con un programa de cumplimiento eficaz o se compromete a mejorarlo o a implementar uno²⁵⁸⁰. Se observa, por lo tanto, que en aquel país, tales programas no tienen eficacia eximente, sino meramente atenuante, aunque por la vía del principio de oportunidad, las entidades que son diligentes a la hora de implantarlos pueden evitar resultar formalmente acusadas en un proceso penal.

En otro orden de ideas, cabe cuestionar si el CP es la norma más adecuada para regular los detalles sobre el contenido de los programas de organización y gestión empresarial, lo que supone introducir normas de contenido mercantil y/o administrativo en la legislación penal. En este sentido, podría resultar más adecuado que su regulación se detallase en una ley especial, como es el caso de Italia y Chile o, incluso, en un documento infralegal, como las Circulares de la FGE²⁵⁸¹, que sirviese de guía a la actuación de los Fiscales a la hora de decidir sobre la iniciación de un proceso penal o sobre la necesidad de acusar a una determinada entidad. Así pues, sin perjuicio de la importancia de estos programas como vía para eximir a la entidad de responsabilidad por los delitos cometidos por sus miembros, y sin desconocer su previsible centralidad en la estrategia defensiva de la persona jurídica, es preciso plantearse si el debido control no debiera configurarse en el CP como una norma penal en blanco que el Juez, en su labor de aplicador del Derecho, tendría que integrar con las específicas normativas administrativas o, incluso, mercantiles, para determinar si, en el caso concreto, hubo o no un incumplimiento grave de los deberes de la entidad de supervisar y controlar la legalidad de sus actividades. Sólo de esta forma sería posible atender a la heterogeneidad de las personas jurídicas, en cuanto a su tamaño, a su organización y a los riesgos propios de sus actividades, respetando además las facultades judiciales de apreciación en cuanto a la responsabilidad de la organización en el caso concreto.

En cualquier caso, la importancia de los programas de cumplimiento, como indicativos de los esfuerzos de la persona jurídica en prevenir y detectar delitos, resulta indiscutible. En este sentido, el debido control, como fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas²⁵⁸², y los deberes de supervisión, vigilancia y control, cuyo quebrantamiento sustenta la responsabilidad penal de la organización por los delitos cometidos por sus miembros en el ejercicio de las actividades sociales, resultan elementos clave para entender el reproche penal que se dirige a la persona jurídica. Por consiguiente, siendo los modelos organización y gestión indispensables en la determinación de la tipicidad y de la culpabilidad de la conducta de la entidad, resulta entendible que el legislador haya optado por regular su contenido en el CP, si bien el nivel de detalle al que llega resulta excesivo, debiendo advertirse que las obligaciones de cumplimiento normativo de la entidad vendrán integradas, no sólo por las leyes penales, sino también por aquellas leyes administrativas, civiles o mercantiles que, en atención al tipo de entidad de qué se trate y a la actividad que desarrolle, deben ser, igualmente respetadas para no incurrir en niveles de riesgos excesivos que puedan materializarse en la comisión de ilícitos penales.

²⁵⁸⁰ GALLEGU SOLER, J-I., "Criminal compliance y proceso penal...ob. cit., p. 200.

²⁵⁸¹ Esta es la propuesta de GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., p. 282, según quien las Circulares de la FGE constituirían un instrumento normativo "más rápido, sencillo y efectivo (...) ajustándose a las necesidades de la lucha contra la criminalidad empresarial -fenómeno que se ha demostrado dinámico- que un Código sobresaturado de cambios legislativos".

²⁵⁸² Preámbulo L.O. 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del CP.

5.2.- La verificación de la eficacia de los programas de cumplimiento por un auditor independiente. La figura del *compliance auditor*

El programa de prevención delictiva o de cumplimiento normativo, para atenuar o eximir la responsabilidad de la persona jurídica debe ser eficaz. En este sentido, el CP emplea el adjetivo “*eficaces*” para referirse a las medidas de prevención y descubrimiento de delitos como circunstancia atenuante (art. 31 quáter d) CP), mientras que señala como circunstancia que eximiría a la persona jurídica de responsabilidad, el haber adoptado y ejecutado “*eficazmente*” un modelo de organización y gestión “*adecuado*” para prevenir delitos o para reducir el riesgo de su comisión (arts. 31 bis 2.1º y 31 bis 4 CP). Si se acude a la terminología empleada por las legislaciones extranjeras, así como a los estudios doctrinales sobre los modelos de cumplimiento penal, también se observa que resulta habitual la referencia a la eficacia de las medidas de prevención delictiva. De ahí la extendida denominación anglosajona que se refiere a los programas de prevención delictiva como *effective compliance programs*.

Pues bien, estas referencias a la eficacia indican que no es suficiente con que la persona jurídica cuente con el diseño, sobre el papel, de un programa de cumplimiento, sino que el mismo habrá de ser idóneo para prevenir los específicos riesgos delictivos inherentes a la actividad que la misma desarrolla, adecuado a la estructura organizativa y al tamaño de la entidad y que, además, habrá de estar implementado de forma efectiva en la estructura societaria, es decir, debe encontrarse vigente en todos los procesos de la entidad, tanto a nivel estratégico como a nivel operativo, haciendo partícipes del mismo a todos los miembros de la organización²⁵⁸³. Por consiguiente, los programas meramente formales o estéticos, también denominados programas de maquillaje, *windows-dressing* o *make up programs*, no atenuarán ni excluirán la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁵⁸⁴.

Sin embargo, la eficacia del programa tampoco puede asimilarse a su infalibilidad en la prevención y evitación de los delitos²⁵⁸⁵. Hay que buscar, por lo tanto, un nivel apropiado de exigencia, de tal forma que su efectiva implementación permita mantener los riesgos delictivos bajo un umbral jurídicamente aceptable y ponga de manifiesto que la entidad ha empleado la diligencia debida o jurídicamente exigible, en atención a las concretas actividades que desarrolla, a su particular fisonomía y a las concretas circunstancias que rodearon el hecho delictivo, a pesar de lo cual es posible que, el

²⁵⁸³ Sobre este particular, afirma GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 176, que “*el término eficaz debe interpretarse como eficacia ex ante –en lo relativo a la tipicidad objetiva- y como vigencia –en lo relativo a la culpabilidad-*”.

²⁵⁸⁴ En este sentido, COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma...ob. cit., p. 62, sostiene que, a pesar de que la regulación no establece criterios para determinar la eficacia de los *compliance*, parece claro que la misma dependerá tanto de su configuración inicial como de su aplicación y ejecución adecuada.

²⁵⁸⁵ En el mismo sentido, las *U.S.S.G.* §8B2.1. (a) disponen lo siguiente: “*the failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct*”.

delito que intentaba prevenirse haya sido cometido, por algún miembro de la entidad, que ha logrado sortear los controles de la organización. En este sentido, se afirma que la eficacia de los modelos de prevención no supone anular absolutamente el riesgo de comisión de delitos, sino mantenerlo en un nivel aceptable²⁵⁸⁶.

La regulación del CP, sobre el contenido de los programas de cumplimiento, permite realizar una verificación *ex ante* de su eficacia lo que, indudablemente, otorga seguridad a las personas jurídicas a la hora de diseñar e implementar las medidas legales de prevención delictiva, así como a la hora de conocer los efectos que la implementación de tales medidas tendrá si, eventualmente, la entidad se ve envuelta en la comisión de un delito o resulta encausada en un proceso penal. Aun así, cada persona jurídica debe valorar, desde una perspectiva *ex ante*, la suficiencia y la vigencia de sus medidas de control y, posteriormente, el Juez deberá valorar, según su prudente arbitrio y aplicando a tal fin las reglas de la lógica, de la experiencia, de la razón, así como de las ciencias y técnicas especializadas, si tales medidas eran objetivamente eficaces para prevenir el delito cometido y si se encontraban en vigor en el momento de su comisión.

Ahora bien, al no existir, en España, ningún procedimiento de verificación *ex ante* de la eficacia de los programas de cumplimiento, ni estándares jurisprudenciales consolidados sobre qué ha de entenderse por control debido, y siendo normalmente los mecanismos de control de riesgos penales de carácter técnico y específicos para cada rama de actividad, se obliga al órgano judicial a tener que recurrir a peritos expertos, de cuyo informe, previsiblemente, dependerá, en último término, la valoración del programa de cumplimiento como eficaz. Surge aquí la cuestión del carácter científico de la prueba, singularmente de ciertos medios, como la suministrada por expertos y peritos y su compatibilidad con el principio de libre valoración de la prueba. Sobre esta cuestión, afirma VÁZQUEZ SOTELO que el Juez debe controlar el grado de aceptación de las conclusiones de los peritos, así como la razonabilidad y fiabilidad de los procedimientos de análisis realizados, ya que, “*si al perito toca resolver un problema científico, o una duda técnica, al juez corresponde resolver el problema del proceso, que es siempre un problema humano y de proyección social*”²⁵⁸⁷.

Por su parte, las regulaciones chilena e italiana prevén una suerte de procedimiento de verificación que permite certificar la validez y eficacia del programa en cuestión²⁵⁸⁸. La posibilidad de que la eficacia de los *compliance* sea auditada, o certificada *ex ante* por organismos especializados, públicos o privados, independientes de la entidad, supone un plus de seguridad jurídica para las personas jurídicas, en tanto que permite reducir la excesiva disparidad entre los órganos judiciales encargados de valorar su eficacia²⁵⁸⁹.

²⁵⁸⁶ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 176.

²⁵⁸⁷ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado*...ob. cit., pp. 470-479, esp. 478-479.

²⁵⁸⁸ En el caso de Italia, el procedimiento de verificación se regula en los arts. 5, 6 y 7 D. 26 de junio de 2003, núm. 201, *Regolamento recante disposizioni regolamentari relative al procedimento di accertamento dell'illecito amministrativo delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, ai sensi dell'articolo 85 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231*, mientras que en el caso de la República de Chile aparece en la propia ley reguladora de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 4º.4 b) Ley 20.393).

²⁵⁸⁹ COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma...ob. cit., p. 62.

Sin embargo, tal externalización y tecnificación en la valoración de un elemento clave para apreciar la responsabilidad penal de las personas jurídicas puede implicar riesgos serios para la independencia e imparcialidad judicial a la hora de valorar libremente las pruebas que las partes le presentan. En este sentido, “*es necesario estar precavido para no caer en los “excesos del cientifismo” de la prueba*”²⁵⁹⁰.

En cualquier caso, con la actividad de certificación o verificación de la eficacia de los programas de cumplimiento surge la figura del auditor de *compliance*, cuyas funciones pueden ser desarrolladas por una persona individual (*Chief audit y/o Compliance Officer*) o por una entidad especializada en *compliance*, normalmente, una sociedad de auditoría o consultoría empresarial. Una posibilidad es que tales servicios sean internalizados por la entidad, integrando en su equipo al personal encargado de supervisar el programa de cumplimiento. En tal caso, se exige, de ordinario, que el organismo encargado del programa, goce de autonomía frente al órgano de administración de la entidad. Ahora bien, también es posible, y será lo habitual, cuando menos en las pequeñas y medianas empresas, que estos servicios sean contratados con un asesor externo, lo que se valora como especialmente adecuado por la independencia de la que, en principio, tal sujeto goza en relación con la entidad, que vendría a reforzar las garantías de imparcialidad, en su función de valoración de los riesgos delictivos de la entidad, así como de la efectividad de sus medidas de control interno en orden a prevenirlos.

Así pues, en Italia, los programas son diseñados de conformidad con los códigos de conducta confeccionados por asociaciones representativas del sector al que pertenece la entidad en cuestión. Tales asociaciones representativas comunican el código al Ministerio de Justicia para que éste, a través del Director General de la Justicia Penal, lo examine y valore su adecuación a los requerimientos legales contenidos en el D. Lgs. 231. El Director General de la Justicia Penal, previa consulta con los otros Ministerios competentes, y pudiendo valerse del asesoramiento de expertos en administración, dirección y organización de empresas, comunicará, en su caso, a la asociación representativa del sector, las observaciones sobre la idoneidad del código para que, en su caso, ésta incorpore los cambios pertinentes o, en otro caso, convalidará el código, que servirá de base para la elaboración de los programas de las personas jurídicas que operan en el sector²⁵⁹¹.

Por su parte, la ley chilena, prevé, que el sistema de prevención que deberán adoptar las personas jurídicas sea objeto de verificación, señalando que éstas “*podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos*”, especificando, el certificado expedido, que dicho modelo contempla los requisitos establecidos por la ley, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica (art. 4.4. b) Ley 20.393). Tales certificados “*podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan*

²⁵⁹⁰ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado...* ob. cit., pp. 477-478.

²⁵⁹¹ Este procedimiento aparece regulado en los arts. 5, 6 y 7 D. 26 de junio de 2003, núm. 20, ya citado, sobre las disposiciones reglamentarias para el procedimiento de enjuiciamiento de la responsabilidad de los entes por la comisión de delitos.

cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador” (art. 4.4. b) Ley 20.393). Se establece, de esta forma, la necesidad de que determinadas entidades privadas se registren ante la SVS, organismo análogo a la CNMV en España, para poder emitir certificaciones sobre los programas de cumplimiento que han adoptado las entidades y que se sometan a su consideración²⁵⁹².

Esta colaboración público-privada en la certificación de los modelos de prevención de delitos presenta el riesgo de que existan conflictos de intereses entre las entidades certificadoras, que muchas veces son asesorías, consultorías o auditoras, y las empresas que pretenden certificar sus programas. Por eso, resulta muy adecuada, aunque quizás excesivamente limitada, la incompatibilidad, señalada en una norma dictada por la propia SVS, en la que se prohíbe a las sociedades certificadoras emitir certificados en favor de sociedades a las que previamente han asesorado en relación con el diseño e implementación del modelo de prevención, así como en favor de otras relacionadas o del mismo grupo que aquéllas o de las que integran un grupo empresarial con la propia entidad certificadora²⁵⁹³.

En España, tal y como se indicó *ut supra*, no se ha regulado legalmente la posibilidad de que los programas de cumplimiento sean auditados. En cualquier caso, resulta digno de mención, en este sentido, la labor de la Asociación Española de Certificación y Normalización (AENOR), que es una entidad privada sin ánimo de lucro y que ha publicado, al respecto, un documento titulado *Sistemas de gestión de riesgos para la prevención de delitos en las organizaciones*. En tal informe, AENOR indica que se trata de “*un modelo que incluye requisitos auditables para prevenir la comisión de actos constitutivos de delitos que puedan cometerse bajo la cobertura de la persona jurídica y que lleven aparejada responsabilidad penal para la misma, así como reparar y disminuir los efectos de los delitos cometidos y con ello ayudar a reducir la responsabilidad penal de las empresas y organizaciones y de sus administradores y responsables legales, a través del uso de la mejora continua. Este sistema incluye la comprobación por parte de un equipo experto de auditores del cumplimiento de los requisitos, de la implantación y mantenimiento efectivo del sistema*”²⁵⁹⁴.

En todo caso, tales certificaciones “*no pueden ser por sí mismas una constatación de que se ha adoptado un modelo de prevención idóneo y eficaz*”²⁵⁹⁵, sino que habrá que comprobar si, atendidas las concretas circunstancias del caso, el programa en abstracto y su efectiva implementación en la entidad resultaban *ex ante* medidas idóneas para evitar

²⁵⁹² Así pues, actualmente, existen más de una veintena de entidades habilitadas como certificadoras de los modelos de prevención de delitos, cuyos servicios pueden ser solicitados a través de la web de la SVS, <http://www.svs.cl/institucional/servicios/certificados/emision.php>, por un precio cercano a los 5000 dólares.

²⁵⁹³ Sección III, norma 302, de 25 de enero de 2011, emitida por la SVS que establece normas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos a que se refiere la Ley 20.393.

²⁵⁹⁴ Así lo señala Salvador Román, Gerente de responsabilidad social de AENOR, en el informe sobre transparencia disponible en http://www.transparencia.org.es/Seminario_Prevenici%C3%B3n_corrcc_sector_privado/Ponencias/Salvad_or_Rom%C3%A1n.pdf, última consulta 10/05/2015

²⁵⁹⁵ GALLEGO SOLER, J-I., “Criminal compliance y proceso penal...ob. cit., p. 225.

el delito cometido. En suma, cabe afirmar que no será posible verificar la concreta eficacia del programa hasta que el delito se ha cometido, debiendo de diseñarse el plan de prevención desde una perspectiva *ex ante*, mientras que, evidentemente, la responsabilidad se determinará desde una perspectiva *ex post*²⁵⁹⁶, de lo que se deriva una inevitable dosis de inseguridad en cuanto a su eficacia para prevenir los riesgos que, finalmente, se han materializado en resultado lesivo y, por ende, en cuanto a su efectividad para evitar la responsabilidad penal de la entidad.

Por otra parte, el auditor del programa, tal y como se señaló *ut supra*, podría ser llamado al proceso como perito, para declarar, en abstracto, sobre las características del programa de cumplimiento que acreditan su eficacia en la prevención y detección de delitos o, incluso, si ha participado directamente, bien como diseñador del programa, o bien como vigía de su cumplimiento, en calidad de testigo-perito, para deponer sobre cómo, en el caso concreto, la entidad implementó de forma eficaz el programa, difundándolo efectivamente entre sus agentes y empleados, sancionando los incumplimientos del mismo y reaccionando adecuadamente ante las denuncias o sospechas de comisión de delitos. El hecho de que sea citado como perito o como testigo-perito dependerá de su relación con los hechos sobre los que es llamado a declarar que, seguramente, vendrá, al menos en parte, determinada por su mayor o menor integración en el organigrama de la entidad o por su implicación en el diseño e implementación del programa de cumplimiento antes de existir ningún proceso penal en marcha.

5.3.- La relevancia de los programas en la responsabilidad del ente o la utilidad de su implementación

La relevancia de los *compliance* como objeto de prueba en el proceso viene determinada por los efectos que la ley aparea a la implementación de tales programas en lo que a la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se refiere, así como en la individualización de las penas que, en su caso, les correspondan. Antes de la reforma introducida por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, los efectos de los *compliance* en la responsabilidad de las personas jurídicas eran una cuestión muy debatida en el seno de la doctrina²⁵⁹⁷. Ahora, con la nueva regulación, la cuestión ha quedado más clara, en tanto que el CP precisa en qué casos y con qué requisitos la existencia de un programa de cumplimiento tiene efectos eximentes o meramente atenuantes, así como

²⁵⁹⁶ GOÑI SEIN, J. L., “Programas de cumplimiento empresarial...ob. cit., pp. 374-375.

²⁵⁹⁷ Así pues, mientras la mayor parte de la doctrina, entendía que, la adopción de un programa de cumplimiento normativo eficaz, antes de la comisión del delito, tendría una eficacia eximente, a pesar de una falta de previsión legal expresa al respecto (Destacan, en este sentido, las opiniones de GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 32 y 83; TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso...*ob. cit., p. 92; VELÁZQUEZ VIOQUE, D., “Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?”, *Diario La Ley*, núm. 7794, 9 de febrero de 2012; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “La persona jurídica como sujeto...ob. cit., p. 52). Otra sector doctrinal, atendiendo a la literalidad del CP, limitaba el efecto de tales programas, al de una mera atenuación de responsabilidad (SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit., p. 31; DEL MORAL GARCÍA, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal...*ob. cit., pp. 16-17).

cuál ha de ser el contenido de tales sistemas de organización y gestión orientados a prevenir la comisión de delitos.

5.3.1.- Los programas de cumplimiento normativo antes de la entrada en vigor de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo.

Para entender el porqué de la reforma legal en este punto, puede resultar interesante reflejar el debate doctrinal previo, sobre la eficacia de los programas de cumplimiento, que se produjo en relación con la regulación anterior. La anterior redacción del CP no hacía referencia directa a los programas de cumplimiento normativo, ni contemplaba su eficacia eximente, limitándose a prever, como circunstancia atenuante, el “*haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica*” (derogado art. 31 bis 4 CP y actual art. 31 quáter d) CP). Pues bien, a la luz de aquella regulación, cabía interpretar que la existencia y efectiva implementación de un programa de cumplimiento o, en términos más generales, de medidas eficaces para prevenir y descubrir ciertos delitos, tendría un efecto meramente atenuante, cuando hubiesen delinquido los sujetos apicales, mientras que si fuesen los subordinados los presuntos autores del delito, tal prueba podría servir de indicio del cual deducir que, en el caso concreto, no se había producido un indebido control sobre la actuación de los subalternos. Con tal interpretación, en vista de los requisitos típicos del antiguo art. 31 bis 1 II CP, que exigía que los subalternos hubiesen “*podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso*”, la existencia y efectiva implementación de tales medidas preventivas, de forma previa a la comisión del delito, implicaría la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica por los delitos perpetrados por los subalternos²⁵⁹⁸.

En definitiva, con la regulación anterior, en el primer supuesto, cuando delinquieren los representantes o administradores, la implementación de los programas de cumplimiento constituiría meramente una atenuante y no una eximente de responsabilidad²⁵⁹⁹, ya que si hubiesen delinquido los altos cargos de la entidad, la ausencia de debido control no se erigiría en elemento constitutivo de la responsabilidad de la persona jurídica. El motivo radicaría en que, de la mera comisión de un determinado delito por un representante o administrador de la persona jurídica, en su nombre o por su cuenta y en su provecho, se

²⁵⁹⁸ En este sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 33, que si una empresa tiene mecanismos de prevención y de reacción frente al delito reales y efectivos, que prevén la denuncia de los empleados y que, tras detectar el delito los ejecutan, debe entenderse que la entidad prestó el cuidado debido mediante un control reactivo, por lo que no cabe imputarle responsabilidad penal por el delito cometido por sus agentes al faltar el requisito típico del art. 31 bis 1 *in fine* CP, anterior a la reforma del año 2015, consistente en no haberse ejercido sobre los subalternos el debido control. Con la regulación vigente este requisito ha pasado a definirse en positivo, exigiéndose el *incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control* (art. 31 bis 1 b) CP).

²⁵⁹⁹ En esta línea, GOÑI SEIN, J. L., “Programas de cumplimiento empresarial...ob. cit., pp. 372-374, descarta la eficacia eximente del programa cuando el delito es cometido por un *top manager* ya que, en tal caso, el acto del directivo se presenta conectado de forma inescindible al actuar de la entidad.

podría deducir, cuando menos indiciariamente, la culpabilidad de la persona jurídica. Desde esta perspectiva, la doctrina del *alter ego*, parte de que la actuación de un sujeto apical se considera expresión, directa o indirecta, de la política social del ente promovida por su vértice²⁶⁰⁰.

Sin embargo, las críticas a tal régimen de responsabilidad, entendido como un régimen de responsabilidad por el hecho ajeno, incompatible con el principio de culpabilidad, o como un régimen de responsabilidad objetiva, constitucionalmente inadmisibles, no se hicieron esperar²⁶⁰¹. Para enmendar la literalidad del CP, que no contenía ninguna referencia a la omisión del control debido en el caso de que delinquieren los representantes o administradores, ni preveía forma alguna de exención de responsabilidad para la persona jurídica, ante delitos cometidos por sus miembros, parte de la doctrina optó por interpretar la expresión “*por cuenta*” de la persona jurídica como una exigencia de que la actuación delictiva constituyese una manifestación de la política empresarial²⁶⁰², sosteniendo así que la culpa organizativa vendría determinada, en todo caso, por la organización defectuosa de la entidad, que tendría una cultura tendente o propicia al incumplimiento de la legalidad²⁶⁰³.

Así mismo, parte de la doctrina encontró en el actualmente derogado art. 31 *bis* 4 CP (actual art. 31 quáter d) CP), que establecía la eficacia atenuante de tales programas, una causa de exención de la responsabilidad de las personas jurídicas que se aplicaría, asimismo, a los delitos cometidos por los sujetos apicales. Tal interpretación, según SILVA SÁNCHEZ, se apoyaba en tres argumentos: i) Literal: en tanto existiendo tal programa podría afirmarse que en el seno de la persona jurídica se ha “*ejercido el debido control*”; ii) Teleológico: en tanto que responsabilizar a la entidad a pesar del programa contravendría el principio de culpabilidad “(*mejor: de responsabilidad por un estado de cosas propio*)” y, iii) Sistemático: en tanto que si la adopción de un modelo para prevenir delitos con posterioridad a la comisión del mismo, y antes del juicio oral, atenúa la responsabilidad, su adopción antes de la comisión del delito debiera ser considerada una exigencia de tal responsabilidad²⁶⁰⁴.

Ahora bien, en mi opinión, el argumento literal sólo resultaría aplicable para el caso de que fuese un subordinado el que cometiese el delito en cuestión, en tanto que sólo en tal caso la omisión del debido control constituía un elemento constitutivo del ilícito penal imputable a la entidad²⁶⁰⁵. El argumento teleológico respondería a una lectura del texto ligada a precomprensiones hermenéuticas sobre el modelo de responsabilidad por el

²⁶⁰⁰ RIGO, F., “Il giudizio”...ob. cit., p. 362.

²⁶⁰¹ FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Algunas consideraciones críticas sobre...”ob. cit., p. 12.

²⁶⁰² En esta línea, se pueden ver, entre otras, las aportaciones de DE LA MATA BARRANCO, N. J.; “La responsabilidad penal de...”ob. cit., p. 75; Por su parte, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 18, entiende que el requisito de la actuación en nombre o por cuenta, indica, simplemente, que tal individuo realizó su conducta en tanto que administrador o representante de la entidad.

²⁶⁰³ Así pues, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...”ob. cit., pp. 167-171, tras exponer diversas teorías referidas a la culpabilidad propia de las personas jurídicas, se decanta por entenderla como una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Concepto que el autor ya había desarrollado en una obra anterior *La culpabilidad penal de la...*ob. cit., pp. 261 y ss.

²⁶⁰⁴ SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La responsabilidad penal de las personas...”ob. cit., p. 31.

²⁶⁰⁵ GOÑI SEIN, J. L., “Programas de cumplimiento empresarial...”ob. cit., pp. 372-374.

hecho propio²⁶⁰⁶, en tanto que exigiría una culpabilidad propia de la entidad, que además se vincularía, en particular, a la existencia o inexistencia de un programa de cumplimiento, lo cual no tendría, en mi opinión, ninguna base positiva en la que sustentarse. Por su parte, el argumento sistemático, que era el más extendido en la doctrina²⁶⁰⁷, resultaría, a mi entender, carente de fundamento. Así pues, la generalización de tal interpretación podría conducir a resultados irrazonables. El hecho de que la adopción de tales medidas preventivas tras la comisión del delito tuviese efectos atenuantes, no era suficiente para considerar que su adopción, de forma previa a la comisión del delito, condujese a eximir a la persona jurídica de responsabilidad, al igual que la previsión de la reparación del daño como atenuante de la responsabilidad, no conduce a entender que la constitución, previa a la comisión de un delito, de una provisión de fondos para hacer frente a los eventuales daños derivados de acciones delictivas futuras, debiera suponer una exención de responsabilidad.

El hecho de que la adopción *posdelictiva* de medidas para prevenir delitos que en el futuro pudieran cometerse venga prevista como circunstancia atenuante, tiene una clara finalidad, cual es la de incentivar a la persona jurídica, en cuyo seno se sospecha que se ha cometido un delito, a que implemente los medios oportunos para evitar la reiteración delictiva. Ahora bien, si el legislador quisiera atribuir eficacia eximente a la existencia de un programa de cumplimiento, coetáneo a la comisión del delito, debería disponerlo expresamente como, finalmente, ha hecho a través de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo²⁶⁰⁸.

5.3.2.- Los programas de cumplimiento normativo y su eficacia eximente de acuerdo con la regulación vigente

Por su parte, la regulación del CP, vigente desde el 1 de julio de 2015, manteniendo unos criterios de imputación similares a los de la normativa anterior, introduce expresamente la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad si prueba que ha puesto toda la diligencia debida para evitar el delito cometido²⁶⁰⁹. Esta

²⁶⁰⁶ En opinión de SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit., p. 31, el entendimiento de los programas de cumplimiento, adoptados de forma previa a la comisión del delito, como causa de exención de responsabilidad, partiría de una interpretación del texto condicionada por la conceptualización del mismo como un modelo de responsabilidad por el hecho propio, cuando, en realidad, el legislador habría implantado un modelo de transferencia.

²⁶⁰⁷ En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 174-175, sostiene que el fundamento de la culpabilidad de las personas jurídicas debe hallarse en las circunstancias atenuantes y, concretamente, en la única que puede resultar pre-delictiva, pudiendo llegar a constituir en tal caso una circunstancia eximente de su responsabilidad.

²⁶⁰⁸ En este sentido, la regulación actual si ha optado por establecer expresamente la eficacia eximente del programa de cumplimiento que contenga ciertos requisitos expresados en la ley (arts. 31 bis 2 y 4 CP), especificándose, además, que si tales requerimientos pueden acreditarse sólo parcialmente, la existencia del modelo será valorada a efectos de atenuación de la pena (art. 31 bis 2 *in fine* CP).

²⁶⁰⁹ Antes de la citada reforma legal del año 2015, el CP no señalaba ninguna posibilidad de exención para la persona jurídica, contemplándose la existencia de medidas eficaces para prevenir y detectar los delitos como una mera atenuante (art. 31 quáter d) CP). A pesar del silencio de la legislación en este punto, parte de la doctrina, venía interpretando, tal y como finalmente ha previsto el legislador, que la adopción de tales medidas, de forma previa a la comisión del delito, sí tenía eficacia eximente para la

novedad ha supuesto la sustitución del régimen de transferencia, inicialmente previsto, por un sistema de responsabilidad por el hecho propio. Con este nuevo régimen de responsabilidad, la persona jurídica que cuenta con una organización comprometida con la prevención delictiva en el momento de cometerse el delito queda exenta de responsabilidad. Así pues, aunque el hecho de referencia imputable a un miembro de la entidad continúa siendo un elemento constitutivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica sobre el cual es preciso practicar la pertinente prueba de cargo, tal actuación delictiva ya no se erige en fundamento de la culpabilidad del ente, sino que se trata tan sólo de un presupuesto de su responsabilidad²⁶¹⁰.

Esta nueva regulación, importada del ordenamiento italiano, refuerza el valor de los *compliance*, otorgándoles una eficacia eximente, tanto cuando quien actúa es un sujeto apical, como cuando se trata de un subordinado, lo que supone un cambio importante en relación con el modelo anteriormente vigente en España. Ahora bien, a pesar de que el programa de cumplimiento puede suponer la exención total de responsabilidad de la entidad en ambos casos, se mantienen diferencias en función de si delinque un sujeto apical o un subalterno, que se reflejan en una distribución distinta de la carga de la prueba en uno y otro supuesto, así como en una cierta modulación de los principios de valoración de la prueba por parte del juzgador. Aunque esta cuestión se tratará más detenidamente en el apdo. 5.5.6 de este mismo epígrafe, es posible adelantar aquí que, cuando delinquen los apicales, la posibilidad de la persona jurídica de quedar exenta de responsabilidad depende enteramente de que consiga probar que contaba con medidas adecuadas para prevenir el delito cometido, mientras que, cuando delinquen los subalternos, será la acusación la encargada de probar que ha habido un incumplimiento grave de los deberes de control de la entidad sobre la actividad de los subalternos y sobre los riesgos propios de su actividad. En definitiva, con el objeto de escapar de un modelo de responsabilidad objetiva contrario al principio de culpabilidad penal, se ha optado, para el caso de que los presuntos autores del delito sean sus dirigentes, por dar a la persona jurídica la posibilidad de quedar exenta si prueba que actuó diligentemente y que el presunto autor del delito eludió sus controles, mientras que para el caso de que sea un subordinado el presunto autor del delito, es la acusación la que debe probar que tal actuación delictiva ha sido posible por un incumplimiento grave de los deberes de control de la entidad.

Como consecuencia del sistema de imputación que se acaba de describir, para el caso de que sean los subalternos los presuntos autores del delito, la entidad, una vez que la acusación ha probado los hechos en que se funda su responsabilidad, para quedar exenta debe acreditar, o bien que no ha incumplido gravemente sus deberes de supervisión, vigilancia y control en relación con el empleado responsable y con el delito supuestamente cometido, o bien que, antes de la comisión del delito, había *“adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión (...) adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”* (art. 31 bis 4 CP). Pero es que además, tal y como se refirió anteriormente, la regulación vigente prevé, así mismo, una *“vía de escape”* para que la persona jurídica pueda quedar exenta de responsabilidad, incluso

persona jurídica por exigencia del principio de culpabilidad; Ver, por todos, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *“La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 174-175.*

²⁶¹⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *“Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal...ob. cit., p. 29.*

cuando quien ha delinquido sea un sujeto con poder de representación, decisión, organización y/o control en el seno de la entidad. Los requisitos que se exigen en este segundo supuesto han sido copiados, de forma prácticamente literal, del D. Lgs 231 italiano, cuyo art. 6 es reproducido de forma prácticamente literal por el art. 31 bis 2 CP²⁶¹¹.

Como se observa con su simple lectura, se trata de requisitos muy estrictos, de difícil prueba, que contienen, incluso, un supuesto de prueba negativa o *probatio diabólica*, consistente en acreditar que no ha habido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de control y vigilancia, encomendadas al organismo autónomo supervisor del modelo de prevención de delitos implementado. Por este motivo, en Italia, se ha criticado mucho este régimen probatorio, que según algunos autores encerraría una suerte de inversión de la carga de la prueba, en el que la persona jurídica, sujeto pasivo del proceso, debe acreditar que ha puesto toda la diligencia debida para evitar la comisión del delito y que, por lo tanto, no es culpable de los delitos cometidos por sus dirigentes²⁶¹². Ahora bien, tampoco falta quien considere que la posibilidad de que la persona jurídica pueda quedar exenta de responsabilidad cuando delinquen sus dirigentes, actuando en su nombre y en su beneficio, se deriva del exceso de celo hipergarantístico, toda vez que, en el hecho doloso o culposo cometido por los sujetos apicales, actuando en el interés o ventaja del ente, existe ya base suficiente para fundar la responsabilidad dolosa de la sociedad²⁶¹³. Y es que, si delinquen o están implicado en el delito los administradores o representantes, cabe asumir que las medidas de control y prevención delictiva resultan, por ese sólo hecho, ineficaces, en tanto que los encargados de prevenir actuaciones delictivas estarían favoreciéndolas o participando activamente en ellas. En esta línea, se argumenta que si el delito ha sido cometido por un administrador o personal de alta responsabilidad de la entidad, que son precisamente los encargados de implementar y evaluar el cumplimiento del programa de prevención, es razonable pensar que tal programa no existe o que, en caso de que exista, es totalmente inefectivo, con lo que es razonable que sea la entidad la que deba probar su existencia y su efectividad²⁶¹⁴.

Aunque el preámbulo de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, pretende presentar la reforma como una mera mejora técnica, que se limita a clarificar y concretar el contenido del control debido²⁶¹⁵, a mi modo de ver, la referida modificación legal vendría a confirmar

²⁶¹¹ Este precepto dispone que “*Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior (es decir, por sujetos con facultades para representar a la entidad y adoptar decisiones en su seno, o bien con poderes de organización y control), la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 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; b) 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; c) los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención, y; d) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b).*”

²⁶¹² FERRUA, P., “Le anomalie del regime probatorio...ob. cit., pp. 1845-1848.

²⁶¹³ DE SIMONE, G., “I profili sostanziali della responsabilità...ob. cit., p. 110.

²⁶¹⁴ Así, lo entiende, GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...*ob. cit., p. 292.

²⁶¹⁵ En este sentido, en el apdo. III señala que “*La reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento*

que con la regulación anterior, el hecho de que la entidad contase con un programa de cumplimiento efectivo, antes de la comisión del delito por uno de sus representantes o administradores, no la exoneraba de responsabilidad. De hecho, ni siquiera con la nueva regulación la mera adopción de medidas eficaces *ex ante* para prevenir el delito tiene efecto eximente. En este sentido, el CP dispone que, una vez constatada la comisión de un delito en el seno de la persona jurídica, cuando el presunto autor pertenezca al *top management* de la entidad, la exención de responsabilidad de la persona jurídica queda condicionada a la acreditación de requisitos muy estrictos, tales como, el ejercicio suficiente de las funciones de vigilancia por parte de los órganos de control o la elusión fraudulentamente por parte del presunto autor del delito de aquellas medidas de control implementadas por la entidad para prevenir su comisión, lo que se ha venido a denominar en la doctrina americana un *rogue employee* o un empleado pícaro.

En todo caso, el sistema vigente permite que las personas jurídicas que cuentan con modelos de organización y control adecuados para prevenir delitos queden exentas de responsabilidad por los delitos cometidos por sus miembros, en su nombre y en su beneficio. Además, el hecho de establecer requisitos adicionales para el caso de que el delito haya sido cometido por un sujeto apical refleja, de algún modo, como los esfuerzos de la entidad para desvirtuar los indicios que sobre su culpabilidad se derivan de las actuaciones de sus miembros, han de ser mayores cuando quien delinque es uno de sus dirigentes y no un mero empleado. En este sentido, cabe afirmar que, cuando delinque un subalterno, la atribución de responsabilidad a la persona jurídica obliga a la acusación a practicar pruebas que pongan de manifiesto que se ha producido un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, infracción de deberes que, en el caso de que quien delinca sea un alto cargo de la entidad, se presume, sin necesidad de practicar prueba de cargo sobre la misma, recayendo en la persona jurídica la carga de desvirtuar tal asunción y, por ende, los indicios sobre su responsabilidad penal.

Resumidamente, cabe señalar que, con arreglo a la regulación actual, el valor de la adopción de un modelo de prevención de delitos produciría los siguientes efectos:

- En primer lugar, para el caso de que hubiese delinquido un sujeto apical, si además de haberse adoptado un modelo de organización y gestión con todos los requerimientos legales, quedasen acreditadas el resto de circunstancias señaladas en el art. 31 bis 2 CP, en particular la atribución de los funciones de vigilancia y control a un organismo con poderes autónomos, el ejercicio debido de tales funciones por parte del citado organismo y la elusión fraudulenta por parte de los presuntos autores del delito de las medidas de control de la organización, la entidad quedaría exenta de responsabilidad.

jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal». Y continúa diciendo que “Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales”.

- En segundo lugar, en el supuesto de que fuese un subordinado el autor del delito base, el programa podría servir como indicio de que, en el caso concreto, no hubo un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control y que, por lo tanto, el delito supuestamente cometido no puede achacarse a la omisión del debido control sobre la que se fundamentaría la culpabilidad organizativa, con lo que tales actuaciones delictivas de los miembros de la entidad no resultarían imputables a la persona jurídica.
- En tercer lugar, el programa de cumplimiento serviría para atenuar la pena de la entidad, consiguiendo lenidad en el trato, tanto en relación con el montante de la multa como en relación con el resto de penas restrictivas de derechos, cuya imposición, según los casos, podría llegar a evitarse. En este sentido, la existencia de medidas eficaces para prevenir delitos que pudieran cometerse en el futuro, esto es, la existencia de un programa de cumplimiento normativo efectivamente implementado y realmente operativo, ya sea de forma anterior o posterior a la comisión del delito, podría implicar que la imposición de penas interdictivas fuese considerada innecesaria, en vista de la no necesidad de prevenir la continuidad delictiva y sus efectos (art. 66 bis 1 CP)²⁶¹⁶.
- Por último, aunque íntimamente ligado con lo anterior, en relación con la adopción de medidas cautelares *contra societatem*, tal y como se señaló en el apdo. 4.3.2.4., del epígrafe V del capítulo 2, el criterio de la necesidad preventivo-especial y el riesgo de reiteración delictiva también serían objeto de valoración, por lo que, existiendo un programa eficaz de prevención de delitos, es posible que la adopción de las medidas cautelares *contra societatem* fuese considerada desproporcionada por innecesaria, al no concurrir el *periculum in mora* consistente en el riesgo de que, en espera del juicio penal, se reiteren las conductas delictivas perseguidas.

La reforma legal implica, desde luego, una mayor seguridad jurídica para las personas jurídicas, tanto en lo relativo a los deberes de control que deben asumir, como en lo relativo a los efectos que la adopción de un modelo de prevención de delitos puede tener en la determinación de su responsabilidad. Además, desde el punto de vista de la política criminal, “*el hecho de que el Juez pueda valorar el programa como prueba supone un gran incentivo para que la persona jurídica se esfuerce en desarrollar un programa capaz de detectar y prevenir las actividades delictivas que puedan, en su seno, producirse*”²⁶¹⁷, con lo que podría afectar positivamente a la función de prevención general del Derecho Penal.

Ahora bien, la nueva regulación no está exenta de críticas. Y una de las primeras que podría hacerse, a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, es que contiene

²⁶¹⁶ En este sentido, se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, J.-M., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit., p. 33; También DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 24, para quien un programa de cumplimiento suficiente e idóneo para evitar la comisión de futuros delitos tendría el efecto de neutralizar la necesidad de imponer penas interdictivas, salvo la de intervención judicial que se podría establecer con la finalidad de supervisar la correcta implantación de dichas medidas.

²⁶¹⁷ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas*...ob. cit., p. 288.

disposiciones sobre organización empresarial interna, que parecen más propias de la legislación mercantil que de un CP. En este sentido, podría resultar técnicamente más correcto, o bien regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas en una ley especial, como en Italia y Chile, o bien diseñar el debido control como una norma penal en blanco, cuyo contenido se complementase, según el tipo de persona jurídica, de actividad social, de riesgo delictivo a prevenir etc. con las correspondientes regulaciones mercantiles o administrativas.

Como consecuencia de la detallada regulación contenida en el CP y, sobre todo, de su carácter técnico, el debido control se objetiva y se hace difícil poder declarar a una persona jurídica penalmente responsable, si cumple con unos requisitos legales de mínimos, lo que, además de restar libertad valorativa al órgano judicial, puede inducir a la entidad a desarrollar el programa únicamente hasta donde le resulte económicamente más eficiente, esto es, hasta el mínimo legal exigido, sin preocuparle realmente si, en la práctica, es útil y efectivo en la detección o prevención de los delitos²⁶¹⁸.

5.4.-La relevancia de los programas de cumplimiento como objeto de prueba

La, tantas veces citada, Circular 1/2011, FGE, relativa a la responsabilidad de las personas jurídicas, resta importancia a la implementación de los programas de cumplimiento en la determinación de la responsabilidad de los entes colectivos. En este sentido, sostiene que *“lo importante será acreditar, y ésta es sin duda una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a las que la misma se refiere”*, a lo que añade que *“si bien es cierto que las compliance guide pueden orientar su forma de actuar en el seno de la corporación, tal extremo resulta circunstancial, por cuanto en el proceso penal se tratará, como siempre, de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas humanas, con independencia de que las mismas obedezcan a un eventual sistema de autorregulación o a la personal forma de hacer del individuo”*²⁶¹⁹. De esta forma, la Fiscalía subestima el valor de los programas de cumplimiento para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por ende, aboga por una suerte de irrelevancia de los mismos como objeto del proceso, siendo lo relevante para enjuiciar a las personas jurídicas, exclusivamente, determinar cómo han actuado las concretas personas físicas que se integran en la entidad, independientemente de la existencia y del contenido de los programas de cumplimiento o del sistema de organización y gestión vigente en la entidad, las pruebas que pretendan practicarse para acreditar este último extremo resultarían impertinentes, al menos en relación con el juicio sobre la responsabilidad de la entidad, quedando relegada su importancia a la individualización de las penas.

²⁶¹⁸ HUFF, B. K., “Note: The Role of Corporate “compliance” Programs...ob. cit., p. 1275, citado en GIMENO SENDRA, V.; GIMENO BEVIÁ, J., “Código de buena conducta de las personas jurídicas”. Dictamen de 18 de abril de 2012 solicitado por el CGAE, p. 41, disponible en <http://www.icava.org/documentacion/persjuridica.pdf>, última consulta 10/08/2015.

²⁶¹⁹ FGE, Circular 1/2011, p. 49.

En contra de la irrelevancia de los programas de *compliance* como prueba cabe esgrimir, por una parte, que los mismos resultan útiles para determinar en qué medida la entidad ha cumplido con los deberes de supervisar, vigilar y controlar la actividad de sus miembros, manteniendo los riesgos de su actividad en niveles jurídico-penalmente aceptables, lo cual podría determinar la ausencia de culpabilidad de la entidad que ha puesto toda la diligencia debida en su función de prevención de delitos²⁶²⁰ o, incluso, la atipicidad de su conducta, en caso de que hubiesen delinquido los subalternos, sirviendo, en tal caso, el programa de cumplimiento como un indicio de que, en el caso concreto, no ha tenido lugar un incumplimiento grave en sus deberes de control²⁶²¹. Asimismo, la implementación de un modelo de organización y gestión eficaz para prevenir delitos se muestra relevante para decretar las necesidades de prevención especial de la persona jurídica, de tal forma que resultará determinante tanto en las decisiones relativas a la adopción de medidas cautelares, como en la determinación de las eventuales penas que se le impongan de resultar condenada, dado que unas y otras toman en consideración la probabilidad de que la conducta delictiva se reitera.

Sin embargo, y aun aceptando que los programas de cumplimiento no resultan irrelevantes como prueba en el proceso penal, hay que ser cauteloso para no dotarlos de una importancia mayor de la que les corresponde. Así pues, hay que evitar que tales programas se conviertan en una prueba absoluta, cuya existencia sirva para blindar a la persona jurídica ante las eventuales responsabilidades penales en que pudiera incurrir. Y es que, de la mera existencia de un programa de cumplimiento no se puede deducir que, para prevenir la comisión de un determinado delito, la entidad ha actuado con la diligencia debida o con la que razonablemente le sería exigible en atención a las circunstancias del caso y a sus posibilidades de actuación. Esta comprobación, así como el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control, tal y como indica la propia ley con la expresión “*atendidas las concretas circunstancias del caso*”, tiene un carácter necesariamente casuístico. Lo determinante para decidir sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el efectivo cumplimiento de los deberes de supervisión y control sobre sus actividades, sin perjuicio de que la existencia de tales programas preventivos sirva para protocolizar o formalizar tales controles y, por ende, como indicio de su existencia y efectividad.

En este sentido, es preciso tomar en cuenta las siguientes consideraciones para evitar, por un lado, que los programas de cumplimiento sean considerados irrelevantes en la determinación de la responsabilidad de la entidad, y por otro, que resulten determinantes en relación con el juicio de reprochabilidad penal respecto de la misma.

- En primer lugar, los programas de cumplimiento, para ser tomados en cuenta por el juzgador, han de ser eficaces, esto es, adecuados para la prevención y detección de

²⁶²⁰ En este sentido, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., pp. 175-176, que “*el hecho de que en una persona jurídica tenga plena vigencia un programa de cumplimiento eficaz en el momento de cometerse el hecho delictivo simboliza una disposición jurídica determinada, una cultura de cumplimiento de la legalidad*” que convierte su conducta en irreprochable o inculpable

²⁶²¹ En este sentido, sostiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica...ob. cit., pp. 141-142, que el injusto propio de la persona jurídica viene dado por el defecto de organización, que ha generado un riesgo por encima del permitido, el cual se ha realizado en un resultado lesivo concreto.

delitos y estar efectivamente implementados en la entidad, lo que implica que sus protocolos y procedimientos de actuación estén siendo aplicados, tanto por sus dirigentes como por sus trabajadores y que sus medidas de control se encuentren vigentes. Se descarta así la relevancia de los programas de maquillaje o meramente formales. Así pues, la entidad no será penalmente responsable si ha ejercido sus funciones de control y prevención con el grado de cuidado, diligencia y pericia que, razonablemente, hubiera ejercido una persona prudente en circunstancias análogas.

- En segundo lugar, la mera existencia de un programa eficaz no puede ser considerada, aisladamente, como circunstancia eximente, en tanto que, habrá que determinar si, en el caso concreto, se omitieron o no los debidos controles, lo que implica, entre otras cosas, acreditar que el programa era eficaz para prevenir los delitos de la especie del que se ha cometido y que el fallo del programa es explicable como un hecho aislado.
- En tercer lugar, en caso de que estén implicados en el delito, precisamente, los encargados de efectuar tales controles –como los administradores, altos directivos o los propios encargados del programa de cumplimiento- resultará evidente que se ha omitido el control debido o, cuando menos, que los controles implementados eran ineficaces, en tanto que es ilógico sostener que, quien comete un delito, dolosa o imprudentemente, ha desplegado la diligencia debida para evitarlo. Por eso, en mi opinión, cuando los encargados de prevenir o evitar la comisión de delitos están implicados, eximir a la entidad de responsabilidad por tener un programa de cumplimiento eficaz encierra un cierto contrasentido que el CP intenta salvar exigiendo, en tal caso, la autonomía del órgano encargado de la prevención delictiva respecto del órgano de administración, así como una actuación del presunto autor del delito tendente a eludir o sortear los mecanismos de prevención delictiva implementados en la organización.
- A mayor abundamiento, cabe señalar, en este punto, que la implementación de un programa de cumplimiento efectivo no debe ser la única vía para demostrar que ha existido un control debido²⁶²², lo cual sería inadmisibles en un sistema de prueba libre, en el que los medios de prueba no se encuentra legalmente tasados o predeterminados. Por eso, considero que, de la inexistencia de tal modelo no debería deducirse, en todo caso, y de forma automáticamente, que el control ejercido sobre los subordinados ha sido insuficiente²⁶²³, en tanto que el propio art. 31 bis 1 b) CP exige que se atienda a las concretas circunstancias del caso, a la hora de valorar si ha existido un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control. Esta interpretación del control debido, que busca alejar la valoración judicial de automatismos, se ve dificultada por la nueva regulación promulgada por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que indica, exactamente, cuál ha de ser el contenido de los programas de prevención delictiva para que tengan eficacia eximente,

²⁶²²En Italia, una vez que se constata la comisión de un delito, en el interés del ente, por un sujeto apical, la única forma de excluir la responsabilidad del ente es haber establecido, antes de la comisión del hecho, un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir los delitos de la especie que se ha verificado (art. 6.1.a) D. Lgs. 231).

²⁶²³En Italia, para los delitos cometidos por dependientes la adopción de tal modelo excluye, en todo caso, la inobservancia de las obligaciones de dirección o vigilancia (art. 7.2 D. Lgs. 231) y, por ende, la responsabilidad del ente que depende de esa omisión de control (art. 7.1 D. Lgs. 231)

impidiendo al juzgador valorar libremente si, en el caso concreto, el delito se ha visto favorecido por el incumplimiento relevante de los deberes de control que corresponden a la persona jurídica.

En definitiva, una vez rechazada la posibilidad de que los programas de cumplimiento sean legalmente irrelevantes, o impertinentes como objeto de prueba, y tras descartar una defensa exacerbada del programa, cabe concluir que el Juez deberá valorar, junto con el resto de pruebas, y atendiendo al principio de libre valoración de las mismas, la existencia de un programa de cumplimiento, sin que tal prueba resulte irrelevante ni tampoco concluyente o autosuficiente, en orden a enjuiciar la responsabilidad penal de la entidad²⁶²⁴. En este sentido, el hecho de que el CP especifique, detalladamente, cuál ha de ser el contenido del programa de organización y gestión, señalando que, de no acreditarse todos y cada uno de los extremos referidos en la ley, el programa tendrá una eficacia meramente atenuante, tiende a objetivar el juicio sobre la responsabilidad de la entidad, restando libertad al juzgador para realizar un verdadero juicio jurisdiccional que atienda a la materialidad o la reprochabilidad de la conducta empresarial, y no al cumplimiento formal de los referidos requerimientos legales.

5.5.-Los medios probatorios idóneos para introducir los *compliance* en el proceso

Retomando la conclusión recién alcanzada, cabe señalar que, más allá de los efectos, eximentes y/o atenuantes que se le deban atribuir a la efectiva implementación de un programa de cumplimiento normativo, debe quedar meridianamente claro que tales programas son relevantes como objeto de prueba. Por consiguiente, los medios probatorios tendentes a acreditar, no solo su existencia, sino también su efectiva implementación en el seno de organización, así como su eficacia preventiva en relación con el delito enjuiciado, deberán ser considerados pertinentes y, por lo tanto, en principio, debieran ser admitidos como aptos para determinar la responsabilidad de la persona jurídica acusada.

Dicho esto, a continuación, parece adecuado referir aquellos medios probatorios que, *a priori*, resultan más adecuados para introducir en el debate procesal los programas de cumplimiento normativo y acreditar su existencia, su vigencia y su eficacia. Así pues, en primer lugar, el programa de cumplimiento deberá ser aportado al proceso como prueba documental, en tanto que deberá encontrarse documentado²⁶²⁵. En tal soporte, figurará, de ordinario, el código ético de la entidad, su mapa de riesgos delictivos, el diseño de su modelo de organización y gestión preordenado a evitar delitos, los protocolos de actuación orientados a prevenir y detectar la comisión de ilícitos, los procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas, la configuración y las funciones del organismo encargado del funcionamiento del programa, el sistema disciplinario, el diseño de un canal de denuncias, las labores de comunicación y

²⁶²⁴ GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas...* ob. cit., p. 288.

²⁶²⁵ Así lo aprecia GALLEGU SOLER, J-I., "Criminal compliance y proceso penal..." ob. cit., p. 223.

formación diseñadas para dar a conocer el modelo entre los distintos agentes que se relacionan con la entidad, así como el sistema según el cual se actualizará y adaptará el programa a los cambios en la organización de la entidad o a los que, de otro modo, afecten a la determinación de los riesgos a prevenir.

Sin embargo, a pesar de su innegable utilidad, la aportación documental del programa en cuestión no puede ser considerada suficiente para verificar la efectividad del mismo. Esta insuficiencia se debe a que, la eficacia del programa se deriva, no sólo de su configuración genérica, sino también de su efectiva y concreta implementación en la estructura del ente²⁶²⁶. Por lo tanto, para que se aprecie su eficacia atenuante no basta con el establecimiento abstracto de un conjunto de declaraciones programáticas sobre el compromiso de la entidad con la cultura de cumplimiento del Derecho, ni siquiera con la previsión de prevenciones y controles concretos, sino que se exige la efectiva implementación o puesta en práctica de tales controles y la adaptación de la actividad del ente, a nivel directivo, organizativo, financiero y operacional, a las reglas o protocolos diseñados y preordenados a neutralizar, en la medida de lo jurídicamente exigible, los riesgos delictivos propios de su desempeño²⁶²⁷.

En este sentido, resulta esencial el archivo y registro documental de la actividad de *compliance*, esto es, de las concretas medidas de prevención y control que la entidad implemente, de la información que haya recabado a través de su sistema de denuncias, de las investigaciones internas desarrolladas a raíz de tales revelaciones²⁶²⁸, así como de la que genere, en su caso, la aplicación de su sistema disciplinario. Igualmente, es preciso documentar la actividad del organismo encargado de la supervisión y vigilancia del sistema, reflejada a través de los informes de auditoría interna, de las revisiones periódicas del modelo o de su adaptación ante cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad del ente, de las actividades que desarrolle la entidad para formar a sus empleados en la cultura de *compliance*, tales como manuales de formación, cursos etc., así como de la reacción interna de la empresa ante la comisión de delitos en términos de rapidez de detección, aseguramiento de pruebas y, en su caso, puesta en conocimiento de las autoridades²⁶²⁹.

²⁶²⁶ Ídem., p. 221, donde afirma el autor que “se trata de valorar tanto la configuración del modelo de prevención de delitos (análisis formal del programa de cumplimiento) como su correcta implementación (análisis material)”.

²⁶²⁷ En esta línea, VELÁZQUEZ VIOQUE, D., “Responsabilidad penal de las empresas...ob. cit., sostiene que, una vez efectuado el diagnóstico, resulta necesaria la documentación del conjunto de medidas de prevención y detección de delitos, debiendo aportarse tal protocolo al Juzgado como prueba documental que permite verificar el control debido, sin perjuicio de la aportación como pericial del informe de un experto independiente que corrobore la virtualidad de dicho protocolo y, ante todo, que los controles verdaderamente están implementados y funcionan en el momento presente.

²⁶²⁸ Como apunta, NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing...ob. cit., la información que se genera a través del canal de denuncias, así como los resultados de las investigaciones que la entidad decida emprender internamente a raíz de las mismas, podrían reflejar un historial de la vida delictiva de la persona jurídica, cuyo aporte voluntario al proceso podría servirle para atenuar su responsabilidad, o incluso como circunstancia eximente si prueba que, a pesar del delito cometido por alguno de sus empleados, la entidad desplegó el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

²⁶²⁹ También GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...*ob. cit., p. 147, se refiere a la importancia de practicar prueba sobre este último aspecto referido a las medidas reactivas de la entidad ante la comisión de una infracción; Igualmente, entiende GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 177, que “la persona jurídica que detecta la comisión de un hecho

Todas estas actividades implican un trabajo operativo y burocrático que debe ser objeto de archivo documental, siendo el encargado natural del mismo el organismo que tiene encomendada la función de supervisión del modelo de prevención. Así pues, si la entidad cuenta con un programa de cumplimiento eficaz podrá usarlo para ir preconstituyendo pruebas que le podrán servir para atenuar su responsabilidad, ya sea a través de la acreditación de la operatividad del programa en cuestión (art. 31 quáter d) CP), ya sea por la vía de aportar pruebas nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales (art. 31 quáter b) CP) o, incluso, para quedar exenta de responsabilidad penal, a pesar de que algunos de sus miembros haya delinquido en su seno (arts. 31 bis CP apdos. 2 y 4).

Dicho esto, y sin subestimar el gran valor de la prueba documental, cabe señalar que, posiblemente, las pruebas periciales²⁶³⁰ y las testificales sean medios de prueba igualmente idóneos para acreditar la eficacia del modelo de cumplimiento. Por eso, en contra de quien sostiene que casi toda la prueba que se va a aportar es la documental, en concreto, el programa de *compliance*²⁶³¹, se debe afirmar que las vías probatorias para acreditar la existencia de tales controles y, particularmente, su incidencia en el caso concreto, pueden ser diversas: documentales, testificales (de empleados o del *compliance officer*, así como de clientes o proveedores) o periciales (a través de informes de expertos que se pronuncien sobre la aptitud de los programas *a priori* para evitar delitos)²⁶³². Por consiguiente, todos estos medios de prueba se muestran, en abstracto, útiles para introducir los programas de cumplimiento en el proceso.

De hecho, cabe afirmar que lo más habitual será que la eficacia del programa de prevención se acredite procesalmente a través de un experto independiente que actúe en calidad de perito o, en su caso, de testigo-perito, como por ejemplo, un auditor de *compliance*. Se afirma, en este sentido, que, en la medida en que ese programa tiene que reflejar el estado de la técnica en esta materia, su eficacia debe ser acreditada en el proceso por medio de una pericial, si bien se tratará de una pericial peculiar puesto que combinará elementos de contenido jurídico-penal y otros de corte más técnico²⁶³³, en tanto que deberá valorar si los controles sobre la actividad de la entidad eran suficientes para neutralizar o minimizar los riesgos de comisión de delitos. Por consiguiente, es posible concluir que, la presentación de periciales, realizadas por empresas especializadas, que aseveren la institucionalización efectiva de una cultura de cumplimiento de la legalidad en el momento de cometerse el delito, es, en muchos casos, la única vía aceptable para excluir la responsabilidad de la persona jurídica²⁶³⁴.

delictivo en su interior, lo reporta a las autoridades y coopera mediante la aportación de pruebas que esclarecen las responsabilidades es una persona jurídica cumplidora de la legalidad".

²⁶³⁰ En esta línea, COCA VILA, I., "¿Programas de cumplimiento como forma...ob. cit., p. 63, advierte que, quienes valorarán la eficacia de los Programas de cumplimiento, en último término, deberán ser los jueces, si bien tendrán que recurrir, necesariamente, a informes periciales de expertos independientes.

²⁶³¹ VEGAS TORRES, J., "Problemática procesal derivada de la...ob. cit.

²⁶³² Así, lo aprecia GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 147.

²⁶³³ Cfr. GALLEGO SOLER, J-I., "Criminal compliance y proceso penal...ob. cit., p. 223

²⁶³⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 180.

Igualmente, podrían resultar adecuadas para la prueba de la eficacia del programa, las declaraciones testimoniales de los miembros del órgano de vigilancia y de los trabajadores del ámbito operativo en el que se produjo el presunto delito, que deberán declarar sobre si, efectivamente, en el desarrollo de la actividad, en la cual, supuestamente, se cometió el delito, las medidas preventivas y los controles descritos en el programa de *compliance* se encontraban vigentes. Tales sujetos, en caso de tener conocimientos específicos sobre la actividad de prevención de delitos, como previsiblemente ocurrirá con el encargado del sistema de control (*Chief Compliance Officer*), o sobre la específica actividad en la que se cometió el delito (como podría ocurrir, por ejemplo, con el director de finanzas, el jefe de contabilidad, el encargado de la gestión de residuos o el *controller* de la sección de calidad, según el tipo de delito que supuestamente se haya cometido), podrían ser llamados a declarar, en su caso, en calidad de testigos-peritos.

En definitiva, la prueba de que no ha concurrido, en la dinámica delictiva, una omisión relevante del control debido, ciertamente, se podría fundamentar en la existencia de un modelo de autoorganización dirigido a prevenir los delitos de la especie de los que se han verificado, en tanto que, de la acreditación de la existencia de tal modelo en el momento de cometerse el delito, podría inferirse que, en el caso concreto, la entidad fue diligente en el cumplimiento de sus obligaciones de control, si bien siempre cabría prueba en contrario. No es difícil adivinar que la valoración de tal extremo, cuál es, el cumplimiento de los deberes de vigilancia, control y prevención, deberá realizarse de forma casuística, para lo cual se precisará, en ocasiones, el testimonio de los trabajadores de la entidad a cuya actividad afecte la implementación del programa, el testimonio de los directivos encargados de supervisar y aplicar de forma efectiva las medidas de control, así como la opinión de expertos o peritos que verifiquen la eficacia *ex ante* del programa, para lo cual han de conocer los riesgos específicos del sector o de la actividad en cuestión, así como el umbral de riesgo cotidianamente asumible o aceptable en el tipo de industria o negocio de que se trate, cuestiones que, por otra parte, no son en absoluto inmutables en el tiempo.

5.6-. La carga de la prueba y las reglas de valoración judicial en relación con la existencia de un programa de cumplimiento eficaz

5.6.1.- Si el delito fue cometido por sujetos apicales

Con la regulación actual, tal y como se ha desarrollado a lo largo de los anteriores apdos., cabe sostener que, para el caso de que los presuntos autores del delito sean los representantes legales, aquellos autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica o quienes ostentan facultades de organización y control dentro de la misma, la acusación deberá probar, únicamente, que tales individuos cometieron el hecho típico y antijurídico, actuando en nombre o por cuenta de la entidad y en su beneficio directo o indirecto, expresiones, todas ellas cuyo significado ya ha sido objeto de análisis. Estos elementos serían los hechos constitutivos de la responsabilidad de la

entidad y, por lo tanto, sólo si se practica prueba de cargo suficiente sobre todos ellos podrá ser condenada la persona jurídica²⁶³⁵.

En este sentido, cabe afirmar que, cuando quien actúa es un sujeto de posición apical, se presume que el delito es expresión, directa o indirecta de la política social del ente promovida por su vértice²⁶³⁶, como consecuencia de la identificación orgánica que se produce entre una persona jurídica y sus órganos, entendidos, respectivamente, como el todo y la parte, y no como dos sujetos diferenciados²⁶³⁷, sin que ello vulnere la presunción de inocencia de la entidad o el principio de culpabilidad. Tal argumentación parte de que la culpa objetiva o por el hecho de otro no puede entenderse en los mismos términos cuando se habla de persona físicas y cuando se habla de personas jurídicas, en tanto que la ficción que constituyen estas últimas se sustenta, precisamente, en su actuación a través de sus órganos, con lo que el acto del administrador o el representante actuando como tal resulta inescindible del actuar de la entidad. Consecuentemente, la supuesta fricción de tal regla con la presunción de inocencia o con el principio de culpabilidad penal quedaría suficientemente superada con la teoría de la identificación orgánica (“*immedesimazione organica*”)²⁶³⁸, así como con la excepción a tal regla general, que permite a la entidad desligar su responsabilidad de las actuaciones de sus representantes, cuando la conducta individual se haya perpetrado como un plan preconcebido para burlar los controles preventivos de la organización.

Cuando delinque un sujeto apical, la responsabilidad organizativa se derivaría de la implicación en la comisión del delito de aquellos que tienen, precisamente, el deber de controlar los riesgos delictivos en la entidad, implementando medidas de prevención y supervisando las actividades de los subalternos. Tal protagonismo de los sujetos apicales en el ilícito penal provoca que no sea preciso exigir una prueba específica sobre la eventual omisión de las obligaciones de vigilancia y control, la cual no se contempla como un hecho constitutivo de la responsabilidad del ente. A pesar de ello, cabe sostener que la persona jurídica responda conforme a su propia culpabilidad, aun cuando la misma se deduzca, al menos *iuris tantum*, de ciertas actuaciones de sus dirigentes. En este escenario, la ausencia de culpa organizativa, o el debido cumplimiento de las obligaciones de control, se configura como un hecho impeditivo de la responsabilidad de la entidad, cuya prueba corresponde a la defensa²⁶³⁹ que, en orden a evitar la condena, debe probar la eficacia y la vigencia del modelo de organización y gestión, en los términos y con el contenido que contempla la ley. Esto se deduce de la redacción del propio precepto que dispone que cuando el delito fue cometido por un sujeto apical la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen ciertas

²⁶³⁵ En este sentido, VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti*...ob. cit., p. 389, afirma que la prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable debe referirse a cada uno de los elementos constitutivos del art. 5 D. Lgs. 231, esto es, al delito presupuesto, al nivel organizativo del ente que ha cometido el delito y al interés o ventaja para el ente derivado de la conducta delictiva.

²⁶³⁶ RIGO, F., “Il giudizio”...ob. cit., p. 362

²⁶³⁷ En este sentido, GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ HEREDIA, E., *Estudios de Derecho Procesal*...ob. cit., pp. 264-270, señala que no se puede calificar de representación la relación entre la sociedad y sus órganos porque no son dos personas, sino que el órgano integra jurídicamente a la persona jurídica, siendo su cauce normal de actuación.

²⁶³⁸ FERRUA, P., “Il processo penale contra gli enti”...ob. cit., p. 233.

²⁶³⁹ *Idem.*, p. 231.

condiciones (art. 31 bis 2 CP)²⁶⁴⁰, señalando además que, si tales condiciones sólo se acreditasen parcialmente, la entidad resultaría condenada, aunque podría ver atenuada su pena (art. 31 bis 2 in fine CP).

Una parte de la doctrina italiana entiende que tal régimen implica una suerte de inversión de la carga de la prueba²⁶⁴¹. En esta línea, se argumenta que la presunción de la culpabilidad organizativa y la dificultad de neutralizar tal presunción por el ente que, entre otras cosas, debe probar que no ha habido una vigilancia insuficiente del organismo de control, choca con el principio de culpabilidad sobre el plano penal. Ahora bien, no cabe olvidar que, como regla general, las circunstancias eximentes, al igual que las atenuantes, deben ser introducidas por la defensa²⁶⁴². Además, tratándose de sujetos apicales, con amplios poderes de organización, decisión y control en la organización, resulta legítimo que, de sus actuaciones delictivas, perpetradas en el seno de la entidad, actuando en su nombre o por su cuenta y en su beneficio, se deduzca la responsabilidad del ente, fundamentada en su organización defectuosa o en no haberse ejercido suficiente y eficazmente, sus funciones de vigilancia, toda vez que los individuos encargados de controlar y supervisar que la persona jurídica se encuentra adecuadamente organizada y que no asume, con sus actividades, riesgos penales excesivos, estarían directamente involucrados en la ejecución material del delito.

En este supuesto, cuando son los apicales los que delinquen, la ausencia del control debido, o el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, no constituyen requisitos constitutivos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, primeramente, porque no lo exige la regulación, pero, sobre todo, porque, tal y como se acaba de razonar, cuando los encargados de ejercer tal control, esto es, los sujetos apicales, representantes, administradores y/o miembros del órgano encargado de la supervisión del sistema de prevención de delitos, están directamente implicados en la comisión de la conducta delictiva, no tiene sentido exigir como requisito de imputación de la persona jurídica, un ejercicio insuficiente de las tareas de control y prevención por

²⁶⁴⁰ De hecho, la regulación italiana, al igual que la inicialmente contenida en ALO de modificación del CP, firmado por el Ministro de Justicia con fecha de 4 de abril de 2013, posteriormente modificada durante la tramitación parlamentaria, señala que *“la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad si prueba que”* antes de la comisión del delito contaba con medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la naturaleza del cometido, que existe un órgano de la entidad con poderes autónomos, encargado de supervisar el modelo, el cual no ha omitido ni ejercido insuficientemente sus funciones de vigilancia y control y, por último, que los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente el modelo de organización y de prevención. El cambio de redacción producido durante la tramitación parlamentaria de la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, que ha optado por eliminar la expresión *“si prueba que”*, se debe, seguramente, al intento de evitar introducir una norma de carácter procesal, relativa a la distribución de la carga de la prueba, en la regulación penal. Sin embargo, a efectos prácticos, el cambio es más simbólico que real, en tanto que las circunstancias que deben concurrir para que la entidad logre quedar exenta de responsabilidad, a pesar de que hayan delinquido sus administradores, representantes o los encargados de las funciones de organización y control, no han variado y, tratándose de una circunstancia eximente, la carga de introducirla en el proceso seguirá recayendo en la defensa. Como evidencia de que es la defensa la encargada de acreditar tales circunstancias eximentes, cabe destacar el hecho de que, el mismo precepto, dispone que *“en los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”* (art. 31 bis 2 in fine CP).

²⁶⁴¹ FERRUA, P., *“Le anomalie del regime probatorio...ob. cit., pp. 1845-1848.*

²⁶⁴² Ver, por todas, STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 277/2014, de 7 de abril, RJ\2014\2181, F. J. 5º.

parte de aquéllos²⁶⁴³. Ahora bien, tal y como se refirió anteriormente, a pesar de esta identificación entre la persona jurídica y los facultados para representarla, para tomar decisiones en su nombre o para desarrollar en su seno facultades de organización y control, la L.O 1/2015, de 30 de marzo, preocupada por una lectura meramente objetiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introduce una posibilidad de exención para la entidad que, a pesar de haber puesto toda la diligencia debida en la evitación del delito, no ha logrado impedir que alguno de sus dirigentes realizase sus propósitos delictivos, burlando los controles preventivos implementados por la organización. En este sentido, la regulación recoge la posibilidad de que el ente no responda penalmente si se acreditan ciertas circunstancias que denotan su alto compromiso con la legalidad.

Las circunstancias que excluyen la responsabilidad de la persona jurídica, a pesar de que sus dirigentes hayan cometido un delito en su nombre, por su cuenta y en su beneficio, como ocurre con cualquier eximente de responsabilidad, o con las conocidas como *affirmative defenses* en el ordenamiento norteamericano, deberá ser acreditadas por la propia persona jurídica²⁶⁴⁴. Así pues, acreditada la comisión de un delito en su seno, la entidad acusada deberá probar que contaba con modelos de organización y gestión idóneos para prevenir delitos de la naturaleza del supuestamente cometido y que existía un órgano de control, con poderes autónomos de iniciativa y control respecto de la administración de la entidad y que el sujeto apical que cometió el delito lo hizo saltándose o esquivando las barreras de prevención que la organización tenía implementadas para prevenir o minimizar el riesgo de comisión de delitos en su seno²⁶⁴⁵.

En relación con las estrictas y detalladas condiciones señaladas, que permiten a la entidad quedar exenta de responsabilidad cuando el delito base ha sido cometido por alguno de los sujetos apicales, cabe deducir del CP que las mismas han de ser probadas por la entidad. Sin embargo, nada se indica sobre la cantidad de prueba necesaria que debe presentar el ente para convencer al Juez²⁶⁴⁶, por lo que, para evitar dudas de legitimidad constitucional en relación con la presunción de inocencia, se debe entender que cuando la eximente es razonablemente alegada y acreditada por el ente acusado, aun cuando la prueba sobre alguna de las condiciones que integran la exención resulte incompleta, podrá acodarse la absolución de la persona jurídica, de tal forma que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, las dudas fundadas sobre su concurrencia, se equiparen a la consecución de la prueba positiva sobre su existencia. En otras palabras, para obtener su absolución, bastaría con que el ente acusado hiciese surgir una duda

²⁶⁴³ En la misma línea, se pronuncia GOÑI SEIN, J. L., "Programas de cumplimiento empresarial...ob. cit., p. 373, sosteniendo que, en los delitos cometidos por los *top manager*, "el ente jurídico debe responder sin que quepa oponer a ello la eximente de actuación diligente, porque la actuación de supervisión o control se define por estos directivos y a ellos les corresponde llevar a efecto tal organización de control ¿Quién si no?"

²⁶⁴⁴ Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., "La culpabilidad de la persona jurídica...ob. cit., p. 179.

²⁶⁴⁵ En contra de esta opinión, Consejo de Estado. Dictamen aprobado el 27 de junio de 2013 (núm. expte. 358/2013), señala que la acreditación de la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación debería recaer sobre las partes acusadoras.

²⁶⁴⁶ En términos similares, aunque en relación con la regulación italiana, se pronuncia CHIMICHI, S., "Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova de la colpa di organizzazione", *Diritto penale e processo*, vol. 5, 2004, pp. 617-621, p. 620.

razonable sobre su concurrencia en el juzgador²⁶⁴⁷, mientras que la absoluta falta de prueba al respecto de alguno de los elementos que fundamentan la exención, o la existencia de prueba en contrario, comportaría la condena del ente o, en su caso, la correspondiente atenuación de su responsabilidad.

En definitiva, será la defensa la que deba introducir los programas de cumplimiento en el debate y acreditar su eficacia y su adaptación a los requerimientos legales, si bien, en caso de duda fundada sobre su existencia y/o su eficacia, en virtud del principio *in dubio pro reo*, el Juez podrá tomarlos en cuenta, cuantificando su efecto lenitivo en la individualización de la pena o, incluso, dejando a la entidad exenta de responsabilidad si entiende que la misma puso toda la diligencia debida en la evitación de la conducta delictiva perpetrada en su seno.

5.6.2.- Si el delito fue cometido por los subalternos

Por el contrario, cuando quien delinque es un subordinado, esto es, un sujeto sin poder de decisión, de control, de administración o de representación en la entidad, será preciso probar que su actuación delictiva, además de haberse realizado en el ejercicio de las actividades sociales o por cuenta del ente y en su beneficio, directo o indirecto, ha sido posible por el incumplimiento grave de los *deberes de supervisión, vigilancia y control*, por las personas u órganos responsables de tales funciones, atendidas las concretas circunstancias del caso. Así pues, la acusación debe probar la falta de una adecuada supervisión de los sujetos apicales sobre sus subordinados que, en el caso concreto, haya permitido a estos últimos cometer un delito por cuenta y en beneficio de la entidad²⁶⁴⁸. Esto se traduce en que la entidad sólo responde si, a través de la omisión de sus deberes de control, ha incurrido en un riesgo excesivo que, posteriormente, se ha materializado en la comisión de un delito en su beneficio por alguno de sus empleados en el ejercicio de sus funciones en la organización.

En este caso, la acusación debe probar, el incumplimiento, por parte de los superiores, de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los subordinados ya que, sólo en tal supuesto, procede la condena de la persona jurídica por la actuación de sus empleados. No obstante, tal omisión del control debido, aun cuando no pueda determinarse específicamente para la concreta actuación delictiva enjuiciada, puede inferirse de la ausencia de ciertas prácticas, protocolos, rutinas o mecanismos preestablecidos en orden a prevenir la comisión de ilícitos penales²⁶⁴⁹, medidas, todas

²⁶⁴⁷ En términos similares, aunque en relación con la regulación italiana se pronuncia, VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., pp. 365-367.

²⁶⁴⁸ En esta línea se pronuncian, entre otros, GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 146; MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M^a. J., "La responsabilidad penal de las..." ob. cit., p. 394; JUANES PECES, A., "Necesidades en la regulación procesal..." ob. cit., p. 44.

²⁶⁴⁹ Tal inferencia estaría en línea con lo previsto en la regla 406 de las *Federal Rules of Evidence* norteamericanas al disponer que las pruebas de los hábitos de una persona o de la práctica rutinaria de una organización pueden admitirse para probar que en una ocasión particular la persona o la organización

ellas, que permitirían mantener los riesgos propios de la actividad de la persona jurídica en niveles jurídicamente aceptables²⁶⁵⁰. Por su parte, la defensa, podrá desvirtuar las pruebas de la acusación acerca del incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, demostrando que, antes de cometerse el delito, la persona jurídica contaba con ciertos protocolos o estándares de actuación orientados a prevenir la comisión de delitos, correspondiéndole la carga de la prueba acerca de su preexistencia, de su vigencia en la entidad, así como de su efectividad y, en su caso, de su incidencia real en los hechos delictivos supuestamente acaecidos²⁶⁵¹.

Por lo tanto, a los efectos de distribuir la carga de la prueba, la acusación deberá probar ese incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de los superiores sobre los subordinados, mientras que la defensa podrá contrarrestar tal prueba acreditando la existencia de medidas adecuadas de prevención delictiva. Ahora bien, en este supuesto, el incumplimiento del deber de control no debe deducirse automáticamente de la comisión del delito por cualquiera de los miembros de la entidad, sino que debe fundarse en la falta de controles en relación con el área de actividad en que presuntamente se cometió el mismo, en la inadecuada o confusa distribución de responsabilidades entre los miembros de la entidad, en la falta de supervisión sobre los

actuaron de acuerdo con ese hábito o práctica rutinaria. Esta regla probatoria continúa diciendo que el Juez puede admitir estas pruebas independientemente de que vengan o no corroboradas por otras o de existan o no testigos directos. (*“Evidence of a person’s habit or an organization’s routine practice may be admitted to prove that on a particular occasion the person or organization acted in accordance with the habit or routine practice. The court may admit this evidence regardless of whether it is corroborated or whether there was an eyewitness”*).

²⁶⁵⁰ La relación entre el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control por parte de los superiores sobre la actividad de los subordinados y la existencia de modelos de organización y gestión orientados a la prevención delictiva se observa, claramente, en la regulación italiana, la cual señala que, en todo caso, se excluye la omisión de tales deberes de control si el ente, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y control que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido (art. 7.2 D. Lgs. 231). En este sentido, tal y como se apuntó previamente, el D. Lgs. 231 señala que *“In ogni caso, e’ esclusa l’inosservanza degli obblighi di direzione o vigilanza se l’ente, prima della commissione del reato, ha adottato ed efficacemente attuato un modello di organizzazione, gestione e controllo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi”* (art. 7.2). Por su parte, el CP, tras la reforma del año 2015, también prevé que *“la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”* (art. 31 bis 4 CP).

²⁶⁵¹ FGE, Circular 1/2011, p. 48; En la línea de atribuir a la persona jurídica la carga de la prueba sobre la adopción de modelos de prevención y control de los delitos se pronuncian, entre otros: GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 146, para quien corresponde a la entidad probar la existencia de controles adecuados dado que se trata de un elemento que podría exonerarla de responsabilidad penal; GIMENO SENDRA, V.; GIMENO BEVIÁ, J., “Código de buena conducta de las personas jurídicas”...ob. cit. p. 48, en el que se señala que la sociedad habrá de acreditar, en primer lugar, que posee un programa de cumplimiento y, en segundo, que, en el caso concreto, se ha aplicado correctamente; ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...* ob. cit., p. 91, para quien la carga probatoria sobre la existencia de este sistema de control incumbe a la propia persona jurídica; En la misma línea, se pronuncia BARALLAT LÓPEZ, J., “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Observatorio de Derecho Penal 2011 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense URJC-KPMG., *Diario La Ley*, núm. 7752, 12 de diciembre de 2011, para quien la prueba de falta del debido control debe corresponder a la acusación por ser un elemento del tipo, mientras que si el programa de cumplimiento se considera una exigente que excluye la culpabilidad debe ser probado por la persona jurídica, lo cual no vulneraría la presunción de inocencia siguiendo la doctrina del TS.

subalternos, en la insuficiencia o inexistencia del sistema de sanciones para quienes incumplan el modelo de prevención, en la carencia de medidas apropiadas para detectar conductas delictivas o en otras características de la organización de la entidad, de las cuales quepa deducir que la entidad incurrió, en el desarrollo de su actividad, en riesgos excesivos que finalmente se han materializado en la comisión del delito. De esta forma, cabe afirmar que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en un hecho propio de la entidad y no en la mera trasmisión de la responsabilidad derivada de las actuaciones de sus miembros, al menos cuando estos no tienen poder para representar, tomar decisiones o ejercer las funciones de organización y control en la entidad.

Ahora bien, en cuanto a la distribución de las cargas probatorias, dado que la existencia y efectiva implementación de un programa de cumplimiento también constituye una circunstancia eximente, la introducción y acreditación de tales hechos extintivos como objeto de prueba corresponderá a la defensa. Con esta posibilidad de exención de responsabilidad se pretende facilitar que la entidad pueda probar, en su descargo, que cumplió con sus obligaciones de dirección y vigilancia, estableciéndose la presunción de que la entidad que cuenta con un modelo de prevención de delitos eficaz, no omitió los controles debidos sobre sus empleados en el caso concreto y, por lo tanto, no debe responder de las actuaciones de aquellos. Dada la redacción legal de la ley italiana, que señala que la inobservancia de las obligaciones de control se excluye *en todo caso* si existían modelos de organización y gestión idóneos para la prevención del delito cometido (art. 7.2 D. Lgs. 231), parece que esta presunción no admite prueba en contrario en aquel país. Sin embargo, tal y como se viene argumentando, no parece adecuado limitar la actividad valorativa del Juez a comprobar que el programa de cumplimiento respeta formalmente los requisitos exigidos por la ley, debiendo centrarse su juicio jurisdiccional en determinar si, en el caso concreto, la persona jurídica puso la diligencia debida o exigible para evitar la comisión del delito enjuiciado o si, por el contrario, incurrió en un riesgo excesivo al no controlar adecuadamente los peligros propios de sus actividades sociales.

En definitiva, si de las pruebas practicadas en el juicio, cabe inferir, razonablemente, que la persona jurídica no tenía implementadas medidas de prevención delictiva, adecuadas y suficientes, ésta podrá resultar condenada por los delitos cometidos por cualquiera de sus miembros. Por eso, en este contexto, es muy posible que la defensa de la persona jurídica se centre en probar que no hubo una omisión relevante del control debido sobre las actividades del empleado que presuntamente ha delinquido en su beneficio, lo cual puede presumirse, *iuris tantum*, de la preexistencia de un modelo de organización y gestión que cumpla con los requerimientos legales del art. 31 bis 5 CP. Así pues, ante la imposibilidad para la defensa de practicar una prueba diabólica sobre el hecho negativo de que, en el caso concreto, no se omitió el control debido, previsiblemente, la estrategia defensiva de la entidad se centrará en acreditar la efectiva implementación de un programa de cumplimiento efectivo en los términos que determina el CP. Ahora bien, una vez más, resulta oportuno recordar que, sólo será necesario que la entidad practique tal prueba en su descargo si, previamente, la acusación ha conseguido probar, al menos a través de ciertos indicios, todos los elementos constitutivos del delito, incluido el grave incumplimiento de los deberes de

supervisión, vigilancia y control por parte de los superiores sobre sus subordinados²⁶⁵².

Por otra parte, si la defensa consigue hacer nacer en el juzgador una duda razonable sobre la concurrencia, en el caso concreto, de esa omisión de control o de ese grave incumplimiento de los deberes de supervisión, demostrando que existían mecanismos idóneos *ex ante* para evitar la comisión de delitos idénticos o análogos al que se ha materializado, procederá la absolución del ente ya que en, virtud del principio *in dubio pro reo*, la duda sobre la subsistencia de un elemento típico, como es, en este caso, el incumplimiento de los deberes de control, impediría dictar una sentencia de condena.

6.- Recapitulación

En el presente epígrafe se ha detallado el objeto de la prueba del proceso frente a las personas jurídicas, exponiéndose, de este modo todos los elementos que podrían ser objeto del debate procesal, tanto los hechos constitutivos de la responsabilidad de la persona jurídica, como los extintivos e impositivos, así como las atenuantes y los criterios para decidir sobre la imposición de las penas.

Posteriormente, se han analizado los medios probatorios que deberían usarse para introducir en el proceso aquellos elementos de la realidad extraprocesal relevantes para la determinación de la responsabilidad del ente, con especial referencia a la prueba documental, por la práctica habitual de las organizaciones de registrar sus actividades, existiendo incluso obligaciones legales en tal sentido, pero sin olvidar la utilidad de las pruebas periciales y testificales en orden a acreditar la eficacia del modelo de organización y gestión. Así mismo, se ha analizado en qué calidad declararían ciertos sujetos, más o menos relacionados con la entidad, tales como sus trabajadores, sus representantes, el encargado de cumplimiento, el designado para representarla en el proceso o el que cometió el delito que se le imputa. Por otra parte, se han examinado las reglas de valoración y las relativas a la carga de la prueba que regirán en cuanto a los hechos constitutivos, impositivos o excluyentes que integran el objeto del proceso penal frente a las personas jurídicas. Analizándose, por último, en un apdo. diferenciado, algunos de tales extremos en relación con los programas de cumplimiento por ser éstos una parte esencial en el enjuiciamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, previsiblemente, en la estrategia de defensa de la entidad que pretenda demostrar que actuó con la diligencia debida en su cometido de prevenir los delitos que, en su seno, o bajo su cobertura, pudieran haberse cometido.

Por último, y a modo de recapitulación, cabe señalar que, una vez celebrado el juicio oral, el Juez, en aplicación del principio de libre valoración de la prueba y, en caso de duda, del principio *in dubio pro reo*, deberá emitir un juicio de imputación en el que

²⁶⁵²En este sentido, MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M^a. J., "La responsabilidad penal de las...ob. cit., p. 394, sostienen que la carga de la prueba del hecho constitutivo de la responsabilidad penal consistente en el defecto de organización corresponde igualmente a la acusación.

determine si, a la vista de las pruebas practicadas, considera probado que se ha cometido un delito del cual, en atención a los criterios del art. 31 *bis* CP y concordantes, deba responder la persona jurídica y, en su caso, deberá individualizar la pena, en atención a las circunstancias previstas en el art. 66 *bis* CP que pueda considerar acreditadas tras el pertinente debate contradictorio.

Para concluir este epígrafe, cabe señalar que, en el *iter* de formación de la voluntad del juzgador, y en aplicación del principio de libre valoración de la prueba, el Juez deberá decidir sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, tomando en consideración todas las circunstancias relativas a la comisión del delito en el seno de la entidad, siendo los modelos de organización y gestión y, en su caso, su eficacia pericialmente contrastada, un elemento más de prueba, sin que su existencia o su ineficacia predeterminen el fallo en uno o en otro sentido, debiendo el juzgador, en último término, realizar un juicio de imputación en el que se valore si del delito cometido por sus miembros debe responder la entidad por haber actuado de forma negligente al desempeñar sus deberes de cumplimiento de la legalidad penal.

VI. La sentencia en el proceso penal frente a las personas jurídicas

1.- Planteamiento

El proceso penal seguido frente a una persona jurídica, al igual que cualquier otro, generalmente, terminará con una sentencia de absolución o de condena, salvo que se le ponga fin, previamente, a través de un auto de sobreseimiento. La sentencia definitiva contendrá un fallo declarativo, en el que, o bien declarará la existencia del hecho punible y la responsabilidad penal de la persona jurídica, o bien absolverá a la entidad. Hasta aquí la sentencia que pone fin al proceso seguido frente a una persona jurídica no presenta ninguna especialidad.

En caso de que la sentencia sea condenatoria, deberá contener, además del fallo declarativo, una parte dispositiva en la que se individualicen las penas que corresponden a la entidad. La particularidad, en relación con las personas jurídicas, radica, en este punto, en el peculiar sistema de sanciones previsto en el CP, caracterizado por dejar una amplia libertad al juzgador a la hora de decidir sobre la imposición y extensión de las penas. Esta tarea de individualización de la condena requiere de una labor valorativa que el Juez ha de plasmar en la resolución para que la libertad de su labor enjuiciadora,

no se confunda con la arbitrariedad²⁶⁵³. Así pues, la flexibilidad que permite el sistema sancionatorio de las personas jurídicas a la hora de decidir sobre las penas interdictivas a imponer, así como sobre su alcance y duración, junto con la gravedad de las mismas, reclaman un plus de motivación en este aspecto.

Por otra parte, si la sentencia es condenatoria, será preciso inscribirla en el correspondiente registro de apoyo a la Administración de Justicia para que consten los antecedentes penales de la entidad, que deben encontrarse a disposición de las Administraciones públicas, de tal forma que puedan conocer si la entidad se encuentra inhabilitada para recibir ayudas o subvenciones o para resultar adjudicataria de un contrato administrativo. Por otra parte, la efectiva ejecución de algunas de las prohibiciones en qué consisten las penas previstas para las personas jurídicas, pueden requerir de inscripción en otros registros, tales como el RM o el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas. Por otra parte, como cualquier sentencia, la dictada frente a las personas jurídicas, deberá ser notificada a las partes, incluso a las que se hallen en rebeldía, constituyendo la efectiva notificación el *dies a quo* para el cómputo de los plazos de cumplimiento de las penas o, en su caso, de los plazos legales para la interposición de los recursos.

2.- El contenido de la sentencia

En cuanto al contenido de la sentencia, dispone la LECrim que “*en la sentencia se resolverán todas las cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando o absolviendo a los procesados*” (art. 742). Obviamente, el contenido imprescindible de la sentencia variará según la misma sea absolutoria o condenatoria. Ahora bien, en términos generales, se puede observar una estructura común en las sentencias penales, en las que constarán el encabezamiento, los antecedentes de hecho, la declaración de hechos probados, los fundamentos de Derecho, que recogerán el *iter* formativo de la convicción judicial fundamentando en la prueba practicada en juicio, así como, en su caso, la subsunción de los hechos probados en los correspondientes tipos delictivos y, por último, el fallo que contendrá, bien la absolución o, bien la condena, además de las cuestiones relativas a la responsabilidad civil, salvo que haya existido renuncia o reserva por parte de los perjudicados (art. 112 LECrim).

2.1.- La sentencia absolutoria

Si el juzgador, tras el juicio oral, concluye que el delito no tuvo lugar, que la persona jurídica no es responsable o que, a la luz del resultado de las pruebas, existen dudas acerca de la comisión del hecho punible y/o de la responsabilidad de la persona jurídica,

²⁶⁵³ En este sentido, VAZQUEZ SOTELO, J. L., “Discrecionalidad y derecho procesal”...ob. cit. p. 58, afirma que “*cuando se concede al Juez un ámbito de libertad hay que entender que la libertad jurídica no se concede para hacer lo que se quiera sino lo que procede en cada caso*”.

deberá declararlo así en la sentencia y proceder a la absolución de la entidad. Así mismo, si determina que el hecho de referencia no se cometió por un miembro de la entidad, no se realizó por cuenta y en beneficio de la misma o no es subsumible en uno de los tipos penales que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas, deberá pronunciar sentencia absolutoria frente a la persona jurídica.

Esta resolución judicial encierra un fallo declarativo en tanto que afirma la no responsabilidad penal de la entidad. Además, como efecto de la sentencia absolutoria, se levantarán las medidas cautelares que en su caso se hubiesen acordado, restableciéndose la libertad de la entidad para autoorganizarse con libertad si hubiese sido intervenida judicialmente, permitiéndosele la apertura de los locales clausurados o levantándose, si fuera el caso, la suspensión de sus actividades. Así mismo, si se hubiesen prestado fianzas o acordado embargos para garantizar sus eventuales responsabilidades pecuniarias deberán estos ser alzados, salvo que, a pesar de no apreciarse su responsabilidad penal, subsista la responsabilidad civil.

A mayor abundamiento, cabe plantearse si la adopción de medidas cautelares durante la instrucción, podría constituir, tras la absolución de la entidad y si concurren los requisitos para ello, un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial o funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 292 LOPJ). Ahora bien, hay que recordar que *“la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales no presupone por sí sola el derecho a indemnización”*, con lo que será preciso probar, en el procedimiento correspondiente, que la adopción de tales medidas cautelares no fue ajustada a Derecho, ya sea por una incorrecta aplicación de la norma jurídica, ya sea por la valoración equivocada de los hechos, ya sea por la omisión de la valoración en el juicio cautelar de elementos esenciales, pero siempre que tal error o equivocación sea patente, indubitado e incontestable, no siendo tal cuando mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica²⁶⁵⁴.

2.2.- La sentencia de condena

La sentencia condenatoria, por su parte, deberá declarar probados los hechos constitutivos del ilícito imputable al ente, examinados al hilo del objeto de la prueba. Además, de acuerdo con el art. 31 bis CP y concordantes, tendrá que emitir un juicio de

²⁶⁵⁴ Sobre los requisitos para que se declare el error judicial, véase, por todas, ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) de 8 de octubre 2013, RJ 2013\7102, F. J. 2º; Por otra parte, para que se declare la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 292-297 LOPJ), no es necesaria la previa declaración judicial de error, debiendo dirigirse la petición indemnizatoria, directamente, al Ministerio de Justicia. Sobre los requisitos que han de darse en los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración para que el Ministerio de Justicia acceda a la pretensión indemnizatoria, véase, por todas, STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 6 de febrero de 2015, RJ 2015\656, F. J. 1º, donde se limita la indemnización a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial, con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, quedando fuera los supuestos de inexistencia subjetiva, esto es, aquellos en los cuales existen dudas racionales sobre la autoría del delito que, de acuerdo con una reciente línea jurisprudencial, deben ir por la vía del error judicial.

culpabilidad en relación con la persona jurídica, estableciendo, en su caso, su responsabilidad penal por el hecho en cuestión. Así mismo, deberá individualizar las penas que corresponderían a la entidad en atención a los criterios del art. 66 bis CP, así como a las atenuantes y agravantes específicamente previstas para los entes colectivos.

Esta sentencia contendrá siempre pronunciamientos declarativos y de condena y, en algún caso, por ejemplo, cuando se impone la disolución de la entidad, desplegará igualmente efectos constitutivos²⁶⁵⁵.

Para profundizar sobre su contenido es preciso tomar en consideración, en primer lugar, el hecho de que la responsabilidad de la persona jurídica es relativamente autónoma en relación con la responsabilidad de la persona física autora del hecho de referencia, en tanto que ambos sujetos responden con arreglo a su culpabilidad individual, aunque el hecho típico y antijurídico perpetrado por la persona física sea presupuesto de la responsabilidad de la entidad. Por lo tanto, habrá que considerar probado el hecho de referencia, independientemente de que su autor sea parte en el proceso o no, pero además habrá que valorar la concurrencia del resto de elementos constitutivos de la responsabilidad del ente.

Por otra parte, hay que considerar que la individualización de la condena depende de criterios específicamente previstos en la ley para las personas jurídicas, necesitados de una cierta labor de valoración jurisdiccional que justifique y motive jurídicamente la imposición de una o varias penas, así como su alcance, su concreto contenido y su duración. Como ya se adelantó al inicio de este epígrafe, la amplia flexibilidad del sistema sancionatorio previsto para las personas jurídicas reclama un plus de motivación por parte del juzgador. Ahora bien, tal y como indica VÁZQUEZ SOTELO la libertad judicial ni es discrecionalidad o libre albedrío ni entraña en ningún caso desvinculación de los principios superiores del ordenamiento, sino que el Tribunal debe actuar siguiendo la *prudentia iuris* en función de las circunstancias y pruebas que concurran en el caso²⁶⁵⁶.

3.- Autonomía en relación con la persona física acusada

La primera cuestión a considerar en relación con la sentencia que se dicte frente a una persona jurídica es su relativa independencia en relación con el fallo que, en su caso, se emita sobre la responsabilidad de la persona física a la que se imputa el hecho de referencia. En este sentido, se afirma que una eventual condena de la persona física

²⁶⁵⁵ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 763.

²⁶⁵⁶ “Discrecionalidad y derecho procesal”...ob. cit. pp. 60-61.

integrante de la sociedad no es necesaria ni suficiente para declarar la responsabilidad de la persona jurídica²⁶⁵⁷.

No es necesaria, en tanto que la responsabilidad de ambos sujetos es autónoma, de tal forma que subsiste la de la entidad, aun cuando no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra la concreta persona física autora del delito (art. 31 ter 1 CP), así como en el caso de que la concreta persona física que haya cometido el delito presupuesto se haya sustraído a la acción de la justicia o haya fallecido (art. 31 ter 2 CP). Por lo tanto, es posible que el proceso se desarrolle tan sólo frente a la persona jurídica, lo cual no exime al juzgador de declarar probado en la sentencia el acaecimiento del hecho de referencia, esto es, del hecho típico y antijurídico cometido en nombre o por cuenta y en beneficio de la entidad, por alguno de sus miembros, que vendría a constituir el presupuesto de la responsabilidad de la organización acusada.

Por otra parte, las circunstancias que afecten al juicio de culpabilidad del presunto autor del delito, entendido como el juicio de reproche penal por su conducta, no afectarán a la responsabilidad del ente, con lo que, declarándose la no culpabilidad de la persona física, cabría condenar, por los mismos, hechos a la persona jurídica (art. 31 ter 2 CP). Por eso, procediéndose inicialmente frente a ambos sujetos, es posible que resulte de las diligencias previas o del sumario haberse cometido, presuntamente, un delito, pero no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores, en cuyo caso procederá un sobreseimiento provisional (art. 641.2º LECrim), de carácter parcial (art. 634 II LECrim), esto es, en relación con las personas físicas imputadas, continuando el proceso frente a la persona jurídica. Pues bien, esta eventualidad, que puede darse durante la instrucción o en la fase intermedia, puede ponerse de manifiesto, igualmente, tras la apertura del plenario, debiendo, en tal caso, resolverse por sentencia, condenatoria para la persona jurídica y absolutoria para las personas físicas coacusadas. Así pues, una vez abierto el juicio oral contra ambos sujetos, cabe reparar en que no todas las sentencias de absolución relativas al acusado, persona física, provocan efectos favorables en relación con la persona jurídica. Por ejemplo, si no consigue probarse que la persona física acusada actuó culpablemente, pero se considera probado que, efectivamente, el delito se ha cometido por un miembro de la organización acusada, la responsabilidad penal de esta última puede mantenerse.

En definitiva, dada la autonomía de la responsabilidad de la entidad respecto de sus miembros, es posible que, siendo ambos sujetos acusados conjuntamente, tras la práctica de la prueba, se condene a la persona jurídica y se absuelva a la persona física por no resultar acreditada su participación en el delito o su culpabilidad personal. Asimismo, cuando en el curso del juicio emerja la responsabilidad penal de un sujeto integrado en la estructura del ente, pero diverso del acusado contra el que se procede, el Juez podrá declarar la responsabilidad de la persona jurídica y absolver a la persona física, dando traslado, en su caso, al MF de las actuaciones para que se proceda contra el verdadero autor del delito. Por lo tanto, cabe concluir que, como reflejo del carácter

²⁶⁵⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...ob. cit.

directo y acumulativo, que no accesorio ni alternativo, de la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con las personas físicas, no hay incongruencia en el hecho de que, en sentencia, se decrete la absolución de la persona física acusada y, simultáneamente, se produzca la condena de la persona jurídica o viceversa²⁶⁵⁸, no siendo la responsabilidad de la primera necesaria para fundamentar la responsabilidad de la segunda.

Por otra parte, la condena de una persona física, integrante de la persona jurídica, tampoco es suficiente para fundamentar la responsabilidad de esta última, en tanto que el art. 31 bis CP establece requisitos típicos adicionales, que deben acreditarse para condenar a la persona jurídica, tales como que la actuación delictiva se haya realizado en nombre o por cuenta de la entidad y en su beneficio, que se hayan incumplido gravemente los deberes de control y supervisión que pesan sobre la entidad o que la organización no había implementado, de forma efectiva, un modelo organizativo eficaz para prevenir delitos de la especie del presuntamente cometido. De no exigirse una aportación propia de la entidad, en estos o en otros términos, se establecería una suerte de responsabilidad objetiva y por el hecho ajeno que chocaría, entre otros, con los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas.

En definitiva, no es suficiente con que la sentencia declare probada la comisión de un delito por un representante, administrador o subalterno de la persona jurídica, para deducir de tal declaración la responsabilidad de la entidad, sino que es preciso practicar prueba sobre aquellos elementos en los que se fundamenta el injusto típico y la culpabilidad de la entidad, cuales son el hecho de que el delito se haya cometido en su nombre, por su cuenta o en su provecho y, en su caso, que tal comisión haya sido consecuencia, más o menos directa, de la ausencia de las medidas organizativas adecuadas o del incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control sobre los riesgos propios de la actividad del ente.

Dicho esto, cabe afirmar que la sentencia que condena a la persona jurídica debe declarar probada la comisión de un hecho típico y antijurídico, imputable a las personas jurídicas por expresa mención del CP, el cual ha debido cometerse por un miembro de la entidad siempre que el delito se haya cometido por cuenta y en beneficio de la persona jurídica y aun cuando no se haya logrado identificar a esa concreta persona física. Cuando se trate de un representante legal o un sujeto autorizado para tomar decisiones en su nombre o para desempeñar funciones de organización y control dentro de la misma, ha de considerarse acreditado que actuó en nombre y en beneficio de la entidad, sin que existan dudas en el juzgador acerca de la concurrencia de la circunstancia eximente prevista en el art. 31 bis 2 CP. Cuando se trate de un individuo jerárquicamente subordinado a los anteriores o cuando, simplemente, no pueda razonablemente atribuirse la comisión del delito a un administrador, representante u otro sujeto apical, además de considerar probado que actuó en el ejercicio de las actividades sociales y en beneficio de la entidad, será necesario acreditar la concurrencia de un incumplimiento grave de los deberes de control que los sujetos apicales deben ejercer sobre la actividad de los subordinados, circunstancia cuya prueba dependerá, en gran

²⁶⁵⁸ Cfr. GARCÍA PÉREZ, J. J., "Cuestiones procesales en la exigencia...ob. cit., p. 3

parte, de la existencia de modelos de organización y gestión, efectivamente implementados en la entidad en el momento de cometerse tal delito y de su eficacia *ex ante* para la prevención de delitos de la naturaleza de aquel que ha sido cometido.

4.- Individualización de la pena. Las sanciones imponibles a las personas jurídicas

La sentencia de condena también debe contener, en su parte dispositiva, la individualización de la pena que consistirá siempre en una multa, cuya cuantía habrá que determinar aplicando las reglas que, a tal fin, prevé el CP y, en su caso, en una pena restrictiva de derechos, cuyos criterios de imposición aparecen regulados en el art. 66 *bis* CP.

4.1.- La multa

La multa es la pena reina del sistema sanciones previsto para las personas jurídicas²⁶⁵⁹, en tanto que es la única de imposición obligatoria. Así pues, siempre que una persona jurídica sea declarada culpable de un delito será condenada al pago de una multa, por eso la Preámbulo de la L.O. 5/2010, de 22 de junio, señala que “*es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el artículo 66 bis*” (apdo. VII). Resulta llamativo, eso sí, que, al igual que el resto de penas que se pueden imponer a las personas jurídicas, la multa se configure como una pena grave, ya que, hasta la introducción de este nuevo régimen de responsabilidad penal, siempre había sido una pena leve o menos grave²⁶⁶⁰.

Algunos de los motivos que justificarían la preeminencia de la multa frente al resto de sanciones serían, el menor coste estatal que supone su ejecución frente al resto de penas y el importante efecto disuasorio que tiene esta pena en relación con las empresas, dado el escrupuloso cálculo de previsión de costes y beneficios por el que se presupone que se guían sus actuaciones²⁶⁶¹. Igualmente, la relevancia del componente patrimonial de

²⁶⁵⁹ En este sentido, NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las...* ob. cit., p. 279, afirma que la multa constituye, sin lugar a dudas, la pena reina del Derecho Penal colectivo.

²⁶⁶⁰ Esta dualidad de regímenes jurídicos de la multa ya fue objeto de crítica por el Consejo Fiscal. Informe al Anteproyecto de reforma del CP publicado en el BOCG de 15 de enero de 2007 (núm. expte. 97/2015), p. 16, ya que entiende que si esta pena nunca es grave cuando se impone a personas físicas, y siempre lo es cuando se impone a personas jurídicas, esta disfunción -nominal o sustancial, según se mire- debería al menos explicarse en la Exp. de Motivos. En mi opinión los distintos límites temporales y cuantitativos de la multa, según se imponga a personas físicas o a personas jurídicas, podría justificar la expresada dualidad.

²⁶⁶¹ En este sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Penas a personas jurídicas” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 111-126, p. 114, señala que el hecho de que las empresas calculen escrupulosamente los costes y beneficios derivados de su actuación hace que puedan

muchas organizaciones hace de la multa una sanción especialmente apropiada para afectar a su estructura.

Para la determinación de la cuantía de la multa se prevén dos sistemas diversos, el proporcional y el de días multa. Para decidir a qué sistema acudir hay que estar a cada uno de los delitos que cabe atribuir a las personas jurídicas, en tanto que para algunos se prevé el sistema proporcional, según el cual la multa se calcula en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida. Sería el caso de los delitos de trata de seres humanos (art. 177 bis 7º CP), de prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis CP), del delito de estafa (art. 251 bis CP), de los delitos contra la propiedad industrial e intelectual (art. 288 1º. I CP), de ciertos delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 288 1º. II CP en relación con los art. 283, 285 y 286 CP), financiación ilegal de partidos (art. 304 bis 5 CP), de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis CP) y de los delitos de falsificación de moneda (art. 386 5 CP). Para otro grupo de delitos se opta por el sistema de días-multa, en el que se fija un número de cuotas, en atención a la culpabilidad del condenado, y el montante de la cuota diaria, en atención a su situación económica. Este sistema se prevé en los siguientes delitos: descubrimiento y revelación de secretos (art. 197 quinquies CP), delitos de frustración de la ejecución (art. 258 ter CP), insolvencias punibles (art. 261 bis CP), blanqueo de capitales (art. 302.2 CP), delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP), falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis 1 CP), tráfico de influencias (art. 430 II CP), delitos de incitación al odio, a la discriminación o a la violencia (art. 510 bis CP) y financiación del terrorismo (art. 576 bis 3 CP). Por su parte, para algunas conductas criminales se prevén ambos sistemas, el proporcional y el de días-multa, debiendo el juzgador optar por el que dé como resultado un montante superior. Así ocurre, en particular, en los delitos de daños informáticos (art. 264 quáter CP), en la mayoría de los delitos relativos al mercado y a los consumidores, así como de corrupción en los negocios, entre los que se incluye el de corrupción de funcionario público extranjero (art. 288.1º CP en relación con los arts. 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quinquies CP), en los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 5 CP), en aquellos contra la ordenación del territorio (art. 319.4 CP), en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328 CP), en los delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP), en los delitos contra la salud pública (arts. 366 y 369 bis CP) y en los de cohecho (art. 427 bis CP). Así mismo, hay que tener en cuenta que, cuando no sea posible calcular la multa proporcional, ésta deberá fijarse a través del sistema de días-multa que, para determinar el número de cuotas, tomará como referencia la pena de prisión prevista para las personas físicas.

No se acierta a adivinar cuáles han sido las razones que han llevado al legislador a optar por uno u otro sistema de cuantificación de la multa en cada uno de los tipos delictivos

ser disuadidas de manera sumamente eficaz mediante la imposición de multas; Del mismo autor “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 7534, 23 de diciembre de 2010.

imputables a las personas jurídicas²⁶⁶². Cabe recordar, en este punto, que la multa proporcional está inserta en la trilogía de los remedios penales más efectivos para la obtención de patrimonios ilegales²⁶⁶³, cuestión clave en la lucha contra la delincuencia económica por lo que, de *lege ferenda*, parece recomendable establecer el sistema de la multa proporcional, como norma general, utilizando el de días multa, como recurso subsidiario, para los casos en que no sea posible calcular la multa proporcional o para aquellos delitos, como los de incitación al odio, a la discriminación o a la violencia (art. 510 bis CP) o los de financiación del terrorismo (art. 576 bis 3 CP), que no tienen una finalidad esencialmente lucrativa.

En cuanto al sistema de días-multa, establece el CP que se fijará en la sentencia el importe de las cuotas, que oscilarán entre los 30 y los 5000 euros diarios (art. 50.5 CP) teniendo en cuenta exclusivamente la situación económica del reo. Para conocer la capacidad económica de las personas jurídicas se tomarán en consideración el estado de las cuentas de la entidad y sus declaraciones de impuestos. Con tal finalidad, podría ser preciso remitir un oficio al RM para interesar el estado de cuentas anuales cuando su inscripción sea obligatoria (arts. 365, 372 y 375 RRM, 41.2 del CCo y D.A. 6ª Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones) y a la Agencia Tributaria, interesando la justificación de la existencia de impuestos de declaración obligatoria como el impuesto de sociedades y el impuesto sobre el valor añadido²⁶⁶⁴. En cuanto al número de cuotas a satisfacer, corresponderá una 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 (art. 52.4 CP). A continuación, para determinar el número de cuotas, dentro de los tramos que prevé el CP, habrá que valorar la concurrencia de atenuantes y agravantes y atender a las normas que el art. 66 bis CP prevé para su cómputo, todo lo cual debe ser exteriorizado en la sentencia, para que las partes conozcan la influencia de todas las circunstancias que han afectado a la determinación de la condena.

Otro extremo al que podría hacer referencia la sentencia es al fraccionamiento del pago de la multa impuesta, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general (art. 53.5 CP). A tal fin, la propia entidad podrá solicitar el fraccionamiento, debiendo probar los peligros para su supervivencia o para mantener a sus trabajadores, mientras que si se trata de una causa de interés general parece que podría ser, igualmente, apreciada de

²⁶⁶² En este sentido, FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Las consecuencias jurídicas del...ob. cit., p. 238, critica la inexistencia de un criterio político-criminal claro que permita conocer la razón para optar por uno u otro sistema en los diferentes delitos.

²⁶⁶³ Estos remedios serían, según CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal comiso y la pérdida de la ganancia*, Dikynson, Madrid, 2001, pp. 23-24, la confiscación (o decomiso), la multa proporcional y la exigencia de responsabilidad fiscal; En este sentido, resulta interesante la nueva regulación del decomiso prevista en el CP (arts. 127-128), así como la previsión del procedimiento de decomiso autónomo previsto en la LECrim (arts. 80 ter a-800 ter u). Este último procedimiento permite el decomiso de bienes frente a terceros distintos del investigado o encausado, con lo que posibilita decomisar los bienes, pertenecientes a una persona jurídica, cuando se entienda que son fruto de un delito, aun cuando éste no resulte imputable a la entidad.

²⁶⁶⁴ ROMA VALDÉS, A.; I. Escoz García (coord.), *Responsabilidad de las personas...ob. cit., p. 92.*

oficio por el Juez o manifestada por el MF. En todo caso, hacer uso de la facultad de fraccionamiento requerirá una motivación que ha de exteriorizarse en la resolución judicial que deberá, así mismo, establecer un calendario de pagos viable para la entidad.

Por su parte, el art. 31 ter 1 *in fine* CP señala que “*cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas –persona física y persona jurídica- la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos*”²⁶⁶⁵. Este precepto resulta un tanto extraño desde la perspectiva de la dogmática penal tradicional, en tanto que si las penas, incluida obviamente la de multa, son personales, no se entiende porque habría que modular las cuantías de las impuestas a dos sujetos diversos que, en principio, responden del delito por su propia culpabilidad, en atención a la gravedad del hecho. Desde luego, no ocurre así en supuestos de coautoría o de participación delictiva de dos personas físicas en un mismo delito. En este sentido, se argumenta que si “*estamos ante sujetos de Derecho distintos, no se entiende la conveniencia de modulación alguna, ni se aprecia quebranto ninguno de la proporcionalidad como no lo hay en el régimen de la coautoría*”²⁶⁶⁶.

Por otra parte, resulta evidente que, tratándose de dos sujetos diversos, no hay problemas de *bis in idem*, en tanto que faltaría la segunda de las tres identidades requeridas, cuales son la identidad de hecho, sujeto y fundamento, con lo que, tampoco aquí puede hallar su razón de ser la obligación impuesta al Juez de modular las respectivas penas de multa²⁶⁶⁷.

4.2.- Las penas interdictivas

Si a la pena de multa pretende añadirse la imposición de alguna de las sanciones previstas en al art. 33.7 apdos. b) a g) CP habrá que declarar probada en la sentencia la concurrencia de alguna de las circunstancias que aparecen en el art. 66 bis CP y de las que depende la imposición de estas otras penas restrictivas de derechos. En relación con éstas, en tanto que su imposición es facultativa y comporta, por lo tanto, una mayor libertad del juzgador, la obligación de motivación y fundamentación será, en principio, más intensa. Así pues, mientras para imponer la pena de multa basta con constatar la responsabilidad penal de la persona jurídica por la comisión de un delito, para las penas restrictivas de derechos es preciso valorar determinadas circunstancias adicionales que requieren realizar un juicio de prognosis sobre la posibilidad de reiteración delictiva y sobre las consecuencias económico-sociales de la propia pena, sobre la continuidad de la entidad y/o sobre sus trabajadores.

²⁶⁶⁵ Sobre este precepto, véase FARALDO CABANA, P., “La obligatoria modulación de las multas...ob. cit., p. 2.

²⁶⁶⁶ CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 966.

²⁶⁶⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal...ob. cit.*, pp. 171-172; Se volverá a incidir en esta cuestión en el apdo. 3 del epígrafe VII de este capítulo, al tratar el efecto negativo de la cosa juzgada.

4.2.1.- Los criterios del art. 66 bis CP, junto con otras atenuantes y agravantes, como forma de determinar la imposición y duración de las penas interdictivas

En primer lugar, el CP señala que para decidir sobre la imposición y la extensión de penas distintas de la multa habrán de tomarse en consideración los siguientes elementos: 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*” (art. 66 bis CP).

Por lo tanto, cabe afirmar que las sanciones de naturaleza interdictiva a que se refieren las letras b) a g) del art. 33.7 CP, exigen, además de la prueba del hecho delictivo, la realización de un juicio de peligrosidad criminal de la persona jurídica²⁶⁶⁸, en tanto que la imposición de tales penas aparece subordinada a necesidades de prevención especial. Este juicio sobre el riesgo de reiteración delictiva ha de referirse al momento del enjuiciamiento, o al momento de determinación de la pena, de tal forma que, si la entidad presentaba perfiles de peligrosidad en el momento de comisión del delito, pero posteriormente, ha adoptado medidas idóneas para eliminar o reducir tal peligrosidad a niveles de riesgo permitido, tales como la implementación de programas de cumplimiento o la reorganización de la cúpula directiva, el riesgo de comisión de nuevos delitos o de que continúe la actividad delictiva o sus efectos, decaerá y no procederá aplicar las penas interdictivas con tal finalidad disuasoria²⁶⁶⁹. En este punto, cobran una relevancia especial las actuaciones posdelictivas de la entidad dirigidas a implementar modelos de organización y gestión que sirvan para prevenir la comisión futura de ilícitos.

Por otra parte, ese riesgo para los bienes jurídicos protegidos por la norma penal, debe valorarse conjuntamente con las consecuencias de naturaleza económica y/o social que la imposición de tales penas podría conllevar, tomando especialmente en consideración los intereses de los trabajadores de la entidad, que podrían perder sus empleos si se dispone el cierre de su centro de trabajo o la suspensión de las actividades que venían desempeñando en la organización. Por este motivo, de *lege ferenda*, podría resultar adecuado dar audiencia en el juicio a los trabajadores, a través de algún representante, para tomar en consideración sus intereses a la hora de determinar la condena de la entidad. También será necesario ponderar y valorar si la ejecución de la medida afecta a intereses de terceros perjudicados²⁶⁷⁰, dado que es posible, por ejemplo, que los locales utilizados con fines delictivos no sean propiedad de la persona jurídica, en cuyo caso, antes de la adopción de esta medida debería, al menos, establecerse un trámite de audiencia para esos terceros perjudicados que no han sido parte en el proceso o, incluso, permitirles intervenir en el proceso en relación con aquellos aspectos que afecten directamente a sus bienes, derechos o situación jurídica, al estilo de lo previsto para los terceros afectados por el decomiso (arts. 803 ter a), b) c) y d) LECrim).

²⁶⁶⁸ FGE, Circular 1/2011, p. 70

²⁶⁶⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 30.

²⁶⁷⁰ ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas*...ob. cit., p. 193.

Igualmente, a la hora de acordar la pena de inhabilitación para contratar con la Administración Pública, o para recibir subvenciones o ayudas públicas, deberá tenerse especialmente en cuenta la dependencia económico-financiera de la entidad respecto de las aportaciones públicas a su actividad, ya que la subsistencia de ciertas empresas puede depender de sus contratos con la Administración o de las subvenciones o ayudas públicas, como podría ocurrir con una empresa dedicada a la obra civil o con ciertas explotaciones agrícolas o ganaderas. En este sentido, deberán valorarse las circunstancias concretas de la empresa responsable para evitar que la sanción tenga unas consecuencias desproporcionadas en relación con la gravedad del hecho y con las necesidades preventivas que está llamada a cumplir la condena penal.

Por último, en relación con la pena de intervención, deberán tenerse especialmente en cuenta las consecuencias económicas y sociales que la condena de la persona jurídica podría tener para terceros interesados, ya que esta pena está destinada, específicamente, a salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores. En este sentido, para la imposición de esta sanción será necesario motivar la necesidad de protección de alguno de esos dos colectivos. De hecho, por expresa disposición legal, su duración máxima vendrá determinada por el tiempo necesario para la salvaguarda de los derechos de los trabajadores o acreedores de la entidad (art. 33.7 g) CP).

El Juez ha de ponderar razonablemente la peligrosidad de la entidad y el impacto que una pena restrictiva de derechos podría tener sobre la economía, la sociedad, el interés público y los intereses de terceros, particularmente los de los trabajadores de la persona jurídica. En tal sentido, cabe argumentar que cuando sea previsible que el impacto social de la pena puede ser muy elevado, con efectos colaterales desastrosos para trabajadores u otros *stakeholders*, sólo se impondrán las penas interdictivas en supuestos de extrema gravedad, en los que la peligrosidad de la entidad, entendida como el riesgo de que reitere las conductas delictivas por las que ha sido condenada, no puede encauzarse por medios menos agresivos, como podría ser una intervención judicial.

Ahora bien, esta obligación de ponderación no ha de interpretarse de forma que se limite la imposición de estas penas restrictivas de derechos a sociedades pantalla o sin actividad legal, ya que el uso instrumental de la entidad para la comisión de delitos, o el hecho de que su actividad ilegal sea superior a la legal, es requisito para imponer las penas interdictivas por tiempo superior a dos años²⁶⁷¹. Consecuentemente, por debajo de tal límite temporal, la instrumentalidad de la entidad no es *conditio sine qua non* para la aplicación de las penas interdictivas que deben usarse, así mismo, para potenciar la fuerza preventiva del Derecho Penal, reforzando de esta manera, desde la perspectiva de la prevención general, su efecto disuasorio, y previniendo la reincidencia de las entidades ya condenadas, desde el punto de vista de la prevención especial.

Otro de los criterios que el juzgador deberá tomar en consideración para decidir sobre la imposición y extensión de las penas restrictivas de derechos es el puesto que en la

²⁶⁷¹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., pp. 30-31.

estructura de la entidad ocupa la persona que incumplió el deber de control. Esta circunstancia parece responder a la doctrina del *alter ego*, basada, a su vez, en las teorías organicistas propias del Derecho Administrativo, que identifica la actuación de los altos cargos de la organización con la de la propia organización²⁶⁷² y, en virtud de la cual, a mayor implicación del alto directivo en el hecho criminal, mayor debe ser el reproche de la persona jurídica, por cuanto son los dirigentes de la corporación quienes encarnan a la entidad y quienes, en la práctica, diseñan y ejecutan la política empresarial²⁶⁷³.

Por otra parte, la implicación de un alto cargo puede ser expresiva de que esa práctica ilegal se encuentra extendida o generalizada como forma de actuación de la entidad, sin que sea posible entenderla como un hecho aislado de un “empleado pícaro”²⁶⁷⁴ que, fraudulentamente, haya burlado las medidas de control de la entidad para cometer el delito²⁶⁷⁵. Por consiguiente, si quien delinquiró fue un alto cargo o, incluso, si se prueba que la dirección estaba al tanto de la comisión de delitos, si los incentivaba de algún modo o si hacía dejación de sus funciones en lo que se refiere a las tareas de vigilancia y control en relación con sus subordinados, la necesidad de imponer penas restrictivas de derechos puede ser mayor, siendo modulable según el grado de implicación de los sujetos apicales. Lo mismo cabe decir de la implicación de los sujetos específicamente encargados de la prevención y control de los delitos, que sirve para poner claramente de manifiesto la ineficacia de los sistemas de supervisión y control de esa persona jurídica.

A mayor abundamiento, el juzgador, a la hora de valorar la imposición de las penas interdictivas deberá tomar en consideración la concurrencia de atenuantes y agravantes de la responsabilidad de la entidad y las reglas para su cómputo serán las previstas, generalmente, en el art. 66 CP apdos. 1º a 4º y 6º a 8º (art. 66 *bis* CP). Las atenuantes son las dispuestas taxativamente para las personas jurídicas en el art. 31 quáter CP, mientras que las circunstancias *ut supra* señaladas también podrán servir para agravar la responsabilidad de la entidad junto con las circunstancias de reincidencia, uso instrumental de la persona jurídica para la comisión de delitos y multirreincidencia.

²⁶⁷² RIGO, F., “Il giudizio”...ob. cit., p. 362; Relacionado con este entendimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas está el *high managerial test* previsto en el Código Penal Modelo americano, que imputa a la entidad los delitos autorizados, solicitados, ordenados, ejecutados o tolerados imprudentemente por el Consejo de Administración o por un alto directivo. Al respecto véase GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas*...ob. cit., pp. 50-52.

²⁶⁷³ FGE, Circular 1/2011, p. 45

²⁶⁷⁴ Es lo que se conoce en la doctrina estadounidense como un *rogue employee*, que sería aquel que actúa al margen de las directrices de la entidad, de forma aislada y autónoma. En este caso, incluso en EE. UU., donde rige, casi sin límites la teoría del *respondet superior*, la entidad podría quedar exenta de responsabilidad. Véase, en este sentido, KRAUSS, A., “Protecting Your Business against Rogue Employees”, *Commercial & Business Litigation*, Vol. 16, núm. 1, 2014, pp. 7-10.

²⁶⁷⁵ Esta es, precisamente, una de las condiciones cuya acreditación se exige a la persona jurídica que pretende quedar exenta de responsabilidad penal, a pesar de que uno de sus dirigentes haya cometido un delito en su nombre o por su cuenta y en su beneficio. Así pues, además de la implementación de un modelo de organización y gestión eficaz y de la existencia de un órgano encargado de la supervisión del funcionamiento de tal modelo, la entidad deberá acreditar que “los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención” (art. 31 bis 2. 3º CP), en otras palabras, que se han comportado como un “*rogue employee*”.

En cuanto a las reglas específicas para determinar la duración de las penas previstas para las personas jurídicas, cabe señalar que, para la imposición de las penas interdictivas por un plazo de más de dos años, es preciso declarar en sentencia que la entidad es reincidente o que ha sido usada instrumentalmente para cometer delitos, supuesto, este último, que se entenderá cumplido siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal lo cual, también deberá deducirse de la práctica de la prueba y ser así declarado en la sentencia.

Por su parte, la L.O. 1/2015, de 30 de marzo, ha introducido, en este punto, una nueva limitación para el caso de que el delito haya sido cometido por un subalterno, por tanto, sin poder de representación o de decisión y sin facultades de organización y control dentro de la entidad. En tal caso, se dispone que cuando el “*incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos años*” (art. 66 bis 2º III CP). La finalidad de esta nueva limitación legal parece ser vincular, en mayor medida, la penalidad del ente a la gravedad del incumplimiento de sus deberes de vigilancia y control, con lo que se consigue ligar más directamente la individualización de la pena de la persona jurídica con su grado de culpabilidad. El problema es que, introduciendo esta disposición, el legislador incurre en una cierta incoherencia en tanto que, primero exige, como injusto típico imputable al ente el incumplimiento *grave* de sus deberes de supervisión, vigilancia y control (art. 31 bis 1 b) CP), mientras que, a la hora de individualizar la pena, contempla la eventualidad de tal incumplimiento *no tenga carácter grave* (art. 66 bis 2º III CP). Pues bien, a la espera de que el legislador enmiende el error en que ha incurrido, una interpretación *pro reo* exige que, sólo si se considera probada la gravedad de los incumplimientos de la entidad en sus funciones de vigilancia y supervisión, la persona jurídica deba responder por los delitos cometidos por sus subalternos.

Análogamente, para la imposición de la pena de disolución o las de prohibición de realizar en el futuro las actividades vinculadas al delito y de inhabilitación por un plazo superior a cinco años, será preciso declarar probado, o bien que la entidad se utiliza instrumentalmente para cometer delitos, o bien que es multirreincidente, esto es, reincidente con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos de la misma naturaleza comprendidos en el mismo título del CP (art. 66 bis 2º IV CP). A mayor abundamiento, las penas que cabe imponer con duración temporal, dejando al margen la de multa, no pueden exceder de la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física (art. 66 bis 2º CP). Con esta disposición, se pretende vincular la duración de la pena a la gravedad de la conducta delictiva perpetrada en el seno de la entidad, medida, en este caso, a través de la pena de prisión prevista para su autor.

En aplicación de tales criterios, con el fin de aclarar la compleja redacción del art. 66 bis CP, cabe indagar sobre los supuestos en que procederían algunas de las penas interdictivas previstas en el art. 33.7 CP. Así pues, por ejemplo, la pena de disolución, que supone la pérdida definitiva de la personalidad jurídica, así como la imposibilidad de realizar actividades, aun cuando sean lícitas, y de operar en el futuro en el tráfico jurídico, sólo podrá ser impuesta cuando la persona jurídica sea multirreincidente o esté

siendo usada como instrumento para delinquir, sin actividad legal relevante. La razón radica en que tal sanción, por su propia naturaleza, es de carácter permanente, esto es, no admite modulaciones ni límites temporales, por lo que se reserva para los casos más graves. Precisamente su gravedad y su carácter definitivo hacen que deba limitarse a aquellos supuestos de personas jurídicas de imposible o difícil “rehabilitación” o para los casos más graves, en atención al principio de proporcionalidad, que siempre debe regir en la determinación de las sanciones penales²⁶⁷⁶. En este sentido, ciertos autores sostienen que está prevista para organizaciones cuyo objeto es, exclusivamente, la comisión de delitos, pero lo cierto es que no debe descartarse para otros supuestos graves, en los que una organización con actividad lícita se encuentre en un estado tal que no pueda ser saneada sin riesgo de que la actividad delictiva continúe o de que aumenten sus efectos²⁶⁷⁷.

Por su parte, la pena de suspensión de actividades limita temporalmente el derecho de la entidad a operar en el tráfico jurídico, estando sometida a dos plazos, uno absoluto y otro relativo. El primero de ellos es un plazo máximo infranqueable de cinco años, pero además el art. 66 bis 2º CP, tal y como se acaba de referir, establece otro límite relativo coincidente con la duración de la pena privativa de libertad, prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física. Ahora bien, a los efectos que aquí interesan, hay que tener en cuenta que para imponer esta sanción con una duración superior a dos años es necesario que, o bien la persona jurídica sea reincidente, o bien se use instrumentalmente para cometer delitos y, en su caso, que se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de los superiores sobre los subalternos. Y otro tanto cabe decir de la pena de clausura de locales y establecimientos y de la pena de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, si bien, esta última podrá ser temporal o definitiva, señalándose que, para el caso de que se impusiere con carácter temporal, tendrá una duración máxima de quince años.

Así mismo, la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, está sujeta a los mismos presupuestos y criterios de aplicación. Es decir, una vez que se declare penalmente responsable al ente colectivo, habrá que atender, para decidir sobre la imposición y extensión de esta pena, a las consecuencias económicas y sociales que acarreará esa prohibición, al puesto que ocupaba en la estructura de la organización la persona que incumplió el deber de control y a la finalidad de evitar o prevenir la reiteración delictiva. En particular, en cuanto a su duración máxima viene fijada por la ley en quince años, si bien con los límites ya señalados para el resto de medidas de duración temporal. Por lo tanto, en primer lugar, no podrá superar la duración de la pena de prisión que se le impondría a una persona física si hubiese cometido ese delito. En segundo lugar, sólo podrá superar los dos años de duración si concurre la agravante de reincidencia o si la persona jurídica es usada

²⁶⁷⁶ En este sentido se manifiesta DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., p. 27, para quien esta pena capital debe ser la *ultima ratio*, reservada sólo para los casos más extremos, debiendo ser impuesta, especialmente, cuando nos encontremos ante auténticas empresas de fachada o pantalla en las que la ausencia o menor importancia de la actividad empresarial real determinará, por lo general, que el impacto social sea mínimo.

²⁶⁷⁷ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas*...ob. cit., pp. 103-104.

instrumentalmente para cometer delitos. Y, en tercer lugar, para imponerla con una duración superior a cinco años es necesario que concorra alguna de las siguientes circunstancias, o bien la agravante de multirreincidencia, en los términos establecidos en el art. 66.5 CP, o bien el uso instrumental de la persona jurídica, que se entenderá acreditado, en todo caso, cuando la actividad ilegal sea mayor que la legal.

Se observa que los límites temporales se superponen, de tal forma que, por ejemplo, cuando haya un uso instrumental de la entidad en orden a la comisión de ilícitos penales, concepto ya de por sí necesitado de prueba y de concreción judicial en la sentencia, será posible imponer, la medida con carácter temporal, por plazo superior a cinco años, o con carácter permanente, cuando haya sido prevista así en el CP, siendo su individualización una decisión discrecional del Juez que deberá ponderar los criterios *ut supra* señalados para determinar la procedencia de la pena y su duración.

4.2.2.- Necesidad de respetar el principio de proporcionalidad en la individualización de la condena

En el caso de las penas interdictivas previstas para las personas jurídicas, el CP deja amplia libertad, a la acusación para solicitar, y al Juez para acordar, su imposición. En este sentido, como regla general, en cada una de las figuras delictivas que, a lo largo de la Parte Especial del CP, prevén la responsabilidad de las personas jurídicas, no se concreta la pena correspondiente ni su duración, sino que se establece una cláusula genérica que dispone que, cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis CP, una persona jurídica sea responsable, los Jueces y Tribunales, atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis CP, podrán imponer, además de la pena de multa, las recogidas en las letras b) a g) del apdo. 7 del art. 33 CP. Así pues, esta cláusula se utiliza indistintamente en relación con delitos tan diversos como la trata de seres humanos, el descubrimiento y revelación de secretos o la estafa. Por consiguiente, independientemente del delito de que se trate, las posibilidades penológicas, en abstracto, no varían, haciéndose depender, no sólo, ni principalmente, de la gravedad de la actuación delictiva, sino de las circunstancias previstas en el art. 66 bis CP analizadas en el apdo. anterior. Aunque, tal y como se señaló *ut supra*, la duración máxima de las penas restrictivas de derechos no sobrepasará la de la pena privativa de libertad prevista para el autor del delito, duración que, obviamente, sí responde a la gravedad del delito en cuestión.

Con este peculiar sistema sancionatorio parece evidente que se incrementa la libertad judicial en la determinación de las penas. En primer lugar, porque tales penas no son de imposición obligatoria, sino que la ley señala que el Juez *podrá imponerlas*. En segundo lugar, porque no existen criterios legales para elegir, de entre las penas que prevé el CP, cuál corresponde en cada caso, o cuál es la más idónea en función del delito de que se trate, dejando a salvo ciertos supuestos en que sí se liga la específica respuesta sancionatoria a una concreta figura delictiva²⁶⁷⁸. Así pues, con pleno respeto al principio

²⁶⁷⁸ Por ejemplo, en el caso de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, se dispone que, además de la pena de multa, “*se impondrá a la persona jurídica responsable la pérdida de la*

acusatorio, que impediría al Juez acordar una pena más grave que la solicitada por la acusación, resulta indudable que la flexibilidad de este sistema conduce a peligrosas dosis de libertad que, incluso, podrían poner en entredicho el principio de taxatividad de las normas penales. En tercer lugar, el contenido de las penas y su alcance aparece definido en términos muy amplios e indeterminados en la ley, con lo que se hace precisa una labor de concreción por parte del juzgador.

A los efectos que aquí interesan, esa libertad judicial, para no convertirse en arbitrariedad, ha de suponer un *plus* en cuanto a la obligación de motivación del juzgador, que deberá fundamentar su decisión haciendo referencia al resultado de las pruebas en relación con las circunstancias previstas en el art. 66 *bis* CP, así como en relación con la concurrencia de atenuantes. En este sentido, para seleccionar unas penas en detrimento de otras, el criterio ha de ser el principio de proporcionalidad en relación con la finalidad de evitar la reiteración delictiva, minimizando el daño a terceros no involucrados en el delito. En este sentido, la legislación italiana establece dos reglas muy interesantes que podrían deducirse, para nuestro ordenamiento, del principio de proporcionalidad, de creación jurisprudencial, que debe informar la adopción de cualquier medida restrictiva de derechos. En primer lugar, se señala que el tipo y la duración de las sanciones deben de tener en cuenta su idoneidad para prevenir delitos de la especie del que se ha cometido (art. 14.1 *in fine* D. Lgs. 231). En segundo lugar, se señala que la prohibición del ejercicio de la actividad, siendo la sanción más grave, se acodará sólo cuando el resto de sanciones interdictivas resulten inadecuadas (art. 14.4 D. Lgs. 231) o insuficientes para alcanzar la finalidad perseguida. De esta forma, se consagran legalmente los requisitos de idoneidad y de necesidad que, junto con el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que atiende a que la medida en cuestión no sea desmesurada en relación con la gravedad de los hechos, configuran el principio de proporcionalidad según doctrina constitucional consolidada²⁶⁷⁹.

Por otra parte, en cuanto al alcance o al contenido de las penas interdictivas se observa como el CP es poco preciso también a la hora de determinar tales extremos. Así pues, la forma en que aparecen referidas algunas de tales penas, tales como la suspensión de actividades (art. 33.7.c) CP), el cierre de locales y establecimientos (art. 33.7.d) CP), 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 (art. 33.7.f) CP) y la intervención judicial (art. 33.7.g) CP), es muy amplia e imprecisa. Por consiguiente, será el Juez el que deba determinar, en la sentencia, qué actividades se deben suspender, qué concretos locales o establecimientos es preciso clausurar, qué inhabilitaciones debe sufrir la entidad y qué alcance y contenido ha de tener la intervención judicial. En esta tarea de concreción podría resultar adecuado que el objeto de las penas restrictivas de derechos se limitase a aquellas actividades, locales, establecimiento o actuaciones más afectadas o relacionadas por la actuación delictiva²⁶⁸⁰.

posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años" (art. 310 bis II CP).

²⁶⁷⁹ Ver, por todas, STC 96/2012, de 7 de mayo; 8/2015, de 22 de enero.

²⁶⁸⁰ En este sentido, la regulación italiana señala que las sanciones interdictivas tienen por objeto la específica actividad a la cual se refiere el ilícito del ente (art. 14.1 D. Lgs. 231).

En esta línea, en relación con la suspensión de actividades se ha dicho que la acusación pública deberá “concretar el sector o ámbito concreto de la actividad que deba suspenderse, que lógicamente habrá de ser el que esté más directamente vinculado con la actividad delictiva atribuida a la corporación”²⁶⁸¹.

Así mismo, en cuanto a la clausura de locales se observa que “parece excesivamente rígido entender como única sanción posible la clausura de todos sus locales y establecimientos”. Por lo tanto, “el mismo argumento empleado para la suspensión permite también en este caso una intelección del precepto que permita optar por la clausura de algunos o todos los locales y establecimientos de la persona jurídica, según su vinculación con los hechos penalmente relevantes”²⁶⁸². Y es que, aun cuando la ley no es suficientemente específica en relación con el contenido de la medida, parece lógico que se trate de locales o establecimientos relacionados con la actividad delictiva, ya que el fin de la medida es más preventivo-especial que represivo, luego no tendría sentido privar a la persona jurídica de locales o establecimientos que tuviese inutilizados o que no tuviesen ninguna relación con la actividad delictiva²⁶⁸³. Además, parece adecuado entender que se trata de una clausura de carácter funcional y no estrictamente física, en el sentido de que los locales objeto de tal medida no podrán ser usados para la actividad que se venía desarrollando en los mismos, aunque podrán ser objeto de las reformas necesarias a fin de afectarlos a otra actividad o, incluso, de traspasarlos a un tercero para realizar una actividad distinta. Por otra parte, es preciso determinar si la clausura implica la inoperatividad total o tan sólo la inoperatividad mercantil o fabril, permitiéndose actividades de mantenimiento y de gestión ordinaria que permitan conservar el valor del patrimonio social, de tal forma que, cumplida la condena, resulte económica y jurídicamente viable reanudar la actividad empresarial²⁶⁸⁴. El carácter temporal de la medida y la conveniencia de evitar resultados antieconómicos abogan por esta última solución.

Igualmente, para imponer la pena de prohibición de actividades, la sentencia deberá motivar la relación de las concretas actividades que se prohíben con los delitos cometidos, así como la adecuación de tal prohibición a la finalidad de prevención de nuevos hechos delictivos²⁶⁸⁵. En este caso, no sólo por una cuestión de proporcionalidad, sino por expresa disposición legal, dado que la pena consiste, precisamente, en la prohibición de realizar en el futuro *las actividades en cuyo ejercicio*

²⁶⁸¹ FGE, Circular 1/2011, p. 66.

²⁶⁸² Ídem. p. 66.

²⁶⁸³ NEIRA PENA, A. M^a, “Las penas aplicables a personas jurídicas” en AA.VV. P. Faraldo Cabana; L. M^a. Puente Aba (coords.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 393-426, p. 409.

²⁶⁸⁴ En este sentido, la regulación italiana sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica, contenida en el D. Lgs. 231, tantas veces citado, establece, en su art. 74.4, una peculiar competencia en ejecución que faculta al juez para permitir a la empresa que ha sido sancionada con la interdicción de la actividad realizar actos de gestión ordinaria (por ejemplo, derivados de obligaciones ya contraídas con terceros y aquellas que resulten necesarias para evitar un irresistible deterioro del aparato productivo o de la maquinaria). De este modo, según GALLUCCI, E., “L’escuzione” en AA.VV., G. Lattanzi (dir.) *Reati e responsabilità degli enti: guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, 2^a ed. Giuffrè, Milano, 2010, pp. 721-760, p. 730, se pretende tutelar los legítimos derechos de terceros y conservar el valor de la entidad.

²⁶⁸⁵ ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a personas jurídicas” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 287-298, p. 295.

se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Por consiguiente, la relación entre la actividad prohibida por la condena y el delito imputado a la persona jurídica ha de ser directa, lo que implica que, o bien el delito se ha cometido en el desarrollo de dicha actividad, o bien que tal actividad ha servido, cuando menos, al favorecimiento o encubrimiento del delito o de sus efectos. Evidentemente, todos estos extremos han de motivarse en la sentencia de condena, que deberá especificar qué concretas actividades se prohíben y cuál es su relación con el delito cometido.

Y otro tanto cabría decir en relación con las inhabilitaciones administrativas, previstas en el art. 33.7. f) CP, precepto que no contiene una sólo pena, sino un conjunto de ellas, con lo que será posible imponer una o varias conjuntamente según cual haya sido el delito cometido y cuáles sean las necesidades de prevención, circunstancias, todas ellas, que deberán ser expresamente recogidas en la sentencia. Es preciso distinguir, en este punto, las distintas penas que prevé el precepto. En primer lugar, estaría la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas. En segundo lugar, la prohibición de contratar con las Administraciones públicas. Y, en tercer lugar, la exclusión del goce de los beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social a los que tuviera derecho o pudiese optar la entidad. También en este punto la regulación italiana, es más precisa que la española, señalando que la prohibición de contratar con la Administración Pública puede ser limitada a determinado tipo de contratos o a una concreta administración (art. 14.2 D. Lgs. 231).

Por último, en relación con la pena de intervención judicial el propio CP dispone expresamente que *“la intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio”* (art. 33.7 g) II CP). En efecto, en empresas con una estructura organizacional descentralizada, como suelen tener las organizaciones grandes y diversificadas, es posible que el riesgo de reiteración delictiva o las consecuencias que para los trabajadores tendría la imposición de una pena determinada, se manifiesten sólo en relación con una determinada división, sección o unidad de negocio y no con la organización en su conjunto, situación en la cual, el principio de proporcionalidad obligaría a limitar la intervención al ámbito en el que fuese estrictamente necesaria, esto es, idónea para prevenir la reiteración delictiva, minimizando las consecuencias económicas y sociales derivadas de su imposición.

Por lo tanto, el Juez decidirá cuál ha de ser la intensidad de la medida de intervención precisa para salvaguardar los derechos de los trabajadores y evitar la reiteración delictiva, pudiendo acordar la sustitución de los administradores de la entidad por el administrador judicial o, simplemente, una suerte de control de la actividad de los administradores existentes, por parte de un interventor, que fiscalice su actuación o que autorice la toma de ciertas decisiones concretas, que puedan comprometer las finalidades de la medida. En definitiva, el ámbito e intensidad de la intervención, que ha de tomar en consideración la necesidad de salvaguarda de los derechos de los trabajadores y los acreedores y, en su caso, la necesidad de prevenir la reiteración delictiva, debe determinarse y motivarse en la resolución judicial, respetando, en todo caso, el principio de proporcionalidad.

Por otra parte, el CP dispone que “*el Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial*” (art. 33.7 g) II CP). Ahora bien, en mi opinión, la posibilidad de emplear un auto posterior a la sentencia para determinar ciertos aspectos de esta medida debe usarse con cautela. La amplitud con que se acuerda la intervención, esto es, qué unidades de negocio o secciones se verán afectadas, su intensidad, si se trata de una administración o una intervención judicial y la finalidad de la misma son extremos que deberían especificarse en la propia sentencia,²⁶⁸⁶ pudiendo reservar para, su determinación a través del auto, aspectos secundarios que no supongan un incremento de la onerosidad de la medida para la entidad, tales como la designación concreta del interventor o los plazos en que debe rendir cuentas ante el Juez.

Como la medida de intervención es, en principio, menos gravosa que la suspensión de actividades y la clausura de locales, en tanto que asegura la continuación de la actividad, y además está preordenada a garantizar los derechos de terceros, parece que el Juez podrá ordenarla, aun cuando la acusación haya solicitado otra medida más gravosa, si entiende que con la intervención se ponderan mejor los intereses de evitar la reiteración delictiva y de minimizar los daños económicos y sociales, singularmente para los trabajadores de la entidad condenada. Obviamente, la adopción de una medida distinta a la solicitada por las partes debe ser siempre motivada por la autoridad judicial que la acuerda.

En general, cabe señalar que, cuando se impongan sanciones interdictivas, debería indicarse en la sentencia la actividad o la estructura objeto de tal sanción que, en la medida de lo posible, debería limitarse a la relacionada con el delito. De esta forma se cumpliría con la exigencia de personalización de las sanciones, previniendo el peligro de una aplicación desproporcionada de medidas represivas, que podría dañar innecesariamente la actividad del ente, con evidentes efectos reflejos sobre terceros extraños a la actividad ilícita²⁶⁸⁷. Con una correcta individualización del ámbito de estas penas, es posible evitar el bloqueo completo de la vida de la empresa, con los inevitables impactos económicos u ocupacionales que ello supone, así como prevenir incidentes en la ejecución, derivados de la situación de incerteza sobre el concreto contenido de las obligaciones o prohibiciones impuestas al ente²⁶⁸⁸.

En definitiva, la indeterminación de las penas previstas para las personas jurídicas, implica que el Juez deberá llevar a cabo una labor de selección de la pena más adecuada y de concreción de su alcance. Esta tarea de valoración, que debe aparecer expresamente recogida en la sentencia de condena, debe estar presidida por el

²⁶⁸⁶ En esta línea, se pronuncia VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 401, en relación con el comisario judicial previsto en la regulación italiana, que es una figura análoga a la del interventor judicial en el CP, señalando que, la atenta especificación en la sentencia de todo lo relativo a los poderes y deberes del interventor deviene fundamental para un correcto funcionamiento del mecanismo de nombramiento y para prevenir eventuales cuestiones que, en caso contrario, sería necesario resolver con una intervención, no siempre fácil, del Juez *in executivis*

²⁶⁸⁷ RIGO, F., “Il giudizio”...ob. cit., p. 376.

²⁶⁸⁸ CANEVELLI, P., “L’esecuzione delle sanzioni” en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Ipsosa, 2002, pp. 393-418, p. 403.

escrupuloso respeto al principio de proporcionalidad. Tal principio exige que el contenido de la condena, en cuanto al tipo de pena, a su alcance y a su duración sea idóneo para alcanzar la finalidad de evitar la reiteración delictiva, necesario, en el sentido de que no haya otra pena igualmente idónea a tal fin, que resulte menos invasiva para la entidad o que cause menos daños económicos y sociales, y proporcional en sentido estricto, esto es, que no resulte desmesurado en relación con la gravedad del ilícito que se imputa a la persona jurídica, con su responsabilidad en el mismo o con los riesgos delictivos que se pretendan conjurar con la medida en cuestión.

4.2.3.- Compensación con las medidas cautelares o sanciones anteriores

Por otra parte, hay que tener en cuenta que, algunas de las penas restrictivas de derechos, pueden ser impuestas en sede cautelar, en particular, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial. Por eso, tal y como se señaló en el apdo. 4.5.6 del epígrafe V del capítulo 2, relativo a las medidas cautelares, cuando se impone en vía definitiva una pena con el mismo contenido que la medida cautelar previamente acordada, habrá que descontar la duración de la cautela de la pena definitiva, lo cual debe ser señalado, expresamente, en la sentencia por el juzgador.

En este sentido, el art. 58 CP, que regula el abono en la pena del tiempo de privación de libertad sufrido provisionalmente, establece en su apdo. 4º que *“las reglas anteriores se aplicarán también respecto de las privaciones de derechos acordadas cautelarmente”*. A estos efectos, debe entenderse que las medidas cautelares imponibles a las personas jurídicas constituyen privaciones de derechos ya que, de lo contrario, se produciría el injusto resultado de prolongar *de facto* las suspensiones, clausuras e intervenciones por un tiempo superior al que permite el art. 33.7 CP²⁶⁸⁹. De hecho, tales medidas cautelares pueden afectar, en general, a la libertad societaria o al derecho de asociación, a la libertad de la entidad para establecer su propia organización, así como a su libertad para operar en el tráfico jurídico, con lo que cabe, razonablemente, considerar que suponen privaciones de derechos en el sentido del citado art. 58.4º CP.

En cuanto a la posibilidad de compensar o computar las sanciones sufridas previamente en un procedimiento administrativo sancionador se tratará esta cuestión en el epígrafe, relativo a la cosa juzgada y a la prejudicialidad, si bien, cabe adelantar aquí que, en tal caso, siempre que concurren las tres identidades, de hecho, sujeto y fundamento, la compensación, contrariamente a lo que señala la doctrina del TC, no parece suficiente para mitigar la vulneración del principio *ne bis in idem*, al menos en su vertiente procesal, en tanto que la responsabilidad de la entidad por el hecho sería juzgada dos veces.

²⁶⁸⁹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., pp. 164-165.

5.- La inscripción registral de la sentencia dictada frente a una persona jurídica

En atención a la posible esfera de eficacia de las sanciones interdictivas en las relaciones de la persona jurídica con terceros particulares o con las Administración Pública, se hace preciso un sistema de publicidad que permita hacer efectivo el conocimiento de las condenas por los terceros interesados²⁶⁹⁰. En este sentido, la importancia de la disciplina registral se deriva de su aptitud para condicionar la vida del ente²⁶⁹¹, dotando de efectividad el cumplimiento de las sanciones. De hecho, ya en el año 2004, en relación con las consecuencias accesorias, se afirmaba que la creación de un registro donde pudieran ser inscritas las resoluciones judiciales que hubiesen impuesto tales sanciones, en vía cautelar o definitiva, supondría un avance considerable en la lucha contra la criminalidad cometidas a través de estructuras organizadas²⁶⁹².

Con el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, la incorporación al sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia de los datos sobre las penas restrictivas de derechos que se encuentran en fase de ejecución, así como los antecedentes penales de las entidades condenadas resulta imprescindible. En primer lugar, el registro de tales datos puede resultar útil para hacer efectivas sanciones como la inhabilitación para recibir subvenciones o contratar con el sector público, ya que con un registro oficial se permite a las Administraciones Públicas contar con información fehaciente y actualizada al respecto, evitando el riesgo de que se conviertan en colaboradoras del incumplimiento de tales condenas, por ejemplo, concediendo una subvención a quien se encuentra inhabilitado para recibirla. En segundo lugar, el CP establece las circunstancias de reincidencia y de multirreincidencia, como criterios a tener en cuenta para la imposición de las penas interdictivas con una duración superior a dos años, dependiendo la apreciación efectiva de tales agravantes, en orden a valorarlas penológicamente, de la posibilidad de acceder al registro de tal información.

En este punto, es preciso referirse al Informe del CGPJ al Proyecto de RD por el que se modifica el RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia²⁶⁹³. En el mismo, se pone de manifiesto *“que la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, operada por la Ley Orgánica 5/2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, incide de manera directa en la organización del Sistema de Registros Administrativos contemplada en el Real Decreto, que precisaría así de la reforma necesaria para contemplar la posibilidad de incorporación a dichos registros de la información relativa a las personas jurídicas”*.

²⁶⁹⁰ CANVELLI, P., “L’esecuzione delle sanzioni”...ob. cit., p. 404.

²⁶⁹¹ VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti*...ob. cit., p. 456.

²⁶⁹² DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129*...ob. cit., p. 157

²⁶⁹³ El informe está disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-proyecto-de-Real-Decreto-por-el-que-se-modifica-el-RD-95-2009--de-6-de-febrero--por-el-que-se-regula-el-sistema-de-registros-administrativos-de-apoyo-a-la-Administracion-de-Justicia-y-se-crea-el-Fondo-Documental-de-Requisitorias, última consulta 26/08/2015

Así pues, a pesar de que la L.O. 5/2010, de 22 de junio, no estableció nada sobre la creación de un registro específico para las personas jurídicas, a través del RD 1611/2011, de 14 de noviembre, se ha procedido a adaptar los registros de apoyo a la Administración de Justicia para establecer el contenido de los mismos en relación con las personas jurídicas. En este sentido, el citado RD señala, en su Exp. de Motivos que *“la regulación por primera vez de la responsabilidad penal de las personas jurídicas operada por 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, incide de manera directa en la organización del sistema de registros que, para el mejor cumplimiento de la funciones ante señaladas, debe adaptar su funcionamiento al mandato derivado de estas normas, desarrollando las funcionalidades necesarias para incorporar a las correspondientes bases de datos la nueva información exigida”*. Así, en cuanto a los datos identificativos que han de constar en el registro correspondiente, se dispone que *“en relación con las personas jurídicas se hará constar la razón o denominación social, nacionalidad, domicilio social y domicilio fiscal, actividad principal, tipo de sociedad, número o código de identificación fiscal y datos registrales, en el supuesto de entes sin personalidad jurídica se hará constar denominación, número o código de identificación fiscal o cualquier otro dato que sirva para su identificación”* y se dispone, además, que *“cuando en una misma causa resulten condenadas personas físicas y personas jurídicas o entes sin personalidad se hará constar esta circunstancia en el Sistema de registros de apoyo a la Administración de Justicia”*²⁶⁹⁴.

Igualmente, se han añadido referencias a las personas jurídicas y a los entes sin personalidad, pasibles de consecuencias accesorias, penas o medidas cautelares, en lo que se refiere a la *información contenida en la inscripción de medidas cautelares, requisitorias, autos de rebeldía o sentencias no firmes, en cuanto a las obligaciones del encargado del Registro de informar a las autoridades de Estados extranjeros acerca de las sentencia condenatorias firmes, así como de informar de los datos contenidos en las inscripciones, a instancia de cualquier órgano de las Administraciones Públicas, ante el que se tramite un procedimiento en el que sea preceptivo este certificado para acceder a un derecho o adquirir una condición determinada, con consentimiento del interesado, sea éste persona física, jurídica o ente sin personalidad. Además, se señala que la solicitud de certificaciones, así como la cancelación o rectificación de los datos de las personas jurídicas contenidos en el Sistema de registros deberá ser realizada por el representante legal que, a tal efecto, deberá de acreditar tal condición.*

Más concretamente se modifica el art. 9 del referido RD 95/2009, de 6 de febrero, relativo al contenido de la inscripción de sentencias firmes, añadiendo en la letra t) las resoluciones judiciales que se pronuncien sobre el traslado de la pena de acuerdo con el art. 130.2 CP, en donde se recogen los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, en los que la responsabilidad penal 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, en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella. Por su parte, el art. 10 que regula el registro de la información sobre medidas cautelares, requisitorias, autos de rebeldía o sentencias no firmes, pasa a incluir, igualmente, a las personas

²⁶⁹⁴ Art. 8. a) RD 95/2009, de febrero, modificado por el RD 1611/2011, de 14 de noviembre.

jurídicas y a los entes sin personalidad entre los posibles afectados por tales resoluciones inscribibles.

El art. 16 b) RD 95/2009, de 6 de febrero, se ha visto igualmente modificado para incluir a las personas jurídicas y entes sin personalidad entre los sujetos pasivos a los que se pueden referir los requerimientos de información, dirigidos al encargado de los Registros integrados en el Sistema de Registros Administrativos de Apoyo a la Administración de Justicia, por parte de las autoridades de Estados extranjeros, en la forma que determinen las normas comunitarias y los tratados internacionales de asistencia judicial en materia penal suscritos por España.

En cuanto a las certificaciones de los datos inscritos en el Sistema de registros que deben ser facilitados por el encargado de los Registros, a instancia de cualquier órgano de las Administraciones Públicas ante el que se tramite un procedimiento en el que sea preceptivo este certificado para acceder a un derecho o adquirir una condición determinada con consentimiento del interesado, el art. 16 en su apdo. c) RD 95/2009, de 6 de febrero, ha incluido a las personas jurídicas y entes sin personalidad en el concepto de interesados en el procedimiento, de tal forma que la información abarcará también a los datos de tales entidades. Este precepto resulta especialmente útil en relación con las personas jurídicas a las que cabe imponer penas, tales como 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, cuya efectividad depende de que la Administración Pública cuente con información sobre la condena. Pero, también resulta relevante en relación con las penas de disolución judicial, suspensión de actividades y prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, ya que una condena con este contenido podría suponer, según los casos, la prohibición de continuar operando en el tráfico jurídico o de realizar ciertas actividades lo que, mediatamente, podría implicar la imposibilidad para la entidad de obtener ciertas licencias o de ser adjudicataria de determinados contratos públicos.

Asimismo, se incluye a las personas jurídicas y a los entes sin personalidad entre los sujetos que, en calidad de interesados, podrán pedir certificaciones negativas que acrediten que los mismos no se encuentran inscritos en el Sistema de registros. En este sentido, el art. 17 apdo. 2º RD 95/2009, de 6 de febrero, establece que la solicitud de tales certificaciones deberá realizarse por el representante legal de la persona jurídica o ente sin personalidad. Así pues, este tipo de información, que sólo el interesado, a través de su representante debidamente acreditado, puede obtener, tendrá, previsiblemente, una importancia central en las operaciones de reestructuración empresarial, de tal forma que, cuando una entidad pretenda fusionarse con otra o absorber a otra, deberá, como una de las primeras actividades de la labor de *due diligence*, solicitar una certificación negativa a la contraparte, para que el propio interesado curse la solicitud al registro.

Por otra parte, también resulta digno de mención el reflejo que tales resoluciones deberían tener en otros registros. Así pues, sería aconsejable que, legislativamente, se prevea la obligatoriedad de que los órganos judiciales comuniquen a los Registros correspondientes (Mercantil, de asociaciones y fundaciones, de la Propiedad...) sus

resoluciones para darles publicidad frente a terceros²⁶⁹⁵. Por ejemplo, la pena de prohibición de realizar actividades en el futuro puede conllevar una modificación forzosa, total o parcial, del objeto social de la entidad, que debiera inscribirse en el RM (art. 94.2 RRM). Esto permitirá al Registrador denegar la inscripción de cualquier actividad incompatible con la prohibición contenida en la sentencia²⁶⁹⁶. Por su parte, el cierre de sucursales también debe inscribirse ex arts. 94.6 y 295 y ss. RRM. Al igual que resultan inscribibles las medidas cautelares con trascendencia registral (arts. 94.9 y 12 RRM).

En definitiva, la función certificadora del registro, que permite a la autoridad judicial, al MF y al propio ente interesado, obtener un certificado relativo a la inscripción de las eventuales penas o medidas adoptadas en su contra, resulta esencial para aportar seguridad jurídica en el tráfico, así como para que las Administraciones Públicas puedan colaborar en la ejecución de las penas de inhabilitación previstas por el art. 33.7 letra f) CP, impidiendo a las entidades condenadas ser adjudicatarias de contratos o beneficiarias de subvenciones u otras ayudas.

Igualmente, en Italia, en el D.P.R n. 313, de 14 de noviembre de 2002²⁶⁹⁷, se regula un registro de sanciones administrativas dependientes de delito y de los relativos cargos pendientes de las personas jurídicas, sociedades y asociaciones privadas de personalidad, análogo al que recoge las condenas penales. Al mismo se le atribuyen dos finalidades. Por un lado, ofrecer a la autoridad judicial y a la Administración Pública un cuadro completo de los antecedentes de la entidad y, por otro, consentir que todos los interesados puedan obtener la certificación de la posición del ente respecto de dichos ilícitos²⁶⁹⁸. Sin embargo, mientras en el registro español la primera inscripción que cabe realizar es la de adopción de medidas cautelares o la de la sentencia definitiva, aun cuando todavía no haya adquirido firmeza, en la regulación italiana resulta inscribible el acto de ejercicio de la acción penal (art. 12 D. P.R n. 313, de 14 de noviembre de 2002), lo que permite a los terceros conocer el inicio de un proceso penal frente al ente de forma más temprana.

Cuando trascurra el plazo legal para ello, se podrá solicitar la cancelación de los antecedentes, de tal forma que, reconocido efectivamente tal derecho, el ente podrá, nuevamente, obtener un certificado que acredite la limpieza de su expediente judicial. Así pues, la persona jurídica, a través de su representante debidamente acreditado²⁶⁹⁹, podrá solicitar al Ministerio de Justicia tal cancelación. El principal requisitos para el reconocimiento de este derecho, tras haberse eliminado la necesidad de haber satisfecho

²⁶⁹⁵ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129...*ob. cit., p. 158.

²⁶⁹⁶ ECHARRI CASI, F. J., “Las personas jurídicas y su imputación...”ob. cit.

²⁶⁹⁷ La necesidad de esta regulación ya se explicitaba en la *Relazione Ministeriale* al D. Lgs 231 disponible en http://www.aodv231.it/pagina_sezione.php?id=10, última consulta 28/09/2015.

²⁶⁹⁸ VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...*ob. cit., p. 454.

²⁶⁹⁹ Para solicitar la cancelación o rectificación de los datos contenidos en el Sistema de registros, para el caso de personas jurídicas o entes sin personalidad, el representante deberá hacer constar en la solicitud su nombre y apellidos, documento nacional de identidad, NIE o tarjeta de identidad o pasaporte en el caso de extranjeros, todos ellos en vigor, acompañando al modelo de solicitud, original de los documentos anteriores o copia compulsada de los mismos así como la documentación que acredite su condición de representante legal (art. 18. 2 RD 95/2009, de 6 de febrero).

las responsabilidades civiles provenientes de la sanción, consiste en el transcurso de un plazo sin haber vuelto a delinquir. Dicho plazo, en el caso de las personas jurídicas, dada la consideración *ex lege* como graves de todas las penas que cabe imponerles, incluida la multa, será de diez años de duración (arts. 136.1.e) y 136.3 CP), salvo cuando se hubiese acordado *la disolución o la prohibición definitiva de actividades*, en cuyo caso *se cancelarán las anotaciones transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia* (art. 136.3 CP).

6.- La notificación de la sentencia

La notificación del extracto de la sentencia que dispone la aplicación de una sanción para la entidad, además de fijar el término inicial del transcurso de la misma, podría constituir, para el representante legal del ente, fuente legal de conocimiento de las prohibiciones u obligaciones que de ella se deriven y, consiguientemente, responsabilidad por su incumplimiento²⁷⁰⁰. En Italia la ejecución de las sanciones interdictivas impuestas a los entes colectivos, aparece asegurada con la amenaza penal de incurrir en delito, castigado con pena de prisión de seis meses a tres años, por la trasgresión de las obligaciones o prohibiciones impuestas al ente en la sentencia de condena (art. 23.1 D. Lgs. 231). Ahora bien, si se pretende que, un individuo responda por desobediencia en caso de incumplimiento de la sentencia de condena del ente, entonces será preciso notificarle personalmente e informarle de la obligación que, en atención a su cargo, tendría en orden a asegurar el cumplimiento de la sentencia y a adoptar las medidas concretas a tal fin, debiendo, además, comunicarle las consecuencias que podrían derivarse del incumplimiento de tales obligaciones²⁷⁰¹.

La notificación de la sentencia a la persona jurídica deberá realizarse a través del procurador, ya haya sido éste nombrado por la entidad, ya haya sido designado de oficio, en tanto que el art. 119.1.d) LECrim señala que todas las comunicaciones posteriores a la citación para la primera comparecencia, incluso las que tengan carácter personal, se practicarán con el procurador de la entidad. El procurador deberá realizar todo lo que esté en su mano para localizar a su mandante y comunicarle la condena, sin embargo, es posible que cuando la entidad hubiese sido juzgada en rebeldía y se le hubiesen nombrado postulantes de oficio, no consiga contactar con ella, en cuyo caso, ante la imposibilidad absoluta de comunicarse efectivamente con el cliente, quedará obligado a comunicarlo al Tribunal²⁷⁰².

²⁷⁰⁰ CANVELLI, P., "L'esecuzione delle sanzioni"...ob. cit., p. 403.

²⁷⁰¹ Esta cuestión será analizada con más detenimiento en el epígrafe 9 de este capítulo relativo a la ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas.

²⁷⁰² En este sentido, cabe traer a colación alguna de las obligaciones del procurador que aparecen dispuestas en el art. 26 LECiv. Así pues, este profesional está obligado a tener al poderdante y al abogado siempre al corriente del curso del asunto que se le hubiere confiado, pasando al segundo copias de todas las resoluciones que se le notifiquen y de los escritos y documentos que le sean trasladados por el tribunal o por los procuradores de las demás partes. Señalando, además, la ley que, cuando no tuviese instrucciones o fueren insuficientes las remitidas por el poderdante, hará lo que requiera la naturaleza o índole del asunto, obligándose igualmente a comunicar de manera inmediata al tribunal la imposibilidad

7.- Recapitulación

Como primera cuestión reseñable de este epígrafe, debe hacerse referencia a la autonomía entre las responsabilidades de la persona física y de la persona jurídica, que podría manifestarse en el contenido de la sentencia, cuando uno de tales sujetos resultase condenado y el otro absuelto. Nada de extraño cabría observar en tal situación, siempre y cuando, los motivos de absolución y de condena de uno y otro resultasen coherentes con el sistema de imputación previsto para las personas jurídicas en el art. 31 bis CP y concordantes.

En segundo lugar, resulta relevante la flexibilidad que caracteriza el sistema sancionatorio de las personas jurídicas, que, en el ámbito procesal, se refleja en una mayor libertad judicial a la hora de individualizar la condena, con el consiguiente plus de motivación que ello exige por parte del juzgador. En este punto, vale la pena resaltar, así mismo, que la determinación de las penas de las personas jurídicas vendrá condicionada, no sólo por el principio de legalidad y por los criterios legales dispuestos en el art. 6 bis CP, sino también por el principio acusatorio y por el principio de proporcionalidad.

Por último, tras analizar el contenido de las penas imponibles a las personas jurídicas y recordar la posibilidad de que se vean compensadas por el tiempo en que la entidad ha sufrido una medida cautelar de la misma naturaleza, se han analizado las cuestiones relativas a la inscripción registral y a la notificación de la sentencia. En cuanto a su inscripción, resulta destacable la adaptación legal que se ha producido en los registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, en orden a permitir que acojan los datos de personas jurídicas y entes sin personalidad. En cuanto a la notificación de la sentencia, a pesar de tratarse de una comunicación de carácter personal, cabe recordar que, por expresa disposición legal, esta notificación se practicará a través del procurador, que tendrá el deber de remover los obstáculos que pueda encontrar para comunicarse con la entidad, cuyos representantes podrían encontrarse ausentes o ilocalizables.

de cumplir alguna actuación que tenga encomendada, disposición que puede resultar especialmente interesante para el caso del ente ilocalizable al que se le nombran postulantes de oficio.

VII. La cosa juzgada y el *ne bis in idem* en los causas seguidas frente a las personas jurídicas

1.- Planteamiento

Según CORTÉS DOMÍNGUEZ la cosa juzgada, en general, significa un vínculo de los Jueces a la declaración judicial ya formulada con anterioridad, mientras que la cosa juzgada penal, que sólo produce efecto negativo, impide al Juez conocer nuevamente del caso²⁷⁰³. Por lo tanto, se excluyen, en principio, los efectos prejudiciales positivos de la cosa juzgada penal, de tal forma que, por exigencias del principio de contradicción y del derecho de defensa, la cosa juzgada de un primer proceso no puede tener eficacia en un segundo, donde se conozca un delito dependiente o conexo con el primero ya resuelto²⁷⁰⁴.

Pues bien, partiendo del referido entendimiento de la cosa juzgada penal, en este epígrafe, se tratará de determinar qué eficacia cabe predicar de la sentencia dictada frente a la persona física, en un segundo proceso seguido frente a la persona jurídica, o viceversa, cuando ambos sujetos fuesen enjuiciados separadamente. En este sentido, resultará determinante la interdependencia entre los hechos objeto de uno y otro proceso, en tanto que el hecho de referencia se encontraría integrado en ambos.

A continuación, se analizarán ciertas especialidades de la prohibición de *bis in idem*, íntimamente relacionadas con el efecto prejudicial negativo de la cosa juzgada, según la cual, se impide sancionar dos veces a un sujeto por los mismos hechos y con el mismo fundamento, así como duplicar los procedimientos sancionadores cuando concurre esa triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

2.- El efecto prejudicial positivo de las sentencias penales

El hecho de referencia, esto es, el hecho protagonizado por un miembro de la entidad que se erige en presupuesto de su responsabilidad, constituye un elemento común a la persona física y a la persona jurídica, por eso, considerando esa parcial coincidencia entre ambos objetos procesales, es preciso plantearse el problema de la cosa juzgada en sentido positivo o prejudicial²⁷⁰⁵. Este problema se produce, en general, siempre que se deba juzgar separadamente a sujetos coimputados cuyos procesos penales comparten un

²⁷⁰³ Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal...* ob. cit., pp. 120-121.

²⁷⁰⁴ Ídem. p. 183.

²⁷⁰⁵ En la misma línea, DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 151, entendía preciso plantearse el tema de la cosa juzgada en sentido positivo para el caso de asuntos conexos, precisamente, por la relación de parcial coincidencia apreciable entre ellos.

sustrato fáctico y jurídico²⁷⁰⁶. Sin embargo, tal y como afirma PÉREZ-CRUZ MARTÍN “*es jurisprudencia consolidada la que entiende que la única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es la preclusiva o negativa (...), lo que supone que el proceso penal no admite la vinculación positiva a los términos de otro proceso anterior, salvo lo previsto legalmente en materia de cuestiones prejudiciales devolutivas (art. 5 LECrim)*”²⁷⁰⁷.

Así pues, en el proceso penal, en principio, la sentencia definitiva afectará sólo a las personas que hayan sido imputadas, con exclusión de las que, debiendo haberlo sido, no lo fueron. Cabe afirmar, por lo tanto, que los efectos de la sentencia sólo se extenderán a los que hayan sido partes en el proceso penal²⁷⁰⁸. En este sentido, se afirma que no hay litisconsorcio pasivo en el enjuiciamiento penal ya que, de lo contrario, habría que asumir que esas personas imputables, pero que no han sido objeto de imputación y, por lo tanto no han adquirido la condición de parte pasiva en el proceso, quedarían también vinculadas a la sentencia definitiva, lo cual resulta inadmisibles, ya que nadie puede ser condenado o absuelto sin ser juzgado²⁷⁰⁹, y para serlo, previamente, debe haber adquirido la condición de investigado, encausado y acusado. En la misma línea, se pronuncia BELING sobre el problema de la eficacia de la cosa juzgada penal, señalando que, si el nuevo proceso se refiere al mismo objeto procesal que el antiguo, no se plantea siquiera el problema de la vinculación, mientras que si se refiere a un nuevo objeto procesal, el Tribunal deberá resolver la cuestión nueva por primera vez, y de modo independiente, aunque exista en la esfera del Derecho material una relación lógica de condicionalidad entre ambos objetos procesales²⁷¹⁰.

Así pues, hay que acudir al principio general *res iudicata inter partes* (art. 222.4 LEC) de modo que la necesidad constitucional de que el sujeto pasivo del segundo proceso pueda desplegar con plenitud su derecho de defensa debe llevar a asumir el riesgo de pronunciamientos contradictorios en relación con los hechos comunes, situación a la que, al menos en ciertos supuestos, se podría poner remedio con una interpretación flexible del acceso al proceso de revisión penal²⁷¹¹. En este sentido, se afirma que, como regla general, incluso cuando hay conexidad o coautoría, no debe apreciarse el efecto positivo de la cosa juzgada. Por lo tanto, los hechos declarados probados en una sentencia penal no pasan en autoridad de cosa juzgada y no vinculan en un proceso penal posterior, ni siquiera cuando se enjuicia a una persona distinta por el mismo delito²⁷¹². En la misma línea, GÓMEZ ORBANEJA, de forma tajante, señala que, si el

²⁷⁰⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 43.

²⁷⁰⁷ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; FERREIRO BAAMONDE, X.-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal*...ob. cit., p. 694; En este sentido, véanse, las SSTs (Sala 2ª) núm. 630/2002, de 16 de abril, RJ 2002\4210; (Sala 2ª) núm. 930/2004, de 19 de julio, RJ 2004\7969; (Sala 2ª) núm. 690/2005, de 3 de junio, RJ 2005\7845.

²⁷⁰⁸ MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso*...ob. cit., p. 57; En la misma línea, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*...ob. cit., p. 162, afirma que la cosa juzgada sólo extiende sus efectos a aquellos que fueron parte en el proceso.

²⁷⁰⁹ MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso*...ob. cit., p. 58.

²⁷¹⁰ BELING, E., *Derecho Procesal Penal*, M. Fenech Navarro (trad.), Labor, Barcelona, 1943, pp. 206-207.

²⁷¹¹ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., pp. 43-44; En contra de la posibilidad de interpretar extensivamente los casos de revisión se pronuncia CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*...ob. cit., pp. 186-187.

²⁷¹² GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las

procedimiento no puede dirigirse contra todos los supuestos responsables, la sentencia que se dicte en un primer proceso carece de todo efecto legal (cosa juzgada), aún con relación a la declaración objetiva del acto, en el proceso ulterior que se siga a cualquier otro acusado²⁷¹³.

Por consiguiente, aun tratándose de objetos procesales conexos, como ocurre con los relativos a la persona física y a la persona jurídica acusadas con base en el mismo hecho de referencia, los pronunciamientos de una sentencia firme, dictada en el proceso en el que sólo fue parte la persona jurídica, no pueden tener fuerza vinculante en el proceso posterior en que sólo sea parte la persona física, ni a la inversa²⁷¹⁴. En definitiva, de la condena de una persona física no cabe deducir la realidad de los hechos en que se basa tal resolución²⁷¹⁵ e importarlos al enjuiciamiento de la persona jurídica, cuya responsabilidad ha de ser enjuiciada en otro proceso penal desarrollado con todas las garantías. Ahora bien, esta afirmación general debe ser matizada, tomando en consideración el fundamento de esa falta de vinculación, que servirá para delimitar los efectos de la cosa juzgada positiva en supuestos en los que un hecho jurídico penal declarado en una primera sentencia entra a formar parte del supuesto de hecho de una segunda sentencia²⁷¹⁶.

Así pues, uno de los principales motivos para afirmar la no vinculación, o la inexistencia del efecto prejudicial positivo, de un proceso penal en relación con otro ulterior con objeto conexo, radica en la necesidad de respetar, en toda su amplitud, el derecho de defensa de quien es acusado en el segundo proceso, sin que ningún elemento constitutivo de su responsabilidad pueda venir predeterminado por un proceso en el cual no ha tenido la oportunidad de ser oído. En este sentido, cabe advertir que, nadie puede ser juzgado sin estar presente y/o representado en juicio ni, por lo tanto, puede resultar condenado con base en la sentencia dictada frente a otro sujeto, en un proceso en el que no fue parte, ya que se quebrarían los principios de audiencia y contradicción y se le provocaría una flagrante indefensión.

Del mismo modo, el derecho a la presunción de inocencia impide que se reconozca eficacia prejudicial positiva a una sentencia penal dictada en un proceso en el que el su titular no ha sido parte, en tanto que, hasta que no haya una sentencia firme de condena dictada en un proceso con todas las garantías, toda persona ha de ser presumida inocente. Por este motivo, si se juzgase en procesos separados a los distintos autores de un hecho, el enjuiciamiento del primero no podría determinar la relación de hechos probados en relación con el segundo, en tanto que la convicción en el primer proceso se habría alcanzado a la luz de otras pruebas y en relación a otras personas, debiendo

personas jurídicas...ob. cit.

²⁷¹³ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley* (1947)...ob. cit., p. 429.

²⁷¹⁴ FGE, Circular 1/2011, p. 106.

²⁷¹⁵ En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*...ob. cit., pp. 184-185, afirma que "la sentencia penal no es prueba sino de sí misma y naturalmente no prueba los hechos en que se basa la resolución judicial al efecto".

²⁷¹⁶ Este supuesto, que viene a coincidir, esencialmente, con lo que ocurre entre la persona jurídica y la persona física autora del hecho de referencia, ha sido específicamente estudiado por CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*...ob. cit., pp. 182-187.

considerar inocente a cada sujeto²⁷¹⁷ hasta que, tras la práctica de una prueba de cargo suficiente y con las debidas posibilidades de contradicción, sea destruida esa verdad interina en que consiste el derecho fundamental a la presunción de inocencia²⁷¹⁸.

Igualmente, si se le concede fuerza legal a la primera sentencia en el segundo proceso, atribuyéndole efectos frente a terceros a la cosa juzgada se estaría atacando la plena y absoluta libertad con que se debe encontrar el Juez penal a la hora de enjuiciar el caso que se le ha propuesto, vulnerando, por lo tanto, el principio de libre valoración del Juez y el de inmediación de las pruebas en el proceso penal (art. 741 LECrim)²⁷¹⁹.

Por consiguiente, el respeto al derecho de defensa, a la presunción de inocencia de todo acusado, así como a los principios de libre valoración de la prueba y de inmediación, impediría afirmar la vinculación, de quien no ha sido parte en un determinado proceso, a los hechos declarados probados en el mismo. Por consiguiente, en el supuesto planteado en el presente epígrafe, en relación con el hecho de referencia o con el delito base, del que puede derivarse responsabilidad tanto para la persona física como para la persona jurídica, es preciso que ambos sujetos tengan la posibilidad de esgrimir argumentos defensivos diversos y de aportar diferentes elementos de prueba en su correspondiente causa, gozando de su derecho fundamental a la presunción de inocencia, que debe ser destruido por la acusación, a través de la práctica de prueba de cargo suficiente, en un proceso con todas las garantías. Igualmente, aboga por tal solución la necesidad de que el Juez, desde su posición independiente e imparcial, goce de libertad a la hora de apreciar las pruebas que se practiquen en el juicio oral, bajos los principios de inmediación, oralidad y publicidad.

Ahora bien, negada la eficacia positiva de la cosa juzgada penal, es preciso establecer dos matizaciones a la regla general que aboga por la no vinculación. En primer lugar, habrá que reconocer que la primera sentencia podría ser introducida como prueba en el segundo proceso, pudiendo ser valorada por el Juez, siempre y cuando fuese sometida al pertinente debate contradictorio. En segundo lugar, cuando una sentencia declara la inexistencia de un hecho, iniciar un segundo proceso, frente a otro sujeto, por el mismo hecho, no parece posible. De igual forma que cuando la segunda resolución se refiera a una cuestión común y se resuelva sobre ella de forma favorable a los fines de la defensa del condenado en el primer proceso, será preciso, por razones de justicia material, buscar una vía procesal para extender sus efectos prejudiciales positivos al sujeto primeramente enjuiciado.

2.1.- La fuerza probatoria de una sentencia en otro procedimiento con objeto penal conexo

Como la sentencia penal sólo produce el efecto negativo de la cosa juzgada, sus

²⁷¹⁷ DE URBANO CASTRILLO, E., "Especialidades de las sentencias...ob. cit., p. 77.

²⁷¹⁸ VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado*...ob. cit., p. 276.

²⁷¹⁹ Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*...ob. cit., pp. 185-186.

limitaciones subjetivas están marcadas por la persona que ha sido objeto de la sentencia²⁷²⁰. Por lo tanto, en el caso de que un hecho jurídico penal declarado en una primera sentencia, forme parte del supuesto de hecho de una segunda sentencia dictada frente a otro sujeto, no será posible predicar la fuerza vinculante de la primera en relación con la segunda²⁷²¹.

Sin embargo, no cabe descartar la fuerza probatoria de la primera sentencia sobre la segunda, aun cuando se tratará de un problema de apreciación judicial y no de fuerza legal²⁷²². En este sentido, sostiene GIMENO SENDRA que las declaraciones de hechos probados de una sentencia penal condenatoria, aun cuando no tendrán efecto vinculante en el segundo proceso, gozarán de todo el valor de la prueba documental pública²⁷²³.

Por lo tanto, la sentencia dictada en un procedimiento contradictorio contra la persona jurídica, no tendrá, en ningún caso, efecto vinculante en el procedimiento posterior contra la persona física, si bien, podrá ser valorada como prueba documental, sometida a las reglas de libre valoración del juzgador y a la contradicción de las partes. En la misma línea, se observa en la doctrina italiana que la sentencia irrevocable, dictada frente a la persona física, puede ser adquirida a los fines de la prueba del hecho enjuiciado en el proceso contra el ente²⁷²⁴. En este sentido, cabe reiterar, una vez más, que la cosa juzgada penal sólo tiene efecto negativo o preclusivo, y no el positivo de servir de base a la resolución ulterior²⁷²⁵, sin que ello sea obstáculo para que el Juez del segundo proceso pueda rendirse a la fuerza probatoria de la primera sentencia, en torno a hechos que precise fijar en el segundo, cuando así crea en conciencia que debe hacerlo²⁷²⁶.

²⁷²⁰ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal...* ob. cit., p. 206.

²⁷²¹ Ídem. p. 183.

²⁷²² Ídem. p. 186. El autor se plantea esta posibilidad aunque termina rechazándola, argumentando que a la plena y absoluta libertad con que debe encontrarse el Juez penal a la hora de enjuiciar el supuesto que se le plantea, no se opone sólo la cosa juzgada, con efectos para terceros, sino también “*la eficacia, más o menos legal, probatoria de una sentencia penal sobre otra penal*”.

²⁷²³ *Derecho Procesal Penal...* ob. cit., p. 784; Igualmente, aunque en otro orden de ideas, no es dable olvidar que la declaración de hechos probados efectuada por la justicia penal es vinculante para los otros órdenes jurisdiccionales. En este sentido, las SSTC 2/1981, de 30 de enero; 77/1983, de 3 de octubre, entre otras, se refieren a la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia, señalando que la Administración no puede actuar mientras no lo hayan hecho los Tribunales de justicia y, además, deba, en todo caso, respetar, cuando actúe «a posteriori», el planteamiento fáctico que éstos hayan realizado. Del mismo modo, ocurriría cuando el órgano penal resuelve una cuestión prejudicial civil, por lo tanto, para los solos efectos de la represión y esta se plantea, posteriormente, de nuevo ante la jurisdicción civil o cuando, tras la presunta comisión de un delito, el perjudicado reserva la acción civil para su ejercicio, en el futuro, ante los tribunales civiles, de tal forma que éstos quedan vinculados por la declaración de hechos probados de la sentencia penal condenatoria o de la absolutoria cuando declara la inexistencia del hecho. Véanse, sobre esta cuestión, las reflexiones de GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal...* ob. cit., pp. 782-783; Así mismo, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J.; FERREIRO BAAMONDE, X.-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 694-695.

²⁷²⁴ Si bien, tal y como recuerda VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 370, con las reglas y límites fijados en los arts. 187 y 192.3 CPP italiano.

²⁷²⁵ En este sentido, véanse entre otras, las SSTS (Sala 2ª) núm. 930/2004, de 19 de julio, RJ 2004\7969; (Sala 2ª) núm. 690/2005, de 3 de junio, RJ 2005\7845.

²⁷²⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal...* ob. cit., p. 186.

En cuanto a la valoración de la sentencia de condena, cabe matizar que la sentencia dictada tras la celebración de un proceso penal, tras la celebración de una vista oral, pública y contradictoria, podría presentar, en principio, un mayor valor para el posterior enjuiciamiento que la sentencia fruto de una conformidad, dictada, por lo tanto, sin haberse practicado la prueba sometida al principio de contradicción, como consecuencia de la renuncia del sujeto pasivo a su derecho de defensa²⁷²⁷. En este sentido, la Corte Constitucional italiana sostiene que sentencias dictadas en otro proceso, sobre los mismos hechos, son valoradas libremente por el Juez competente y, por lo tanto, no tienen ninguna eficacia vinculante, sobre todo cuando la separación de los procedimientos es debida a la elección de un rito especial que implique terminación del proceso por pacto o conformidad²⁷²⁸. Se pone así de manifiesto como la fuerza probatoria de las sentencias fruto de la conformidad puede ser considerada, en abstracto, menor que la de las sentencias dictadas tras la celebración del correspondiente juicio oral, si bien, la eficacia de cualquiera de ellas vendrá, en todo caso, mediatizada por la libre valoración del juzgador, tras ser sometida a la oportuna contradicción en el segundo proceso, sin que, en ningún caso, quepa afirmar su fuerza vinculante.

2.2.- La fuerza prejudicial positiva de los pronunciamientos a favor del reo. Especial referencia al pronunciamiento sobre la inexistencia de un hecho

Por otra parte, “*aunque en la doctrina es opinión consolidada que la cosa juzgada penal no despliega ningún efecto vinculante por la necesidad de salvaguardar las exigencias del principio de audiencia, puede sostenerse que a veces se darán efectos positivos de la cosa juzgada, al menos a favor del reo. Así sucedería con la sentencia absolutoria que declara que el hecho no es delictivo o no ha existido ganada por coimputados presentes*”²⁷²⁹. En la misma línea, afirma CARNELUTTI que estaría dispuesto a admitir que el imputado de codelinuencia pudiera beneficiarse del fallo pronunciado frente a otro copartícipe en cuanto, naturalmente, la cuestión decidida fuera común a su proceso y sea propicia a los fines de la defensa, entendiéndose, en tal caso, fundada la extensión de la cosa juzgada²⁷³⁰.

Así pues, existe, al menos, un supuesto, en el que a la posible eficacia positiva de la cosa juzgada penal parece clara: aquél en que se declare la inexistencia de un hecho²⁷³¹. En este sentido, si se absuelve a un copartícipe por estimar que no existió realmente el

²⁷²⁷ En apoyo de esta afirmación, resulta pertinente recordar que el principio de contradicción es una garantía de verdad, que tiende a facilitar la tarea del conocimiento de los hechos. Sobre el método contradictorio como método más conveniente para el descubrimiento de la verdad, véase GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp. 137 y 149-159.

²⁷²⁸ Corte Costituzionale, S. 29/2009, 26/01/2009, depósito 06/02/2009, *Gazeta Ufficiale* 11/02/2009, n. 6, norma impugnada art. 238 bis CPP italiano, comentada por VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 370.

²⁷²⁹ GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., “La celebración del juicio oral en ausencia del acusado: sus ventajas e inconvenientes”, *Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2008, pp. 203-256, p. 225.

²⁷³⁰ CARNELUTTI, F., “Eficacia directa y refleja de la cosa juzgada penal” en *Cuestiones sobre el proceso penal*, El Foro, Buenos Aires, 1961, pp. 253-270, p. 262.

²⁷³¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 159.

hecho con caracteres de delito que dio origen al sumario, o que ese hecho no era delictivo, no se seguirá a la búsqueda del otro copartícipe, como no sea para imputarle un hecho distinto²⁷³². En esta línea, DE LA OLIVA SANTOS prosigue con el razonamiento, poniendo un ejemplo, que se transcribe por su claridad y porque sirve de defensa frente a aquellos críticos que sostienen que los hechos delictivos imputados a personas distintas nunca son los mismos, porque siempre e inevitablemente van ligados a las personas que los realizan. Pues bien, el citado autor, admitiendo tal crítica de principio, indica que, lo que repugna es que, habiendo sido A absuelto por homicidio al declararse que C falleció de muerte natural, luego se condene a B por ese homicidio²⁷³³.

Otro argumento para sustentar tal interpretación podría encontrarse en el art. 116 I LECrim al disponer que *“la extinción de la acción penal no lleva consigo la de la civil, a no ser que la extinción proceda de haberse declarado por sentencia firme que no existió el hecho de que la civil hubiese podido nacer”*. La ratio de la citada norma es que no puede nacer responsabilidad civil con base en un hecho que, según la sentencia penal, no se produjo. Tal argumento sería igualmente válido, y aún con más razón, en el ámbito penal²⁷³⁴ donde, en línea de principio, han de sentirse más acusadamente todos los mecanismos que garantizan la justicia frente a la seguridad jurídica. En consecuencia, la sentencia que declare inexistente el hecho punible debe tener eficacia prejudicial en un ulterior proceso penal sobre el mismo hecho.

En el caso de las personas jurídicas el razonamiento esgrimido cobra, si cabe, una mayor vigencia porque, siendo distinto el título de imputación de ambos sujetos por exigencias del principio de culpabilidad, el hecho típico y antijurídico perpetrado por la persona física que supuestamente actuó en nombre y por cuenta de la entidad y en su beneficio, es presupuesto o, más bien, elemento constitutivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por lo tanto, si se declara que el hecho no tuvo lugar o que no constituye delito, por no ser una conducta típica o por encontrarse justificada, es evidente que no habrá responsabilidad de ninguno de los dos sujetos, aun cuando se aprecie un defecto de organización por parte de la entidad, en tanto que esa omisión de control no constituye, como ya se ha comentado, en sí misma, un delito autónomo. En este sentido, tal y como se afirma en la doctrina italiana, el Juez llamado a valorar la culpabilidad del ente no podrá dejar de tomar en consideración la sentencia firme dictada en un procedimiento precedente, a fin de analizar la subsistencia del hecho²⁷³⁵.

En cuanto al cauce procesal adecuado para conseguir la eficacia prejudicial de la primera resolución en el segundo proceso, no podrá estimarse la excepción de cosa juzgada, como artículo de previo pronunciamiento (art. 666. 2º LECrim), dado que faltaría el requisito de la identidad subjetiva. En consecuencia, la primera sentencia habrá de utilizarse para fundar una oposición de fondo, dirigida a que el segundo fallo

²⁷³² Ídem., pp. 154-155.

²⁷³³ Ídem., pp. 159-160.

²⁷³⁴ En idéntico sentido, interpretando el art. 116 LECrim GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., *“La celebración del juicio oral en ausencia...ob. cit., p. 226, argumenta que “si una resolución firme declara que el hecho no ha existido y tal declaración vincula al juez civil, no vemos razón suficiente como para que no vincule también al juez penal, como debería vincularle la declaración de que el hecho no es delictivo, pese a haber existido”*.

²⁷³⁵ MANCUSO, E. M., *“Autonomía di accertamento e simultaneous...ob. cit., p. 224.*

sea consecuente con el primer enjuiciamiento en el que se haya declarado, en su caso, la inexistencia del hecho²⁷³⁶. Por lo tanto, la sentencia absolutoria dictada en un primer proceso contra la persona física, basada en la inexistencia del hecho o en su atipicidad, afectaría a un ulterior enjuiciamiento de la persona jurídica²⁷³⁷, aun faltando la identidad subjetiva exigida por el principio *ne bis in idem*.

Ahora bien, si la primera sentencia, alcanzada por conformidad o tras la celebración del juicio oral, hubiese adquirido firmeza, y fuese la citada en segundo lugar la que declarase la inexistencia del hecho jurídico integrado en el supuesto de hecho de la primera, la única solución que restaría sería acudir al proceso de revisión penal, entendido como un proceso de declaración de anulación de sentencias injustas, debido a un error en la determinación de los hechos que ha impedido la correcta aplicación del Derecho Penal²⁷³⁸. Este supuesto será analizado, con mayor detenimiento, en el apdo. 4 del epígrafe VIII del presente capítulo, sobre las posibilidades de impugnación de las sentencias, si bien, cabe adelantar aquí que procedería el motivo de revisión previsto en el art. 954.1.d) LECrim al sobrevenir nuevos elementos de prueba indicativos de la inocencia del condenado.

3.- El efecto negativo de la cosa juzgada y el principio *ne bis in idem*

El típico efecto de la cosa juzgada penal consiste en que, una vez resuelta por sentencia firme, o resolución asimilada, una causa criminal, no cabe después otro procedimiento, del mismo orden penal, por el mismo hecho, contra la misma persona²⁷³⁹. Así pues, el efecto negativo o excluyente sólo tiene lugar cuando se da la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, debiendo aclararse que el sujeto se limita a la persona inculpada o parte pasiva, y no a la acusación o parte activa del proceso, y que el hecho será el relato histórico por el que se acusó, y condenó o absolvió, en el proceso anterior²⁷⁴⁰. Los elementos que identifican, por lo tanto, la pretensión punitiva, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada material, son estos dos: el hecho perseguido y la persona a la que se le imputa²⁷⁴¹.

²⁷³⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal...* ob. cit., p. 160.

²⁷³⁷ Ídem., pp. 224-225, nota 48 y p. 229.

²⁷³⁸ Cfr. VICENTE BALLESTEROS, T., *El proceso de revisión penal*, Bosch, Barcelona, 2013, p. 23.

²⁷³⁹ En este sentido, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., p. 688, afirma que “*la cosa juzgada es consecuencia, efecto y causa a la vez del principio de non bis in idem, el cual ha de entenderse implícitamente incluido en el art. 25.1 CE (...) y en virtud del cual se impide castigar por un mismo delito por el que ya ha sido condenada una persona*”.

²⁷⁴⁰ Sobre los límites objetivos, subjetivos y temporales de la cosa juzgada, véase GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal...* ob. cit., pp. 784-789; Por su parte, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal...* ob. cit., pp. 692-694, se refiere a las identidades que han de concurrir para apreciar la cosa juzgada.

²⁷⁴¹ MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso...* ob. cit., p. 31.

Pues bien, en el caso de las personas jurídicas, a pesar de que la persona física y la persona jurídica responden por hechos parcialmente idénticos, el enjuiciamiento de uno de tales sujetos no impedirá que, posteriormente, se inicie un segundo proceso frente al otro, en tanto que faltaría, precisamente, la identidad subjetiva. En este sentido, resulta evidente que, la celebración del juicio frente a la persona jurídica no supone obstáculo alguno para que, posteriormente, se proceda frente a la persona física. Este enjuiciamiento sucesivo podría darse, por ejemplo, cuando la persona física se hubiese fugado y fuese hallada tras haberse enjuiciado a la persona jurídica, cuando la persona física, inicialmente, incapaz, recobre, posteriormente, la cordura, haciendo posible su enjuiciamiento o cuando, estando inicialmente indeterminada, sólo tras el enjuiciamiento de la entidad, se descubra al presunto autor material del delito. Igualmente, podría enjuiciarse a la persona física y, sólo posteriormente, iniciarse el proceso frente a la persona jurídica por los mismos hechos, ya sea por circunstancias de la investigación o porque, no habiéndose querellado el MF inicialmente contra la entidad, posteriormente entienda oportuno hacerlo o aparezca un acusador particular o popular que interponga una querrela frente a la entidad.

Precisamente, por faltar la identidad subjetiva, necesaria para apreciar la vulneración del principio *ne bis in idem*, como garantía inherente al derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE), no se comprende bien la previsión del art. 31 ter 1 *in fine* CP, al señalar que los Jueces modularán las cuantías de las multas, impuestas a persona física y persona jurídica, como consecuencia de los mismos hechos, para evitar que la suma resultante sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos. Ahora bien, a pesar de la falta de identidad de sujeto. Ahora bien, *“cosa diferente es que pueda existir confusión entre los patrimonios de personas jurídicas y físicas, lo que sucederá en aquellos casos en que la primera no es más que un instrumento que esconda la realidad patrimonial de la persona que sea socio mayoritario o incluso único. En estos casos la modulación no salvará con suficiencia el más que probable quebranto del non bis in idem”*²⁷⁴².

En cualquier caso, si se entiende la facultad moduladora de la pena de multa, como un remedio para evitar el quebranto del principio de *ne bis in idem* en su vertiente material, la misma debiera usarse de conformidad con el grado de identificación existente entre la persona física y la persona jurídica, que dependerá, entre otros factores, del tamaño y de la complejidad organizativa de la entidad²⁷⁴³. Por eso, la modulación, debería haberse limitado a empresas pequeñas donde hay coincidencia entre patrimonio personal y social²⁷⁴⁴ o a sociedades pantalla, en las que no hay verdadera alteridad entre la entidad y sus agentes²⁷⁴⁵. A tal fin, sería más adecuado que el citado precepto señalase que el

²⁷⁴² Ídem., p. 966.

²⁷⁴³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 119-120; En la misma línea, sostiene CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad...ob. cit., p. 967, que, en aras de dotar de coherencia a la cláusula, la modulación debería efectuarse de conformidad con el grado de identificación que existiese entre persona jurídica y persona física responsable.

²⁷⁴⁴ GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal...ob. cit.*, pp. 171-172.

²⁷⁴⁵ Sin embargo, en este último caso, cabe recordar que la entidad podría ser disuelta, y decomisados sus bienes, por tratarse de un instrumento para delinquir, debiendo levantarse el velo de la persona jurídica e imputando, únicamente, a los responsables individuales, tal y como se dispuso en el AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de mayo de 2014.

Juez “*podrá modular*” en lugar de que el Juez “*modulará*”, en tanto que debiera tratarse más bien de una facultad del juzgador y no de un mandato, dándole así la oportunidad de valorar y motivar el grado de identificación entre la persona física y la persona jurídica y entre sus respectivos patrimonios.

Por otra parte, entre los procesos seguidos frente a la persona física y la persona jurídica, tampoco existiría identidad de hecho, en tanto que los hechos que se les imputan a ambos sujetos son, al menos, parcialmente distintos. Cabe recordar, en este punto, que no se vulnera el principio *non bis in idem*, cuando en el nuevo proceso sólo se produce una coincidencia parcial con los hechos ya enjuiciados²⁷⁴⁶. Y es que, si hubiese de predicarse la identidad de alguno de los hechos imputados a ambos sujetos, esa coincidencia se limitaría al hecho de referencia, esto es, al hecho típico y antijurídico presuntamente cometido por la persona física. En este sentido, como prueba de que el defecto de organización no constituye, a estos efectos, un objeto procesal autónomo, ni cabe entender, desde la perspectiva penal, que recoja todo el desvalor de la acción imputable a la persona jurídica, se repara en que, cuando una persona jurídica resulta condenada con base en una supuesta falta de sistemas de control adecuados, la continuada ausencia de tales sistemas, no debe impedir, en el futuro, el ulterior enjuiciamiento de la misma entidad, por la comisión de otro hecho delictivo, por la misma o por otra persona física, actuando en su nombre y en su beneficio²⁷⁴⁷.

Íntimamente ligado al efecto prejudicial negativo propio de la fuerza de cosa juzgada de las sentencias penales, se encuentra el principio del *ne bis in idem*, implícitamente incluido en el art. 25 CE y que constituye un auténtico derecho fundamental del justiciable, al que protege, “*no sólo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador con independencia del resultado –absolución o sanción– del mismo*”²⁷⁴⁸. Así pues, se distingue una vertiente material o sustantiva del principio, orientada a evitar una reacción punitiva desproporcionada, y una vertiente procesal o formal que proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores, cuando concurre la referida triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Cuando se inicia un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador, por el mismo hecho y por idéntico fundamento, contra el mismo sujeto, el TC mantiene una discutible doctrina que descarta la vulneración del *ne bis in idem*, cuando la sanción impuesta en el procedimiento sancionador es compensada descontando el *quantum* de la sanción penal. Así, en lugar de apreciar el efecto negativo que impediría iniciar un segundo proceso sancionador, ya fuese penal o administrativo, por el mismo hecho y frente al mismo sujeto, basándose, entre otras cosas, en la preferencia del orden jurisdiccional penal, así como en la existencia de superiores garantías en el proceso

²⁷⁴⁶ Ver, por todas, la SSTC 249/2005, de 10 de octubre; 91/2008, de 21 de julio.

²⁷⁴⁷ En una línea similar ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada...ob. cit., pp. 252-254, afirma que cada delito individual generará una nueva y distinta responsabilidad de la persona jurídica, aun cuando se trate de delitos conexos con los ya enjuiciados; Véase, así mismo, ROMA VALDÉS, A.; I. Escoc García (coord.), *Responsabilidad de las personas...*ob. cit., p. 109.

²⁷⁴⁸ Ver, por todas, STC 2/2003, de 16 de enero.

penal, el Alto Tribunal opta por la compensación de la sanción administrativa por el Tribunal penal en el cómputo de la pena. En este sentido, la doctrina constitucional sostiene que “*el núcleo esencial de la garantía material del non bis in idem reside en impedir el exceso punitivo en cuanto sanción no prevista legalmente. De tal modo que no cabe apreciar una reiteración punitiva constitucionalmente proscrita cuando, aun partiéndose de la existencia de la imposición de una doble sanción en supuestos de identidad de sujeto, hecho y fundamento, en la ulterior resolución sancionadora se procede a descontar y evitar todos los efectos negativos anudados a la previa resolución sancionadora*”²⁷⁴⁹. Por esta vía, transforma el efecto prejudicial, típicamente negativo o excluyente, en positivo, desplegándose su efecto prejudicial en la individualización de la pena.

Por su parte, el ordenamiento italiano establece, específicamente, en relación con las personas jurídicas, que si al ente le ha sido aplicada previamente una sanción administrativa de contenido idéntico o análogo a aquellas interdictivas previstas en el D. Lgs. 231, la duración de la sanción sufrida se descuenta para determinar la duración de la sanción administrativa dependiente de delito (art. 83.2 D. Lgs. 231). Se observa como tal disposición legal coincide sustancialmente con la criticable jurisprudencia del TC español al respecto. Ahora bien, resulta dudoso que esta doctrina de nuestro TC sea respetuosa con la emanada del TEDH, entre otras en la STEDH de 21 de febrero de 1984. Caso *Öztürk c. República Federal Alemana*²⁷⁵⁰.

Pues bien, resulta evidente que, tanto la solución del TC como la del ordenamiento italiano, al optar por permitir el doble enjuiciamiento, conformándose con establecer una compensación, reduciendo la primera sanción del *quantum* de la segunda, resultan reprochables, al menos, desde el punto de la vertiente formal o procesal del *ne bis in idem*, afectando negativamente a la seguridad jurídica. Y lo mismo, cabría predicar de la solución legal consistente en modular las penas de multa si, efectivamente, se pretendiese usar esta vía para remediar un problema de *bis in idem*. Aunque, en este último supuesto, normalmente, faltará la identidad de sujeto.

4.- Recapitulación

En definitiva, la fuerza de cosa juzgada de las sentencias penales despliega, como regla general, una eficacia prejudicial meramente negativa, impidiendo reiterar un juicio frente al mismo sujeto, por los mismos hechos y con el mismo fundamento. Sin embargo, tales sentencias, en principio, no despliegan efectos prejudiciales positivos, como exigencia de los derechos a la defensa y a la presunción de inocencia que asisten a todo acusado, así como consecuencia del valor que el principio contradictorio y el de

²⁷⁴⁹ Véase, en esta línea, la SSTC 2/2003, de 16 de enero, F. J. 6º; 334/2005, de 20 de diciembre, F. J. 2º, apartándose expresamente de la doctrina establecida en la SSTC 177/1999, de 11 de octubre; 152/2001, de 2 de julio.

²⁷⁵⁰ Así pues, según GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 783, sostiene que esta doctrina constitucional corre el riesgo de ser declarada contraria al Protocolo núm. 7 al CEDH por el TEDH.

libre valoración de la prueba tienen como forma de acercamiento a la verdad. Sin embargo, si se parte del supuesto de que dos hechos conexos, o parcialmente idénticos, pueden ser enjuiciados en procesos distintos, en ocasiones, exigencias de justicia pueden imponer ciertas matizaciones a tal regla general que niega cualquier efecto prejudicial positivo a las sentencias penales.

En este sentido, cabe señalar, en primer lugar, que cualquier sentencia penal puede ser introducida como prueba documental y sometida a debate contradictorio en un ulterior proceso, sobre hechos conexos o sobre los mismos hechos atribuidos a otro acusado. Obviamente, la primera sentencia carecerá de fuerza vinculante en el segundo proceso, aunque podrá ser valorada libremente por el Juez, junto con el resto de las pruebas.

Por otra parte, declarada la inexistencia de un hecho en sentencia penal, si tal hecho integra el objeto de un segundo proceso, el pronunciamiento previo, debe ser tomado en consideración. Igualmente, si tras haber sido condenado un sujeto, ya por conformidad, ya tras la celebración del juicio oral, se inicia un proceso por los mismos hechos, o por hechos conexos, en el que se afirma que el hecho punible, declarado probado en la primera resolución, no existió, parece evidente que tal declaración, contradictoria con la primera, debiera poder hacerse valer para evitar que la anterior condena, basada en un hecho que ahora se declara inexistente, siga desplegando sus efectos.

Estas vinculaciones entre objetos procesales, tienen una relevancia especial en el enjuiciamiento seguido frente a las personas físicas y a las personas jurídicas, dada la parcial coincidencia fáctica entre los hechos punibles atribuidos a uno u otro sujeto. Así pues, si se atiende a la estructura de imputación prevista en el CP para las personas jurídicas, se observa que, uno de los elementos constitutivos de su responsabilidad, es la realización de un hecho, cuando menos típico y antijurídico, por alguno de sus miembros. Por eso, en el caso de que se enjuicien separadamente las responsabilidades de ambos sujetos, en el proceso frente a la persona jurídica deberá tenerse en cuenta lo dicho en el de la persona física sobre la inexistencia del hecho, así como sobre la falta de tipicidad o antijuridicidad del hecho de referencia, condicionando, tales apreciaciones judiciales, el enjuiciamiento de la responsabilidad del ente.

Por otra parte, en cuanto al característico efecto prejudicial de las sentencias penales, esto es, el efecto prejudicial negativo, del que se deriva el principio *ne bis in idem*, que impide que un sujeto sea juzgado dos veces por los mismos hechos y con el mismo fundamento, cabe señalar que no deben admitirse soluciones parciales, tales como la compensación de sanciones que viene aplicando el TC cuando, tras imponerse una sanción en un procedimiento administrativo sancionador, se inicia un proceso penal, sino que la vertiente procesal de tal principio obliga a paralizar el segundo proceso, sin entrar en el fondo del asunto, cuando, efectivamente, concurra la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento.

VIII. La impugnación de la sentencia dictada frente a la persona jurídica

1.- Planteamiento

En este epígrafe se referirán determinadas cuestiones relativas al régimen de recursos para las personas jurídicas. En tanto que no ha habido ninguna modificación legal en este sentido, como regla general, cabe señalar que el régimen de recursos se mantiene invariable en relación con el previsto para las personas físicas. Ahora bien, cabe reflexionar sobre cómo los tipos de delitos imputables a las personas jurídicas, así como las especialidades procedimentales de su enjuiciamiento, harían más probable la utilización, por su parte, de ciertas vías impugnativas, tales como el recurso de casación por introducción de conceptos jurídicos en los hechos probados que predeterminen el fallo o el mal llamado recurso de anulación para el caso de que la persona jurídica sea condenada en ausencia o en rebeldía.

En este punto, cabe recordar, una vez más, que el sistema de imputación previsto en el CP para las personas jurídicas, presupone la comisión de un hecho típico y antijurídico por una persona física pero, al mismo tiempo, fundamenta la responsabilidad propia de la entidad en ciertos hechos, tales como el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control o la inexistencia o ineficacia de los modelos de organización y gestión orientados a prevenir y a detectar actuaciones delictivas en el seno de la organización. Pues bien, a la luz de este específico sistema de imputación, pueden analizarse ciertas consecuencias relevantes en cuanto a la determinación del gravamen para la persona jurídica recurrente. Además, en vista de la comunidad que se crea en relación con ciertos hechos que fundamentan, al mismo tiempo, la responsabilidad de la persona física y la persona jurídica, es posible plantearse, en qué medida, los efectos derivados de la estimación de un recurso interpuesto por uno de tales sujetos, podrían extenderse al otro que, aun cuando no fuese recurrente, hubiese sido condenado en base a elementos fácticos comunes.

2.- Algunas generalidades sobre las vías de recurso

La persona jurídica, al igual que cualquier otro reo, podrá interponer los recursos a que haya lugar según la ley frente a la resolución que resuelva definitivamente el pleito. Así pues, podrá interponer los correspondientes recursos de apelación y casación, así como el incidente de nulidad de actuaciones, agotando, de este modo, los medios de impugnación ordinarios y extraordinarios, lo que dejaría expedita la posibilidad de

recurrir en amparo ante el TC, cuando entienda que, por acción u omisión del órgano judicial que conoció de la causa, se ha vulnerado alguno de sus derechos fundamentales o libertades públicas, susceptible de protección por esta vía extraordinaria (art. 162. 1 b) CE).

Igualmente, agotadas las vías de recurso internas, la persona jurídica condenada podrá recurrir ante el TEDH, cuando entienda que se han vulnerado alguno de los derechos fundamentales garantizados por el CEDH, en tanto que el amparo europeo es una garantía ofrecida, no sólo a las personas físicas, sino también a las organizaciones no gubernamentales y a los grupos de particulares que se consideren víctimas de una violación de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus protocolos, por una de las Altas Partes Contratantes (art. 34 CEDH). Pues bien, tales “grupos de particulares” comprenden a las personas jurídicas o, en los términos de la jurisprudencia del TEDH, a los “grupos constituidos conforme a la ley del Estado parte”²⁷⁵¹.

Por otra parte, cabe señalar que, para el caso de que la entidad haya sido juzgada en ausencia, esto es, sin estar representada durante el juicio oral por un representante o, incluso en rebeldía, cuando no haya podido ser citada para la primera comparecencia por falta de domicilio social conocido, no perderá la posibilidad de interponer los correspondientes recursos a través de sus postulantes. En este sentido, si la situación de ilocalizabilidad de la entidad y/o de sus representantes fuese posterior a la notificación de la sentencia definitiva, pero la misma no hubiese devenido firme todavía, podrían interponerse los correspondientes recursos, tanto por su representación, como por el MF, debiendo sustanciarse hasta su conclusión (art. 845 LECrim). Así mismo, para el caso de que la sentencia haya alcanzado firmeza, si no se han observado los requisitos que permiten el enjuiciamiento en ausencia o rebeldía, cabría interponer el recurso de anulación (art. 797 LECrim) o, en su caso, el incidente de nulidad de actuaciones (art. 241 LOPJ).

Por último, cabe señalar, en relación con los requisitos formales para recurrir que, cuando la LECrim exige la doble firma de abogado y condenado para impugnar, no cabe entender que la falta de designación de un representante especialmente designado que firme por la entidad condenada, sea obstáculo para que la entidad ejercite su derecho a los recursos, ya que, habiéndose configurado la designación de un representante como una carga procesal y no como una obligación, y permitiéndose, por lo tanto, el enjuiciamiento en ausencia, no se puede condicionar a tal eventualidad el ejercicio de un derecho fundamental, como es el derecho a los recursos, que se integra en el más amplio de la tutela judicial efectiva²⁷⁵² y que debe venir informado por el principio *pro actione*, facilitándose, en la medida de lo posible, la efectividad de los recursos previstos en la ley. En este sentido, es necesario interpretar de forma flexible los requisitos formales que puedan obstaculizar el ejercicio del derecho a recurrir.

²⁷⁵¹ Cfr. SSTEDH de 25 de julio de 2002. Caso *Sovtransavto Holding c. Ucrania* y de 28 de abril de 2008. Caso *Hutten-Czapska c. Polonia*.

²⁷⁵² SSTC 74/1983, de 30 de julio; 7/2015, de 22 de enero, que se refieren al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a los recursos.

3.- Las especialidades en el recurso de casación en los procesos frente a las personas jurídicas

En cuanto al recurso de casación parece adecuado reparar en uno de los motivos tasados que justifican su interposición. Destacan, a los efectos que aquí interesan, dos causas por la que cabría interponer recurso de casación por quebrantamiento de forma. La primera consiste en que se aprecie manifiesta contradicción entre los hechos que se consideren probados en la sentencia y la segunda en que se consignen, como hechos probados, conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo (art. 851.1 LECrim). Obviamente, ninguno de estos motivos es exclusivo del enjuiciamiento de las personas jurídicas, si bien cabe reparar en ellos por la mayor probabilidad de que puedan apreciarse en las causas seguidas frente a las personas jurídicas.

El motivo de impugnación casacional referido a que exista una manifiesta contradicción entre los hechos que se consideren probados en la sentencia, presenta un interés especial en los procesos seguidos frente a las personas jurídicas, en vista de la parcial dependencia, tantas veces referida, que se aprecia entre los hechos imputados a la persona física y a la persona jurídica, con la consiguiente probabilidad de que la sentencia incurra, en su relato de hechos probados en contradicciones o incongruencias. Esto ocurriría, por ejemplo, si el juzgador entiende que la conducta del sujeto que presuntamente cometió el delito se encontraba justificada y que, por lo tanto, no fue antijurídica y, sin embargo, posteriormente, condena a la entidad por el grave incumplimiento de sus deberes de supervisión, vigilancia y control. En tal caso, la entidad debiera ser absuelta por falta del elemento constitutivo de su responsabilidad, consistente en que uno de sus miembros haya cometido un hecho, cuando menos, típico y antijurídico.

Algo similar cabe señalar en relación con el segundo de los incisos del art. 851.1 LECrim. Así pues, el motivo de casación consistente en introducir en el relato de hechos probados términos, expresiones o conceptos que, por su carácter jurídico, predeterminen el fallo, lo que supone sustituir un hecho por su consecuencia jurídica, también, parece, en principio, más probable que se aprecie en las condenas frente a personas jurídicas, dado el contenido técnico del sistema de imputación previsto para éstas. En esta materia, hay que tomar en consideración que la inclusión de expresiones técnico-jurídicas, propias de otras ramas del Derecho, no supone un uso predeterminante de la ley, prohibido por el ordenamiento procesal²⁷⁵³. Pero si constituiría tal vicio o error el uso de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado, siempre que tales expresiones sean tan sólo asequibles, por regla general, para los juristas y no sean compartidas en el uso del lenguaje común, que tengan valor causal respecto al fallo, y que, suprimidos tales conceptos jurídicos, dejen el hecho histórico sin base alguna²⁷⁵⁴. Se pone como ejemplo

²⁷⁵³ DE URBANO CASTRILLO, E., "Especialidades de las sentencias...ob. cit., p. 105.

²⁷⁵⁴ Así lo señala SSTS (Sala 2ª) núm. 667/2000, de 12 de abril, RJ 2000\3037, F. J. 1º; (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 799/2008, de 25 de noviembre, RJ 2008\7276, F. J. 3º; ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1708/2014, de 9 de octubre, JUR 2015\23485, F. J. 7º.

de tal vicio en la sentencia el decir que el acusado dictó una resolución injusta o arbitraria (sin más descripciones) en el delito de prevaricación.

Así pues, en el caso objeto de estudio, la sentencia que declara probado que hubo ausencia del debido control o que la entidad no empleó la diligencia debida para evitar el delito, sin especificar nada más, o sin determinar los concretos hechos en que basan tales afirmaciones, podría estar incurriendo en un defecto de motivación que podría encajar en este motivo de casación. Y es que, aunque la ausencia del control debido, puede tener un significado en el lenguaje común, cuando se trata de dotar de contenido propio a la culpabilidad de una empresa u otro tipo de organización, ese incumplimiento grave de los deberes de control, entendido como la falta de los mecanismos de prevención y control de los sujetos apicales sobre sus subordinados en orden a evitar la comisión de un determinado delito de la especie de aquel por el que se procede, parece adquirir un significado técnico-jurídico que requiere, para su constatación, de una base fáctica y explicativa más allá de la mera afirmación de su concurrencia.

4.- El *consortium* en la impugnación entre persona física y persona jurídica y la extensión de efectos beneficiosos por la vía del recurso de revisión

En cuanto a la determinación de los motivos que la persona jurídica puede alegar en su recurso, frente a la sentencia definitiva que se dicte en su contra, la entidad estará legitimada para impugnar todas aquellas afirmaciones determinantes de su responsabilidad. Por lo tanto, no tendrá que limitar su impugnación a sus hechos propios, relativos al incumplimiento de sus deberes de supervisión y control, así como a aquellos elementos determinantes para la individualización de su condena, sino que también estará legitimada para impugnar los pronunciamientos sobre la tipicidad o antijuridicidad del hecho de referencia y sobre su existencia o su atribución a alguno de los sujetos susceptibles de originar su responsabilidad, aun cuando la concreta persona física, condenada por el delito base, no haya recurrido o haya dado un enfoque distinto a su recurso en relación con esos mismos hechos²⁷⁵⁵. En este sentido, cabe advertir como, una vez más, ambos sujetos no tienen por qué correr la misma suerte, en tanto que son libres para ejercer su derecho de defensa de la forma que entiendan que resulta más conveniente para sus intereses que, en ocasiones, pueden, incluso, entrar en conflicto con los del otro sujeto condenado.

²⁷⁵⁵ En palabras de GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona...* ob. cit., p. 39, la entidad estará legitimada para impugnar sus hechos internos, las correlativas consecuencias jurídicas, así como los pronunciamientos del tribunal sobre los hechos de referencia, aunque la persona física no haya recurrido o haya enfocado el recurso de forma distinta. En la misma línea, sostiene la FGE, Circular 1/2011, p. 106, en relación con el régimen de recursos que la persona jurídica podrá impugnar los pronunciamientos de la sentencia que le conciernan, y obviamente proyectar su impugnación sobre las decisiones del Tribunal en relación con el delito de la persona física.

Sin embargo, parece que quedarían fuera del ámbito de impugnación de la persona jurídica las cuestiones relativas a la culpabilidad de la persona física en tanto que, tal y como dispone el CP, las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad no excluirán ni modificarán la responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 31 ter 2 CP). Por ejemplo, alegaciones sobre alteraciones o anomalías psíquicas del autor del delito, el trastorno mental transitorio o el haber actuado bajo el efecto de ciertas sustancias, no serían eximentes trasladables a la persona jurídica, en tanto que afectarían a la culpabilidad de la persona física y no a la antijuridicidad del hecho.

Por otra parte, análogamente a lo razonado en relación con el efecto prejudicial positivo de la cosa juzgada, esa falta de *consortium* entre ambos sujetos podría encontrar ciertos límites cuando se trata de apreciar elementos comunes a ambos sujetos, mutuamente beneficiosos para sus defensas. En este sentido, resultaría de aplicación a las personas jurídicas el art. 903 LECrim, previsto en sede de recurso de casación, al disponer que *“cuando sea recurrente uno de los procesados, la nueva sentencia aprovechará a los demás en lo que les fuere favorable, siempre que se encuentren en la misma situación que el recurrente y les sean aplicables los motivos alegados por los que se declare la casación de la sentencia. Nunca les perjudicará en lo que les fuere adverso”*²⁷⁵⁶. En relación con esta extensión de los efectos positivos de la impugnación a los coparticipes, entiende GIMENO SENDRA que aunque tal efecto se prevea sólo para el recurso de casación no hay inconveniente para aplicarlo a cualquier otro tipo de recurso, siempre que concurren las circunstancias señaladas en el precepto en cuestión²⁷⁵⁷.

Así pues, *“respecto de los elementos fácticos y jurídicos comunes – es decir, respecto de los hechos de referencia y sus consecuencias jurídicas- (...) se genera una suerte de consorcio para la impugnación, que permite impugnaciones independientes y divergentes, pero con beneficios extensibles a todos”*²⁷⁵⁸. De tal forma que, si la persona jurídica no recurre la sentencia, pero la persona física sí, y se declara su absolución por inexistencia del hecho, o por no ser el hecho cometido típico o antijurídico, o si se produce un cambio en la calificación jurídica del hecho, tipificándolo como un delito no imputable a las personas jurídicas, todas estas circunstancias determinarían la absolución de la entidad no recurrente. De la misma forma, el ordenamiento italiano prevé tal extensión de los efectos positivos de la impugnación específicamente para las personas jurídicas que hayan sufrido gravamen, aun cuando no hayan recurrido, señalando que las respectivas impugnaciones juegan en favor de la otra parte, siempre que no se basan en motivos personales (art. 72 D. Lgs. 231).

Sin embargo, en vista de que las responsabilidades penales de la persona física y de la persona jurídica se fundamentan sobre hechos tan sólo parcialmente coincidentes, y de

²⁷⁵⁶ FGE, Circular 1/2011, p. 106; Así lo ha declarado, recientemente, la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 514/2015, de 2 de septiembre, JUR 2015\224389, F. J. 3º, en un caso en el que, tras la condena en primera instancia de una sociedad mercantil y de su representante por delito de estafa, el TS declara absueltos a ambos, señalando que, apreciada la irrelevancia penal del hecho de referencia, procede declarar también extinguida toda responsabilidad criminal respecto de la sociedad, aun cuando el único recurrente fue el administrador.

²⁷⁵⁷ GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*...ob. cit., p. 801.

²⁷⁵⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona*...ob. cit., p. 40.

que ambos sujetos responden por su propia culpabilidad, cuando son juzgados separadamente, una contradicción en el fallo no implica automáticamente vulneraciones del principio de igualdad ni, por supuesto, justifica la revisión de la sentencia firme de condena. En tal contexto, se hace necesario conocer los hechos probados de ambas resoluciones para ver si hay contradicciones entre ellos, así como determinar cuáles han sido los motivos que han llevado a la absolución de la persona física, para establecer si son extensibles o no a la persona jurídica. Sin perjuicio de que, si respecto al hecho de referencia, se determina la existencia de contradicciones en el relato de hechos probados de sendas sentencias, esto pudiese posibilitar el uso de un recurso frente a la sentencia dictada en primer lugar que fuese contradicha por la segunda, llegando incluso a plantearse la posibilidad de emplear el proceso de revisión, cuando la primera sentencia hubiese devenido firme.

En la misma línea, entiende GASCÓN INCHAUSTI que el antiguo art. 954. 1º LECrim²⁷⁵⁹, podría resultar de aplicación en el caso de que un sujeto esté sufriendo condena por un hecho que no sucedió, siempre y cuando se interprete flexiblemente y se incida en el carácter contradictorio de las sentencias²⁷⁶⁰. Ahora bien, lo que ocurre en el supuesto planteado en este epígrafe, esto es, en relación con la persona física y la persona jurídica, enjuiciadas separadamente por los mismos hechos, es que ambas responsabilidades son concurrentes con lo que, lo determinante será que la segunda sentencia declare que el hecho típico y antijurídico no tuvo lugar, o que ocurrió en circunstancias que eximen de responsabilidad al sujeto previamente condenado.

Por lo tanto, la casuística es precisamente la contraria a la contemplada en el precepto, ya que no se trata de un delito del cual sólo un sujeto pueda ser responsable, sino de un hecho del que han de responder dos sujetos, de tal forma que, constatada la inexistencia del hecho, ambos deben ser absueltos. Por consiguiente, no es una cuestión de incompatibilidad subjetiva en la comisión del delito, sino un supuesto de culpas concurrentes en el que, al igual que ocurre con los partícipes, la realización de un hecho típico y antijurídico por el autor, en este caso por la persona física, es requisito para afirmar la responsabilidad del partícipe, que vendría a ser la persona jurídica. En cualquier caso, con la modificación de la LECrim producida por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, este motivo de revisión desaparece.

En mi opinión, el supuesto previsto en el art. 954.1 d) LECrim resultaría más adecuado para el caso objeto de estudio. Este precepto dispone que *“habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes (...) cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado”*. Pues bien, en primer lugar, es posible que el nuevo dictamen, contradictorio con la primera sentencia, se fundamente, a su vez, en hechos o pruebas de nuevo conocimiento.

²⁷⁵⁹ El precepto, actualmente modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, disponía lo siguiente: *“habrá lugar al recurso de revisión contra las sentencias firmes (...) cuando estén sufriendo condena dos o más personas, en virtud de sentencias contradictorias, por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola”*.

²⁷⁶⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo... ob. cit., p. 99.

Por ejemplo, cabría plantearse un supuesto en el que se condenase a una persona jurídica sin haber determinado a la persona física responsable. Posteriormente, siendo firme la sentencia contra la entidad, se determinaría al presunto autor del delito y se iniciaría un proceso en su contra. Si en la resolución resultante de este segundo juicio se declarase probado que tal sujeto actuó amparado por una causa de justificación, con lo que su conducta no fue antijurídica, o que no tenía en la empresa el poder que se le atribuyó a la hora de enjuiciar a la persona jurídica, o, incluso, que delinquirió, exclusivamente, en su provecho personal, podría entenderse que, ante estos nuevos elementos de prueba, la primera sentencia sería revisable, en tanto que se evidenciaría la inocencia del ente condenado. Pero, además, entiendo que la nueva sentencia que declare la inexistencia del hecho o la ausencia de tipicidad o antijuridicidad en la conducta del acusado como autor del delito, podría constituir en sí misma una prueba nueva, de carácter documental, que vendría sino a demostrar fehacientemente, a manifestar la inocencia de la entidad erróneamente condenada en el primer proceso.

5.- Recapitulación

El régimen de recursos no se ha visto en absoluto modificado con la introducción de las personas jurídicas como nuevos sujetos pasivos del proceso penal. Por lo tanto, las posibilidades de impugnar de las personas jurídicas, que han sufrido un gravamen, como consecuencia de la sentencia dictada en el proceso en que han sido parte, son las mismas que las disponibles para cualquier otro sujeto pasivo, estando legitimadas, tras agotar todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales, para interponer recurso de amparo ante el TC y para actuar como demandantes ante el TEDH.

Resulta destacable, en relación con las personas jurídicas, por una parte, la posibilidad de interponer el recurso de anulación o de promover, en su caso, el incidente de nulidad de actuaciones, en aquellos casos en que, tras haber sido enjuiciada en ausencia o rebeldía, se ponga de manifiesto la irregularidad del proceso celebrado sin la presencia de su representante o, en su caso, la incorrecta citación para comparecer en juicio. En todo caso, se constata que, el hecho de que las personas jurídicas puedan ser juzgadas en ausencia o, incluso, en rebeldía, cuando no ha sido posible practicar de forma efectiva la citación para la primera comparecencia por falta de domicilio social conocido, obliga a establecer una vía impugnativa autónoma que permita revisar la licitud de ese enjuiciamiento en ausencia.

A continuación, se ha hecho referencia a dos motivos de casación que, en el caso de las personas jurídicas, en vista del régimen de responsabilidad previsto en el CP, es previsible que se planteen más frecuentemente en la práctica. Tales motivos consisten, en primer lugar, en que exista una contradicción entre los hechos que se consideren probados en la sentencia, problemática que podría surgir entre las afirmaciones realizadas en relación con la persona física y la persona jurídica, dada la comunidad fáctica que se aprecia en relación con ambos sujetos y la necesidad de conjugarla con un régimen de responsabilidad relativamente autónomo para los entes colectivos. En

segundo lugar, también resulta probable que, en vista de la carga dogmática y el sentido técnico-jurídico de algunas de las expresiones empleadas por el legislador al diseñar el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el juzgador consigne como hechos probados en la sentencia, conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo, particularmente, el concepto de ausencia de control debido, que el CP vigente asimila al incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control, o la ineficacia de los modelos de organización y gestión, en los que se fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica.

Por último, cuando la persona jurídica resulte condenada y sufra, por lo tanto, un gravamen, podrá recurrir tal resolución alegando, no sólo las cuestiones relativas a su propia culpabilidad, sino también todas aquellas cuestiones, relativas al hecho de referencia que se imputa a la persona física, pero que constituye elementos constitutivos de su responsabilidad penal. Y, precisamente, de esta comunidad fáctica que se aprecia entre la persona física y la persona jurídica, se desprende una suerte de *consortium* para aquellas impugnaciones que, siendo estimadas, impliquen apreciar elementos comunes que beneficiarían la situación procesal de ambos sujetos, aun cuando el recurso se haya interpuesto sólo por uno de ellos.

IX. La ejecución de las penas dictadas frente a las personas jurídicas

1.- Planteamiento

En este epígrafe se tratará la ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas. Una vez que la sentencia penal de condena deviene firme es preciso ejecutarla²⁷⁶¹ y, en el caso de las personas jurídicas, dada su especial naturaleza y la especificidad del sistema sancionatorio previsto para las mismas, tal actividad de ejecución presenta ciertas particularidades.

En primer lugar, se hará referencia a los problemas derivados de la facilidad de la entidad para transformarse y/o disolverse, determinando de qué forma debe procederse para que tales modificaciones estructurales no frustren la ejecución de la sentencia de condena.

²⁷⁶¹ Cabe afirmar que la firmeza de la sentencia de condena se erige en fundamento de su ejecutoriedad. En este sentido, dispone la ley que “cuando una sentencia sea firme, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 141 de esta Ley, lo declarará así el Juez o Tribunal que la hubiera dictado. Hecha esta declaración, se procederá a ejecutar la sentencia (...)” (art. 988 LECrim).

En segundo lugar, se hará referencia a las particularidades que, en ejecución, podrían derivarse de la naturaleza especial-preventiva de las penas restrictivas de derechos imponibles a las personas jurídicas, en tanto que, su declarada finalidad tendente a prevenir la reiteración delictiva, podría hacerlas particularmente sensibles a los cambios que afecten a la estructura de la entidad, a sus modelos de organización y gestión o a su política de cumplimiento normativo o de prevención delictiva. De *lege ferenda*, podría resultar recomendable que, un cambio sustancial en tales circunstancias, durante la fase de ejecución de la condena, permitiese, a través del correspondiente incidente en la ejecución, modificar las penas inicialmente impuestas, aun cuando tal posibilidad podría chocar con el principio de invariabilidad de las resoluciones judiciales (art. 267 LOPJ).

En tercer lugar, se examinará, para cada una de las penas previstas en el CP para las personas jurídicas, cuál ha de ser la concreta actividad ejecutiva a realizar, así como las dificultades que se presentan para actuar ante un eventual quebrantamiento de condena, como consecuencia del sistema tasado de responsabilidad previsto por el legislador para los entes colectivos. En este punto, se referirán los instrumentos que existen para ejecutar, fuera del territorio español, las condenas de personas jurídicas, así como las lagunas normativas que se aprecian en este ámbito.

2.- La sucesión de la persona jurídica condenada a través de las operaciones societarias de modificación estructural

El paso de un cierto lapso de tiempo entre la emisión de la sentencia y su ejecución resulta inevitable, por eso resulta ineludible la exigencia de valorar *in itinere* la actualidad de la concreta aplicación del *dictum* decisorio, lo cual, en el caso de las personas jurídicas, podría obligar a dar una solución a las modificaciones estructurales de la entidad que, eventualmente, se verifiquen en ese lapso de tiempo²⁷⁶².

Pues bien, para dar respuesta a tal interrogante, el art. 130.2 CP²⁷⁶³ prevé el supuesto en que, tras la condena de una persona jurídica, se produzca una sucesión empresarial, de tal forma que la entidad condenada quede trasformada, fusionada o absorbida en otra persona jurídica distinta, disponiéndose que, en tal caso, la nueva entidad, fruto de tales operaciones societarias o, incluso, aquella preexistente a la operación estructural que haya absorbido a la condenada, asuma la responsabilidad penal declarada frente a la entidad originaria.

²⁷⁶² VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 423.

²⁷⁶³ Este precepto dispone 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*”. Análogamente, el ordenamiento italiano, contempla tal eventualidad, si bien, para cuando la transformación se produce pendiente el juicio. En este caso, se dispone que “*nel caso di trasformazione, di fusione o di scissione dell’ente originariamente responsabile, il procedimento prosegue nei confronti degli enti risultanti da tali vicende modificative o beneficiari della scissione, che partecipano al processo, nello stato in cui lo stesso si trova (...)*” (art. 42 D. Lgs. 231).

La intención del legislador con esta disposición resulta clara. Se pretende que la persona jurídica condenada no pueda eludir su responsabilidad a través de las referidas operaciones societarias, frustrando la ejecución de su condena. Sin embargo, la forma en que el CP pretende trasladar a un sujeto la responsabilidad declarada frente a otro, que no ha sido parte en el proceso, resulta, cuando menos, objetable. Por otra parte, la regulación omite aclarar cuál será el tratamiento procesal que se le dará a tal traslación de responsabilidad, lo cual resulta, a todas luces, inaceptable²⁷⁶⁴.

La problemática que plantea la regulación penal se concreta en cómo trasladar a una entidad, que no ha sido parte en el proceso, a un nuevo ente jurídico, con una personalidad propia y distinta de la del condenado, las consecuencias penales de la sentencia de condenada dictada frente a otra entidad.

Del subsiguiente análisis se deben excluir los supuestos de transformación, en tanto que, en tal caso, se produce un cambio meramente formal, que puede ser superado acudiendo a la doctrina del levantamiento del velo²⁷⁶⁵. En realidad, en este supuesto, sólo se transforma el tipo social, lo que se podría asimilar, salvando las distancias, a un cambio de nombre en una persona física, limitándose la problemática a un tema de identificación o individualización del ente inculcado. Igualmente, en *“los casos de transmisión de la titularidad de la empresa no extinguen la personalidad jurídica: el sujeto infractor sigue existiendo, por más que sus accionistas y administradores sean distintos”*²⁷⁶⁶.

Por otra parte, tampoco se analizarán aquí aquellos supuestos en los que la modificación estructural de la entidad se produce estando pendiente el dictado de la sentencia ya que, en tales casos, dependiendo del estado en que se encuentre el enjuiciamiento, se podrá dar entrada en el proceso, de una forma u otra, al nuevo ente, ya sea, citándole a una primera comparecencia para su imputación, o para informarle de la imputación realizada frente a su predecesor, y requiriéndole para que nombre a un representante, ya sea informándole de la acusación y permitiéndole participar en el juicio oral y en la práctica de la prueba con su propio representante²⁷⁶⁷.

En definitiva, la cuestión aquí planteada se limita a cómo proceder cuando, dictada una sentencia de condena frente a una persona jurídica, se produce, posteriormente, una fusión, absorción o escisión y se pretende, en aplicación de lo dispuesto en el art. 130.2 CP, trasladar la pena a la entidad fruto de tales operaciones societarias, esto es, a la entidad o entidades en que ha quedado fusionada, absorbida o escindida la persona

²⁷⁶⁴ De hecho, la regulación italiana aborda esta cuestión, precisamente, desde la ineludible perspectiva procesal, señalando que el proceso continuará frente al nuevo ente, en el mismo estado en que se encontraba.

²⁷⁶⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., pp. 36-37.

²⁷⁶⁶ GONZÁLEZ FRANCO, J. A., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal*...ob. cit., p. 100.

²⁷⁶⁷ Esta cuestión ha sido objeto de tratamiento en el apdo. 2.3, del epígrafe II del capítulo 2 relativo a la imputación.

jurídica condenada. Se trata, en último término, de un problema relativo a la extensión subjetiva de la cosa juzgada²⁷⁶⁸.

Como punto de partida, cabe matizar que no es la responsabilidad lo que se traslada, como impropriamente dispone el legislador, sino que serán, más bien, algunas de las consecuencias jurídicas derivadas de tal responsabilidad. El motivo radica en la imposibilidad de trasladar la responsabilidad criminal, en vista de la incompatibilidad de tal traslación con nuestro sistema constitucional, y en concreto, con el principio de personalidad de las penas²⁷⁶⁹. En este sentido, se advierte que, si bien, es posible regular sistemas de corresponsabilidad en la sanción pecuniaria, nunca cabría establecer una verdadera transmisión de la responsabilidad penal²⁷⁷⁰.

La segunda matización, se refiere, precisamente, al tipo de consecuencia jurídica que es posible trasladar. En este sentido, es preciso diferenciar entre la multa y el resto de las penas restrictivas de derechos, en tanto que sólo la deuda de Derecho Público en que consiste la primera podría adquirirse a través de una sucesión empresarial²⁷⁷¹. De hecho, cuando el legislador, impropriamente, se refiere al traslado de la pena de una persona jurídica a otra, parece tener en mente la deuda derivada de la pena de multa, ya que, en otro caso, difícilmente podría efectuarse esa traslación *en función de la proporción* que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con la nueva entidad, dada la imposibilidad de calcular proporciones en relación con penas tales como la suspensión de actividades, la intervención judicial o la inhabilitación para obtener subvenciones.

A mayor abundamiento, en relación con las penas estrictamente pecuniarias, el traspaso patrimonial entre dos personas jurídicas podría justificar la sucesión de la nueva entidad en la deuda de Derecho Público impuesta a la entidad originariamente condenada, entendiéndose tal traslación como una subrogación del deudor en relación con ese crédito debido al Estado. En este sentido, tratándose de sanciones pecuniarias, y dada la ficción que supone la persona jurídica, como forma de limitación de la responsabilidad patrimonial, resulta legítimo que se impida a la entidad blindar sus bienes, afectos al pago de una sanción, a través de una operación societaria. A estos efectos, resulta destacable, así mismo, la regulación de la consecuencia accesoria del decomiso, que puede acordarse, aun cuando los bienes a decomisar no pertenezcan al investigado o encausado (art. 127 quáter CP y 800 ter a y ss. LECrim).

En todo caso, no es dable olvidar que la multa, a pesar de consistir en el pago de una cantidad de dinero, es una pena que, por lo tanto, debe respetar, en su imposición, los mismos principios que cualquier otra. Por eso, para ser respetuosos con los principios de

²⁷⁶⁸ Sobre el tema, véase CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal...* ob. cit., pp. 154-162.

²⁷⁶⁹ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., pp. 37; Sobre el principio de personalidad de las penas, véanse, entre otras las SSTC 146/1994, de 12 de mayo; 36/2000, de 14 de febrero.

²⁷⁷⁰ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “La estructura de imputación” en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 67-78, pp. 77-78.

²⁷⁷¹ Cfr. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”...ob. cit., pp. 37.

personalidad de las penas y de culpabilidad, así como con los de audiencia y contradicción, el traspaso de la multa debe sujetarse a ciertos requisitos y, sobre todo, debe limitarse a supuestos en los que el Juez de la ejecución aprecie una sucesión empresarial que permita afirmar la identidad entre el sucesor y el sucedido, de tal forma que ambos se integren en un concepto amplio de parte²⁷⁷². Por lo tanto, si el Juez no considera acreditada la efectiva sucesión procesal o, en su caso, la intención fraudulenta de la entidad condenada tendente a frustrar la ejecución de la pena, ni siquiera sería posible el traslado de la multa.

A tal fin, el Juez debería citar a todos los interesados, esto es, al MF y a los representantes de ambas entidades, la originariamente condenada y la adquirente, junto con sus postulantes, para que acudan a una vista contradictoria en la que puedan realizar alegaciones y practicar las pruebas pertinentes para su defensa, en orden a desvirtuar la sospecha de identidad entre el sucesor y el sucedido. A través de esta audiencia, en fase ejecutiva, se trataría de conjugar el interés en que la sentencia se ejecute en sus propios términos y sin excesivas dilaciones, con la necesidad de dar entrada a la persona jurídica que, habiendo permanecido ausente durante el enjuiciamiento, resulta luego acreedora de una pena por motivo de la sucesión empresarial. De esta forma, se evita que las conductas delictivas queden impunes y se asegura el resarcimiento de las víctimas sin dilaciones indebidas, mientras que, al mismo tiempo, se vela por la necesidad de garantizar al sujeto resultante de estas operaciones la efectividad de su propia defensa.

La nueva entidad tendrá, de este modo, la oportunidad de realizar alegaciones y practicar prueba a través de su abogado y, en su caso, a través de su representante especialmente designado. Aun cuando sea a través de este trámite en ejecución, de esta forma, la nueva entidad, que no fue parte en el proceso penal con todas las garantías, tendrá la oportunidad de ser oída, pudiendo discutir si, efectivamente, se encuentra pasivamente legitimada como absorbente, como adquirente o como fruto de la escisión de la entidad condenada, así como sobre la proporción que guarda en relación con la persona jurídica responsable del delito. Al mismo tiempo, si, en contra de la tesis sostenida en este trabajo, se le pretendiesen imponer penas restrictivas de derechos, podría aprovechar esta audiencia para discutir la procedencia de las mismas, en vista de su falta de peligrosidad criminal, de los peligros que la pena podría suponer para sus trabajadores o de los cambios que se hayan producido en la dirección y administración de la entidad, manifestando lo innecesario, y por ende, lo desproporcionado de tal castigo²⁷⁷³.

²⁷⁷² En este sentido, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal...* ob. cit., p. 160, al tratar el tema de la extensión subjetiva de la cosa juzgada civil, sostiene que en los supuestos de sucesión y sustitución, el problema reside en la posibilidad de incluirlos dentro de un concepto amplio de parte.

²⁷⁷³ En este sentido, es preciso reparar en que, el cambio de los sujetos apicales, estos es, de los directivos o de los administradores de la entidad, puede tener consecuencias en cuanto a la valoración de la necesidad preventiva de pena. En este punto, cabe traer a colación el AJCI núm. 4, de 30 de julio de 2012, que denegó la adopción de una medida de intervención judicial frente a BANKIA, en sede cautelar, argumentando que no existía *periculum in mora* porque en el momento de resolver sobre la medida en cuestión, todas las personas físicas querelladas se encontraba habían sido removidas de los puestos directivos que ocupaban anteriormente, por lo que no había peligro de que la mercantil pudiese seguir cometiendo los hechos denunciados.

Por otra parte, y ante la eventualidad de que se traspase de una entidad a otra, la obligación de pago de la multa penal, sería muy recomendable que, en el proceso de *due diligence*²⁷⁷⁴, que normalmente realizan las empresas, antes de absorber a una entidad o de fusionarse con ella, para constatar que se encuentra al corriente de sus obligaciones de pago y de sus obligaciones legales, se incluyese un apartado penal, exigiendo a las entidades involucradas en la operación societaria de que se trate, un certificado de antecedentes penales a su contraparte y, ante la inexistencia de un registro de imputaciones o de otras resoluciones penales no definitivas, un compromiso por escrito de no existir procesos penales pendientes en su contra.

En lo que se refiere a las penas restrictivas de derechos, cuya procedencia y duración vendrán determinadas, en relación con una concreta persona jurídica y con sus específicas necesidades de prevención especial, con los daños que pudieran causarse a sus trabajadores y con el puesto que ocupaba en la entidad quien incumplió el deber de control, tal y como se adelantó al inicio de este apdo., no parece oportuno que tales sanciones se trasladen, automáticamente, a una nueva persona jurídica, con otra estructura organizativa e, incluso, con otros dirigentes. En este sentido, se advierte que los sistemas de corresponsabilidad que podrían entenderse aplicables a las penas pecuniarias, no pueden extenderse a las penas de disolución ni a las interdictivas (suspensión, cierre de locales, prohibiciones, etc.) que deben imponerse, necesariamente, atendiendo a criterios de prevención especial de la empresa penada, esto es, a la probabilidad de que la misma reincida en el futuro²⁷⁷⁵. A tal fin, esto es, para la imposición de penas distintas de la multa, entiendo que sería imprescindible repetir el enjuiciamiento contra la nueva entidad, siempre que se dieran los presupuestos para ello.

En definitiva, cabe concluir que la modificación estructural, acaecida tras el dictado de una sentencia de condena, que contenga penas restrictivas de derechos, frustraría su ejecución, limitando el tratamiento penológico a la pena de multa, ante la imposibilidad de trasladar las penas interdictivas al ente resultante de la referida operación societaria. Por eso, cabe proponer, *de lege ferenda*, como una solución alternativa y más adecuada a la de traslación de la condena, que se prohíban, durante la fase de ejecución, las operaciones de fusión, absorción o escisión a los entes condenados, al menos en tanto en cuanto no se asegure el cumplimiento de las penas impuestas²⁷⁷⁶. De hecho, no estaría de más que tal prohibición se adelantase a un momento procesal posterior como el de la notificación del auto de apertura del juicio oral.

²⁷⁷⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal...ob. cit., pp. 84-85; También GONZÁLEZ FRANCO, J. A., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal...*ob. cit., pp. 100-101, hace referencia al proceso de *due diligence*, a través del cual se examina la situación jurídica y económica de la entidad, como forma de que el adquirente pueda prever las eventuales responsabilidades sancionatorias que deba enfrentar tras la adquisición, asegurándose de que la entidad cuenta con protocolos de cumplimiento normativo.

²⁷⁷⁵ DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “La estructura de imputación”...ob. cit., pp. 77-78.

²⁷⁷⁶ Incluso, algún autor, como PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la...ob. cit., p. 163, ha llegado a proponer que tal prohibición legal se extienda, no sólo a la fase de ejecución, sino a toda la pendencia del proceso.

3.- La disolución aparente de la persona jurídica condenada como supuesto de sucesión procesal

El art. 130.2. II CP establece que *la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica* no extingue su responsabilidad penal. Esta regulación evoca la posibilidad excepcional prevista en el art. 12 apdos. 1 b) y 3 LOPP, en el que se habilita a la Sala Especial del TS del art. 61 LOPJ, para que, en trámite de ejecución de sentencia y a través de un incidente declarativo, por lo tanto, sin necesidad de iniciarse un nuevo proceso, acuerde la disolución de un nuevo partido político, o de uno preexistente, cuando se aprecie la sucesión o continuación en la actividad de otro partido declarado, previamente, ilegal y disuelto. En ambos supuestos, el previsto en el CP y en la LOPP, se da el caso de que una persona jurídica que se consideraba disuelta, continúa, fraudulentamente, con su actividad, a través de una nueva persona jurídica, preexistente o constituida al efecto, debiendo, igualmente, en ambos casos, apreciarse la intención de burlar los efectos de la condena.

Sobre la posibilidad contemplada en el CP de considerar fraudulenta la disolución de la persona jurídica condenada, para trasladar la responsabilidad a su sucesora, lo primero que hay que señalar es que debe utilizarse con carácter extraordinario dado que, a través de ella, se condena a un ente jurídico nuevo, o al menos con personalidad jurídica distinta a aquel que ha sido parte en el proceso penal previo, por considerar que el nuevo ente es el sucesor del condenado²⁷⁷⁷. Por lo tanto, dado que se evita iniciar un nuevo proceso frente al nuevo ente, es preciso que el juzgador exteriorice los motivos y las pruebas con que cuenta para considerar acreditada la sucesión fraudulenta, escondida tras una falsa disolución que, en realidad, no es tal. Sólo si se acredita la identidad entre la entidad aparentemente disuelta y la de nueva creación es posible aplicar a la segunda la condena dictada frente a la primera sin vulnerar los límites subjetivos de la cosa juzgada²⁷⁷⁸. En otro caso, sin prueba suficiente que acredite la sucesión, se produciría un ilegítimo traslado de la condena de un ente al otro, con flagrante vulneración del derecho fundamental a ser juzgado en un proceso con todas las garantías sin que, en ningún caso, se produzca indefensión (art. 24.2 CE).

El art. 130.2. II CP, objeto de análisis, continúa diciendo que “*se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos*”. A pesar de que la norma contenida en el CP no lo exige y, además, parece consagrar una presunción *iuris et de iure* de que habrá disolución encubierta cuando se den las referidas circunstancias, lo cierto es que, para aplicar esta disposición, será necesario

²⁷⁷⁷ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., FERREIRO BAAMONDE, X.-X.; “La ilegalización de DM3 y Askatasuna: problemas jurídico-procesales”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 4, abril 2009, pp. 68-77, pp. 71-73, realizan una acertada crítica al empleo de la vía procesal del incidente declarativo en el proceso de ejecución para apreciar la sucesión fraudulenta entre partidos políticos.

²⁷⁷⁸ Cabe recordar en este punto, las afirmaciones de CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*. .ob. cit., p. 160, según las cuales, los supuestos de sucesión y sustitución no implican afirmar una extensión de los efectos de la cosa juzgada frente a terceros, en tanto que se asume que sucesor y sucedido caben en un concepto amplio de parte.

probar fehacientemente el ánimo defraudatorio de la sucesión empresarial²⁷⁷⁹, constituyendo la continuidad en la actividad y la identidad de clientes, proveedores y empleados meros indicios para apreciar el fraude, so pena de vulnerar la presunción de inocencia de la entidad²⁷⁸⁰. De hecho, al igual que ocurre con los indicios previsto en el art. 12.3 LOPP, cabe entender que los previstos en el CP, tienen carácter *numerus apertus*, en tanto que aparecen relacionados no de forma exhaustiva o agotadora, sino orientativa²⁷⁸¹, con la diferencia de que, tratándose de una regulación penal, no caben interpretaciones extensivas de la misma, por lo que la interpretación más correcta sería que han de darse, al menos, los indicios expresados en el CP, sin perjuicio de que puedan completarse con otros de los que quepa inferir que, efectivamente, ha habido una sucesión fraudulenta.

Ahora bien, si se considera probado que la persona jurídica está tratando de eludir su responsabilidad penal, por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución, lo primero que habrá de hacer el MF será instar a la autoridad judicial para que acuerde la intervención judicial de la entidad con carácter cautelar²⁷⁸², así como, en su caso, otras medidas cautelares reales tendentes a asegurar sus responsabilidades pecuniarias.

En definitiva, en caso de disolución encubierta o aparente habrá que poner de relieve el fraude y tratar a la persona jurídica, fraudulentamente disuelta, como un ente existente²⁷⁸³. Ahora bien, si la disolución encubierta no es causa de extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, a *sensu contrario*, debe interpretarse que la disolución real sí extingue la responsabilidad penal de la entidad, dándose la paradoja, de que, si una empresa se disuelve y se liquida, integrándose en otra persona jurídica, la responsabilidad penal no se extingue, sino que “se transmite”, mientras que, si la entidad condenada se disuelve y se liquida, integrándose sus activos en el patrimonio de una persona física, tal acto sí sería susceptible de extinguir su responsabilidad penal²⁷⁸⁴.

²⁷⁷⁹ El requisito de que se aprecie ánimo defraudatorio, se exigiría, igualmente, en el supuesto previsto en la LOPP según la opinión de FERREIRO BAAMONDE, X. X., *El proceso de disolución de partidos...* ob. cit., p. 151; Sobre los problemas probatorios que se plantean para inferir la existencia de una sucesión fraudulenta a partir de indicios que vinculan a uno y otro partido político, véase PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., FERREIRO BAAMONDE, X.-X., “La ilegalización de DM3 y Askatasuna...” ob. cit., pp. 73-77.

²⁷⁸⁰ En este sentido, sostiene GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.; JUANES PECES, A., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas...” ob. cit., que una interpretación conforme al derecho a la presunción de inocencia exige entender la directriz como guía indicativa de indicios susceptibles de fundar la correspondiente presunción judicial, sin que sea posible interpretar literalmente la expresión “en todo caso”.

²⁷⁸¹ En este sentido, el art. 12.3 LOPP señala como indicios relevantes para apreciar “*la sucesión la similitud sustancial de ambos partidos políticos, de sus estructura, organización y funcionamiento, de las personas que las componen, rigen, representan o administran, de la procedencia de los medios de financiación o materiales, o de cualesquiera otras circunstancias relevantes que, como su disposición a apoyar la violencia o el terrorismo, permitan considerar dicha continuidad o sucesión*”, habiendo señalado la jurisprudencia su carácter *numerus apertus*. En este sentido, véanse, las SSTS (Sala Especial del art. 61 LOPJ) de 3 mayo de 2003, RJ 2003\4452, F. J. 2º; (Sala Especial del art. 61 LOPJ) de 5 octubre de 2003, RJ 2003\6403, F. J. 2º.

²⁷⁸² PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra personas jurídicas...” ob. cit., p. 387.

²⁷⁸³ GASCÓN ICHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo...” ob. cit., p. 71.

²⁷⁸⁴ GONZÁLEZ FRANCO, J. A., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal...* ob. cit., p. 100, nota 2.

Por último, parece oportuno aclarar, en este punto que con la disolución, la entidad no pierde automáticamente su personalidad jurídica, sino que la mantiene hasta que finaliza el proceso de liquidación (art. 371.2 TRLSC). Por lo tanto, mientras no se realice la correspondiente liquidación y se inscriba en el registro la extinción de la entidad, la personalidad jurídica se mantiene y, con ella la legitimación pasiva en el proceso penal en el que ha sido objeto de acusación y, en su caso, de condena.

4.- Los incidentes en ejecución como consecuencia del carácter dinámico de los presupuestos de aplicación de las sanciones interdictivas

Una de las principales especificidades, en relación con la ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas, podría encontrarse en la naturaleza dinámica de los presupuestos de aplicación de las sanciones restrictivas de derechos previstas en el CP. Dado que la imposición de tales sanciones depende de las finalidades preventivas, orientadas a evitar la reiteración delictiva y a lograr que la entidad se organice de acuerdo con sus deberes de cumplimiento normativo, a tal fin se podrían justificar ciertas facultades del Juez de la ejecución, tendentes a alterar los términos de cumplimiento de la sentencia de condena²⁷⁸⁵. Estas posibilidades de adaptación o de modulación de la condena, durante la fase de ejecución, podría asimilarse, salvando las distancias, a las posibilidades que ofrece la legislación penitenciaria en relación con la ejecución de las penas privativas de libertad, que deben ir orientadas a la reeducación y a la reinserción social (art. 25.1 CE).

El dinamismo que debería impregnar la fase de ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas, se observa claramente en la regulación italiana, que prevé un procedimiento de conversión de las sanciones interdictivas en pecuniarias, el cual tendría lugar dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva, si la entidad pusiese en marcha las acciones reparadoras señaladas en el art. 17 D. Lgs. 231, consistentes en resarcir integralmente el daño y eliminar las consecuencias dañosas o peligrosas del delito o, cuando menos, en haber tomado medidas eficaces en tal sentido, haber eliminado las carencias organizativas que han determinado la comisión del delito, a través de la adopción de un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir la reiteración delictiva, y haber puesto a disposición de las autoridades los beneficios del delito para su decomiso.

Con razón, se ha dicho, en la doctrina italiana, que los temas ligados a la ejecución de las sentencias penales de condena, habitualmente olvidados por la doctrina procesal penalista, parecen alimentarse de una renovada savia por efecto de la nueva realidad normativa derivada de la regulación de la responsabilidad penal de las personas

²⁷⁸⁵ VITTORINI, P., "Le norme sull'esecuzione" en AA.VV., F. Bernasconi (dir.), *Il processo penale de societate*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 369-430, p. 376; VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 423.

jurídicas²⁷⁸⁶. Esto se debe a que, en la regulación de aquel país, el papel del Juez de la ejecución, cuando se ejecuta una sentencia de condena frente a una persona jurídica, en la que se imponen sanciones interdictivas, es muy distinto al que juega en otros casos, en tanto que se le atribuye una función más activa en la concreta gestión de la sanción, de tal forma que, el tratamiento sancionatorio, dispuesto por el Juez de la cognición, puede sufrir, a instancia del Juez de la ejecución, adaptaciones y transformaciones²⁷⁸⁷.

Este dinamismo en fase de ejecución sería otra muestra del marcado carácter especial-preventivo de la regulación italiana, que no se observa tan acentuadamente en la regulación española, en la que ni siquiera se prevé que las penas firmes, impuestas a las personas jurídicas, puedan sustituirse o suspenderse, bajo ciertas condiciones²⁷⁸⁸. En este sentido, las posibilidades de adaptación de las penas interdictivas a los cambios de circunstancias durante la ejecución, tal y como se regulan en la legislación italiana, las aproximan, de algún modo, a las posibilidades que el CP recoge en relación con las medidas de seguridad. Así pues, el art. 97 CP permite que el Juez, durante la ejecución, acuerde el cese, la sustitución o la suspensión de la medida de seguridad acordada, según cual sea el pronóstico de comportamiento futuro del acreedor de tal medida en cuanto a la probabilidad de comisión de nuevos delitos. Para las penas, las posibilidades de suspensión se limitan a las privativas de libertad no superiores a dos años (art. 80 CP)

Igualmente, en Estados Unidos, como forma de incentivar comportamientos reparadores del ente condenado, se prevé que, tras la condena, si la entidad resarce el daño causado y toma las medidas necesarias para impedir la reiteración de la conducta delictiva, se le atenúen los efectos de la pena. Con tal finalidad, una forma de valorar que se han tomado las medidas necesarias para evitar que se repita dicha conducta en el futuro, consistiría en constatar que se ha implementado un programa de cumplimiento efectivo idóneo y efectivo para prevenir delitos de la especie de aquellos que se han verificado²⁷⁸⁹.

Sin embargo, en la regulación española, dejando a salvo lo previsto en relación con la medida de intervención judicial, que se podrá modificar o suspender, en todo momento, previo informe del interventor y del MF (art. 33.7. g) II CP), no se prevén tales posibilidades de adaptación de las penas durante su ejecución. La imposibilidad de suspender o sustituir las sanciones restrictivas de derechos impuestas en la sentencia implica que la valoración del peligro de reiteración delictiva se producirá en un momento determinado del tiempo, sin posibilidad de revisar su evolución ni de tomar en consideración los posibles cambios que puedan producirse en las circunstancias que motivaron su adopción. Por otra parte, tampoco se prevén posibilidades de suspender o

²⁷⁸⁶ CANEVELLI, P., "L'esecuzione delle sanzioni"...ob. cit., p. 395.

²⁷⁸⁷ Ídem., pp. 398-399.

²⁷⁸⁸ En este sentido, MAPELLI CAFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5º ed., Civitas, Navarra, 2011, p. 419, en relación con las consecuencias accesorias, observa que, a pesar de que responden a fines preventivos especiales, sus presupuestos preventivos no tienen el mismo alcance que en relación con las medidas de seguridad, en tanto que no se prevé su suspensión, cese o sustitución, con lo que su imposición resulta irreversible.

²⁷⁸⁹ GIMENO SENDRA, V.; GIMENO BEVIÁ, J., "Código de buena conducta de las personas jurídicas"...ob. cit., p. 5.

sustituir las penas cortas restrictivas de derechos, si bien, en vista del carácter especial preventivo de las penas que cabe imponerles podría resultar aconsejable de *lege ferenda* concederles el beneficio de la suspensión y sustitución, en caso de penas interdictivas menores a dos años, análogamente a lo previsto en el art. 80 CP para las penas privativas de libertad.

A pesar de la perspectiva estática que, en relación con las penas restrictivas de derechos, adopta el CP, no cabe desconocer que, a lo largo de la vida de una persona jurídica, pueden tener lugar cambios, tales como, transformaciones o reestructuraciones societarias, declaración de concurso de acreedores, disolución, cambios en el objeto social etc. que pueden afectar a la ejecución de tales penas, sobre todo, si se toma en consideración que éstas pueden llegar a prolongarse por periodos de hasta quince años cuando tienen carácter temporal. Por eso, de *lege ferenda*, se propone la flexibilización de la sentencia, en lo que se refiere a las penas interdictivas, sometiendo, al menos a las de larga duración, a alguna suerte de control periódico sobre la necesidad de su permanencia o de su modificación.

En este sentido, resulta interesante la centralidad que se otorga a la conducta reparadora en el sistema italiano, permitiendo que el ente condenado pueda, dentro de los veinte días siguientes a la notificación de la sentencia, solicitar la conversión de las sanciones interdictivas en pecuniarias, siempre que explique las razones que le han llevado a realizar tardíamente la debida reparación²⁷⁹⁰. Tal conversión se configura como facultativa para el Juez, si bien ha de entenderse, en realidad, como un poder discrecional, vinculado a la verificación de los presupuestos legales²⁷⁹¹.

En España la finalidad reparadora no alcanza tal importancia, otorgándosele un valor meramente atenuante. Sin embargo, el sistema penológico configurado, primordialmente, por los arts. 33.7 y 66 bis CP, deja un amplísimo margen de libertad al Juez para decidir sobre la imposición de las penas restrictivas de derechos, con lo que, por esta vía, se puede dar entrada a criterios de oportunidad y de necesidad de pena, en la determinación de la condena, tomando en consideración, a tal efecto, la conducta *post factum* de la entidad.

5.- La ejecución de la sentencia de condena²⁷⁹²

El legislador ha omitido toda referencia a la ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas, a pesar de que en los diversos intentos fallidos de aprobar una nueva ley reguladora del proceso penal, si se contenían ciertas reglas al respecto. En este sentido, la Propuesta CPP 2013 disponía que “*la ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas (...) se realizará con aplicación de lo previsto en el Código Penal y*

²⁷⁹⁰ VARRASO, G., Il procedimento per gli illeciti...ob. cit., pp. 439-440.

²⁷⁹¹ VARRASO, G., Il procedimento per gli illeciti...ob. cit., p. 441.

²⁷⁹² Para un estudio sobre la ejecución de las distintas penas aplicables a las personas jurídicas véase NEIRA PENA, A. M^a, “Las penas aplicables a personas...ob. cit., pp. 393-426.

en las normas sobre ejecución forzosa de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien la ejecución se efectuará de oficio” (art. 703). Por su parte, el ALECRim 2011 preveía, como regla general, para la ejecución de las penas imponibles a personas jurídicas, que las diligencias de ejecución que debieran ser practicadas personalmente con la entidad se entenderían con su letrado o con quien hubiera sido designado específicamente para representarla en el proceso (art. 776.3).

Estas disposiciones pueden servir de guía interpretativa para resolver las cuestiones relativas a la ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas, ante la laguna legal existente que deberá ser colmada, así mismo con la regulación contenida en el CP y en la LECiv, como supletoria de la LECrim (art. 4 LECiv).

5.1.- La pena de multa

La primera pena que aparece en el catálogo de sanciones imponibles a las personas jurídicas es la multa, por cuotas o proporcional, prevista en el art. 33.7 a) CP y regulada en los arts. 50 a 53 CP, que establecen ciertas especialidades en relación con su cuantía, su plazo y su forma de pago. Tal y como se ha referido anteriormente, esta es la única sanción de imposición preceptiva para el caso de que la entidad sea declarada penalmente responsable, siendo el resto de imposición facultativa.

Para la ejecución de la pena multa se utilizarán las siguientes vías en orden a proceder a su cobro. En primer lugar, evidentemente, existe la posibilidad de pago voluntario por la entidad, por el importe y en los plazos fijados por el juzgador. Ahora bien, en vista de la naturaleza ontológica de la persona jurídica, no cabe establecer una responsabilidad personal subsidiaria por el impago de la multa, por lo que el legislador ha previsto la posibilidad de acordar la intervención de la empresa, como mecanismo de aseguramiento de la efectiva ejecución²⁷⁹³. Cuando la intervención se acuerde para hacer efectivo el pago de la pena de multa, se aplicarán supletoriamente los arts. 676 a 680 LECiv, que regulan la administración para pago.

Así pues, si no se procede al abono voluntario de la multa, se recurrirá a la vía de apremio, embargando los bienes necesarios para proceder al cobro, mientras que para el supuesto de falta de pago voluntario y tras haber intentado la vía de apremio sin éxito, se podrá acordar la intervención judicial de la empresa hasta lograr el pago total de la misma (art. 53.5 *in fine* CP). Esto implica, por un lado, que, ante la falta de cumplimiento voluntario queda expedita la vía de apremio, y por otro, que, si aun así no es posible cobrar la multa por falta de fondos, o por los impedimentos impuestos por la persona moral, o más bien, por las personas físicas encargadas de dirigirla y gestionarla, es posible acordar la pena de intervención que, tal y como se ha referido previamente, y se analizará más adelante, también se prevé como sanción autónoma en el art. 33.7 g) CP.

²⁷⁹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Penas a personas jurídicas”...ob. cit., p. 118.

Para determinar qué ha de ser considerado impago a los efectos de acordar la medida de intervención judicial, podría tomarse como referencia la previsión del art. 50.6 CP según el cual, cuando se haya fraccionado el pago de la multa, el impago de dos plazos determinará el vencimiento de los restantes, debiendo, a tal fin, apercibirse a la entidad de la posibilidad de intervención en el requerimiento de pago²⁷⁹⁴. El sentido de la intervención de la entidad radica, a estos efectos, en que el interventor judicial pueda fiscalizar internamente a la persona jurídica, para conocer los bienes y derechos que integran su activo, así como sus ingresos y beneficios, realizando, incluso, propuestas sobre cómo gestionar los activos de la entidad de forma más productiva, de tal forma que se encuentre en una mejor posición para hacer frente al pago de la sanción.

Así mismo, de la nueva regulación, cabe destacar la posibilidad de fraccionar el pago, durante un período de hasta cinco años, cuando el pago íntegro de su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general (art. 53.5 CP)²⁷⁹⁵. Cabe entender que tales circunstancias pueden, o bien ser apreciadas en el mismo momento de determinación de la sanción, o bien sobrevenir durante la ejecución de la pena, provocando un nuevo calendario de pagos a petición de la entidad condenada y previa audiencia del MF. La concesión de este beneficio es una facultad discrecional del juzgador, que responde a la relevancia de las funciones socio-económicas que desarrollan las empresas en la sociedad y a las consecuencias que el bloqueo económico-financiero de una persona jurídica puede tener para una multitud de personas físicas, económicamente dependientes de aquella.

Para el caso de que la entidad condenada sea también sancionada con la pena de disolución o, por otro motivo, se encuentre en proceso de liquidación, la multa será satisfecha tras la correspondiente liquidación, correspondiendo a los liquidadores efectuar su pago, al igual que el del resto de las deudas sociales (art. 385.1 TRLSC).

Por otra parte, si la entidad es declarada en concurso de acreedores habrá que determinar si la multa fue impuesta tras la declaración de concurso, en cuyo caso se trataría de un crédito contra la masa (art. 84.2.10º LC²⁷⁹⁶) o si, por el contrario, la sentencia de condena es posterior a la declaración del concurso, supuesto en el cual se trataría de un crédito subordinado (art. 92.4º LC²⁷⁹⁷)²⁷⁹⁸.

²⁷⁹⁴ Así lo preveía el art. 777.1 ALECRim 2011.

²⁷⁹⁵ En este sentido, el art. 777.2 ALECRim 2011 establecía la necesidad de acreditar tales extremos documental o pericialmente.

²⁷⁹⁶ El precepto señala que será créditos contra la masa los que resultan de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual en que incurra el concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo.

²⁷⁹⁷ El precepto dispone que serán créditos subordinados los nacidos por multas y demás sanciones pecuniarias.

²⁷⁹⁸ Según PEÑA LÓPEZ, F., “Concurrencia y prelación de créditos concursales” en AA.VV., A.-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), *Estudios de Derecho Concursal*, Tórculo Edicións, Santiago de Compostela, 2005, pp. 497-556, pp. 550-551, el fundamento de la subordinación de los créditos por multas se encuentra en que, dado su carácter punitivo, estos han perdido toda posibilidad de cumplir con su finalidad fundamental, esto es castigar al deudor.

5.2.- La ejecución de las penas interdictivas o restrictivas de derechos

5.2.1.- La pena de disolución

La pena de disolución está prevista en el art. 33.7 CP. Este precepto dispone que la disolución produzca la pérdida definitiva de la personalidad jurídica de la entidad, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o de llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. Se trata de una pena privativa del derecho de asociación, que constituye una suerte de pena de muerte para la entidad, en tanto que implica su muerte civil²⁷⁹⁹.

Para la efectiva ejecución de esta pena ha de procederse a la liquidación del patrimonio social y a la inscripción, tanto de la operación liquidatoria, como de la propia disolución, en el Registro correspondiente, según el tipo de persona jurídica de que se trate. A tal fin, será necesario tener en cuenta la normativa específica de cada tipo de entidad, en donde aparecerán reguladas las operaciones de liquidación, las notaciones registrales correspondientes, la forma de hacer efectiva la disolución y sus efectos²⁸⁰⁰.

Dicho esto, se puede prever que algunas de las actuaciones más habituales para proceder a ejecutar la pena de disolución de la entidad penalmente condenada serán, entre otras, las siguientes²⁸⁰¹: a) si el Juez de la ejecución no dispone otra cosa, quienes eran administradores, al tiempo de la disolución, quedarán convertidos en liquidadores²⁸⁰². Si bien, cuando tales sujetos hubiesen sido condenados por los mismos hechos, si el Juez lo cree conveniente, podrá nombrar otros liquidadores, dejando en suspenso los poderes de los órganos de representación; b) se establecerán las obligaciones periódicas de dación de cuentas que pesan sobre los liquidadores, así como sus obligaciones en orden a la enajenación de los bienes y la imputación del producto de los mismos a los correspondientes pagos, entre los que figurarían la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito constitutivo del delito y la pena de multa; c) se mandará inscribir la escritura de extinción de la sociedad, cancelar sus asientos registrales y depositar los libros de Comercio y demás documentos en el RM.

Llama la atención la ausencia de una disposición específica sobre el destino del patrimonio neto que, en su caso, resulte de la liquidación, lo cual conduciría, ante la falta de una previsión legal específica, a acudir, nuevamente, a lo que prevea la legislación para cada tipo de entidad. Por ejemplo, en el caso de las sociedades de capital, el patrimonio neto se repartirá proporcionalmente entre los titulares del capital

²⁷⁹⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas...* ob. cit., pp. 103-104.

²⁸⁰⁰ Por ej., para las sociedades de capital, el TRLSC, contiene esta regulación en los arts. 360 y ss.

²⁸⁰¹ Se sigue, en este punto a ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas...* ob. cit., p. 308.

²⁸⁰² Esto supondría aplicar analógicamente el art. 376.1 TRLSC que dispone que los administradores quedarán convertidos en liquidadores, salvo disposición contraria en los estatutos o acuerdo de la junta general de socios que haya acordado la disolución.

(art. 391.1 TRLSC). De *lege ferenda* resultaría aconsejable establecer un precepto específico, que estableciese una prelación en los pagos, en la cual debiera privilegiarse la indemnización a las víctimas, pudiendo vincular el destino del patrimonio neto restante a fines relacionados con el tipo de delito de que se trate²⁸⁰³.

Para el caso de que la persona jurídica no realice las actuaciones pertinentes para llevar a cabo su disolución de forma ordenada, el CP no prevé expresamente ninguna sanción, aunque podría resultar útil acordar una medida de intervención para supervisar el proceso de liquidación. Además, si la persona jurídica, a pesar de haberse disuelto formalmente, continúa realizando actividades desde una estructura que mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos, el Juez de la ejecución, tras la celebración de la oportuna vista contradictoria, podrá entender que se trata de una disolución encubierta o meramente aparente (art. 130 CP) y, por lo tanto, de un incumplimiento de la pena de disolución, por lo que podría disponer todas las medidas y mandamientos necesarios contra la entidad sucesora para que la disolución sea real y efectiva.

5.2.2.- Las penas de suspensión de actividades y de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito

El art. 33.7.c) CP prevé la pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica, que puede durar hasta cinco años, mientras que el art. 33.7 e) CP prevé la pena de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, estableciendo que la misma podrá ser temporal o definitiva, señalando, para el caso de que se impusiere con carácter temporal, un plazo máximo de duración de quince años. Estas penas, que ya se preveían, antes de la reforma del año 2010, como consecuencias accesorias en el art. 129 CP, a pesar de que tienen un contenido y una duración distintos, se tratarán conjuntamente, en tanto que ambas constituyen condenas de no hacer y, por lo tanto, la actividad ejecutiva en relación con las mismas será prácticamente idéntica.

En primer lugar, cabe reparar en que, la ejecución efectiva de las referidas penas requiere publicidad y, por lo tanto, inscripción registral²⁸⁰⁴. En este sentido, el Letrado de la Administración de Justicia deberá librar los oportunos mandamientos al registro que corresponda²⁸⁰⁵, ya que la eficacia de la condena puede verse condicionada por la inscripción de la sentencia en el Registro en el que consten los estatutos y demás

²⁸⁰³ En el caso de disolución de partidos políticos el art. 12.1.c) LOPP dispone que “*el patrimonio neto resultante se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario*”.

²⁸⁰⁴ DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129...ob. cit.*, p. 127, advierte, al respecto, que la inscripción, en los correspondientes registros, de las restricciones que se impongan a la libertad de las personas jurídicas condenadas, resultará imprescindible en orden a garantizar el cumplimiento efectivo de tales penas.

²⁸⁰⁵ ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas...ob. cit.*, p. 310.

circunstancias de la vida social de la persona jurídica²⁸⁰⁶, como prevé, específicamente para el caso de suspensión de actividades de las asociaciones, el art. 38 LORDA. Además, esta pena puede implicar una reducción, temporal o definitiva, del objeto social, que podría requerir una modificación de las previsiones estatutarias relativas al giro de la entidad²⁸⁰⁷.

Por otra parte, el Juez de la ejecución o el Letrado de la Administración de Justicia deberán requerir, no sólo a la entidad condenada, sino también a sus representantes legales, para que se abstenga de realizar las actividades suspendidas o prohibidas, por el tiempo establecido en la resolución, con los preceptivos apercibimientos que se detallarán seguidamente, para el supuesto de incumplimiento. Pues bien, en el requerimiento dirigido personalmente a los representantes, cabe apercibirles de que, en caso de incumplimiento, incurrirán en responsabilidad penal por delito de quebrantamiento de condena (art. 468.1 CP) o de desobediencia (art. 556 CP), mientras que, en el requerimiento dirigido a la propia entidad condenada o, incluso en la misma sentencia de condena, ante la imposibilidad de atribuir los referidos delitos a las personas jurídicas, por falta de previsión legal, habría que apercibirla con la posibilidad de imponerles multas coercitivas para forzar el cumplimiento de la obligación de no hacer en que consiste la condena (art. 710 LECiv).

La posibilidad de utilizar la amenaza penal para asegurar el cumplimiento de la pena de suspensión o prohibición de realizar ciertas actividades, no podría dirigirse a la persona jurídica, dado que el sistema de *numerus clausus* que ha diseñado el legislador en relación con las personas jurídicas, no contempla la atribución a los entes colectivos de los delitos de quebrantamiento de condena ni de desobediencia. Por lo tanto, la amenaza penal tendría que dirigirse, en su caso, a las personas físicas que actúan por la entidad. Se plantean, en este sentido, dos posibilidades. La primera pasaría por imputar directamente a la persona física, representante de la entidad, un delito de desobediencia (art. 556 CP), siempre que se le haya requerido personalmente, y de forma clara y terminante, para que observe las actuaciones tendentes a paralizar la actividad de la entidad, debiendo, además, ser, tal individuo, apercibido de que, en caso de no hacerlo, podría incurrir en responsabilidad penal. La segunda opción que cabe plantearse pasaría por imputar a la misma persona física, administrador o representante de la persona jurídica, un delito de quebrantamiento de condena. Ahora bien, siendo éste un delito especial propio, cuyo sujeto activo es aquel que está sometido a la medida de seguridad o condena, se haría preciso, en este supuesto, atender a la cláusula de extensión de la autoría del art. 31 CP, que resultaría aplicable sólo si esa persona física hubiese actuado de forma culpable y concurriesen en su conducta el resto de los elementos del tipo penal. Dada la definición de ambos tipos penales, el delito de desobediencia parece el más adecuado a estos efectos²⁸⁰⁸.

²⁸⁰⁶ ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución...ob. cit., p. 294.

²⁸⁰⁷ ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución...ob. cit., p. 295.

²⁸⁰⁸ En este sentido, el ALECrIm 2011 disponía que, para la ejecución de las penas de suspensión de actividades de la persona jurídica y prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, el secretario judicial requeriría al representante legal de la persona jurídica condenada para que ordenase lo procedente a los efectos de que suspender o abstenerse de realizar las actividades en cuestión, haciendo constar en tal requerimiento que, en caso de

Como base positiva para tales amenazas penales, dirigidas a los representantes o administradores de la entidad condenada, cabría traer a colación lo dispuesto en la LECiv, de aplicación supletoria ante las lagunas de la LECrim (art. 4 LECiv), en relación con las condenas de no hacer, al señalar que si el condenado a no hacer alguna cosa quebrantare la sentencia, se le requerirá, para que se abstenga de reiterar el quebrantamiento, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 710.1 LECiv).

Ahora bien, tal y como se acaba de referir, para proceder contra esas personas físicas, que no son las condenadas en sentencia, habría que informarles personalmente de que les está vedado reanudar las actividades señaladas en la sentencia y apercibirles de que, de no acatar tal orden, podrían incurrir en responsabilidad penal por delito de desobediencia tipificado en el art. 556 CP. Por su parte, la regulación italiana, en relación con la observancia de las penas restrictivas de derechos, prevé que, si algún sujeto, en el desarrollo de la actividad del ente en la que corresponde aplicar la sanción o la medida cautelar restrictiva de derechos, transgrede las obligaciones o prohibiciones inherentes a tales sanciones o medidas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años (art. 23.1 D. Lgs. 231).

Otra forma de forzar el cumplimiento de la condena de suspensión o de prohibición de realizar ciertas actividades sería la imposición de multas coercitivas, que también aparece regulada en la LECiv, en el marco de la ejecución de las obligaciones de hacer o no hacer. En concreto, el art. 710.1 II LECiv establece esta posibilidad para forzar condenas de no hacer, imponiéndose multas por cada mes que trascurra sin deshacer lo mal hecho. En cuanto a la cuantía de tales multas, el art. 711.2 LECiv dispone que, cuando se estime una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, se impondrá una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por cada día de retraso en la ejecución de la resolución judicial, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. La principal diferencia entre usar las multas coercitivas o la amenaza penal, a estos efectos, es que las primeras pueden dirigirse a la propia persona jurídica condenada, mientras que la amenaza penal ha de dirigirse, necesariamente, a los administradores o representantes de la entidad, al menos mientras no se prevea en el CP la posibilidad de imputar tales delitos a las personas jurídicas.

A mayor abundamiento, deberán acordarse todas las medidas pertinentes para asegurar que la paralización de esas actividades es real, y de que éstas no se reanudan durante el plazo de duración de la condena. Hay que evitar que la persona jurídica pueda seguir operando en el tráfico de forma encubierta, por lo que el Juez de la ejecución deberá ejercer la necesaria supervisión en orden a asegurar la efectiva ejecución de la condena, ya sea de oficio, a través de controles periódicos, ya sea actuando a instancia de parte, a raíz de denuncias o informaciones que pueda recibir de la Fiscalía, de la Administración

no suspenderse las actividades o de no observarse la prohibición de realizarlas, vigente la condena, se incurriría en delito de quebrantamiento de condena (art. 781.1 y 2 ALECRim 2011).

o de cualquier particular, alertando de un eventual incumplimiento de la condena vigente.

5.2.3.- La pena de clausura de locales y establecimientos

La pena de clausura de locales y establecimientos está prevista en el art. 33.7 d) CP, en el cual sólo se prevé que se aplicará por un plazo máximo de cinco años. Esta pena, que ya se contemplaba antes de la reforma como consecuencia accesoria en el art. 129.1 a) CP, consiste en la clausura de ciertos locales o establecimientos, es decir, en precintar temporalmente un sitio cercado o cerrado y cubierto²⁸⁰⁹.

En vista de que, ni la legislación penal, ni la legislación procesal han previsto especialidad alguna en cuanto a su ejecución, al igual que en el resto de las penas previstas para las personas jurídicas, será el Juez el encargado de señalar los trámites para su cumplimiento efectivo. Las diligencias más frecuentes consistirán, previsiblemente, en la constitución de una comisión judicial en la sede social del afectado o en sus locales, precintando las dependencias de la misma, según el concreto alcance que se haya dado a la medida, debiendo entenderse tal diligencia con la persona que acredite desempeñar la máxima responsabilidad en la gestión de la empresa de entre las que se encuentren presentes.

Además, será necesario librar el correspondiente mandamiento al RM a fin de que se tomen las anotaciones correspondientes en la hoja abierta a esa empresa, así como al RP si los lugares a clausurar fuesen bienes inmuebles a nombre de la entidad condenada²⁸¹⁰.

Finalmente, será conveniente que las FCSE vigilen periódicamente, conforme se indique por el Juez en la orden de ejecución, el mantenimiento de la clausura ordenada hasta la finalización del período de cumplimiento de la condena²⁸¹¹. Aunque nada dice el CP al respecto, cabría aceptar la suspensión de esta pena si los locales precintados pasaran a terceras personas, físicas o jurídicas, en las que no fuera apreciable una sucesión fraudulenta en los términos del art. 130.2 CP²⁸¹². Así mismo, tratándose de una clausura de carácter funcional, tal y como se indicó en el apdo. 4.2.1 del epígrafe VI del presente capítulo, parece que si los locales fuesen afectados a otra actividad distinta de aquella que motivó su clausura, podría plantearse una suspensión de la condena.

Por último, parece necesario que, para combatir eventuales incumplimientos de la condena, se aperciba a aquellos con los que se ha entendido la diligencia de clausura de

²⁸⁰⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22º ed. Definición de local. El establecimiento se define como el lugar donde habitualmente se ejerce una industria o profesión.

²⁸¹⁰ ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas...* ob. cit., pp. 193 y ss.

²⁸¹¹ Así lo preveía el ALECrIm 2011, que no llegó a tramitarse en la legislatura, en su art. 782.3.

²⁸¹² En este sentido, se pronuncia ZARZALEJOS NIETO, J., "Apuntes sobre la ejecución..." ob. cit., p. 295.

que si violentaren los precintos o incumpliesen la orden de cierre, pueden incurrir en un delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 556 CP), siempre que hayan sido apercibidos en tal sentido. En este caso, la imposición de multas coercitivas no parece idónea, ya que su finalidad en las condenas de no hacer es que se deshaga lo mal hecho (art. 710 LECiv), por lo que, en este supuesto, iría orientada a obligar a la entidad a precintar nuevamente los locales, función que debería realizarse por las FCSE, incumbiendo a la persona jurídica respetar ese precinto, esto es, cumplir con una obligación pasiva de no hacer.

5.2.4.- Las penas de inhabilitación

Las penas de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, aparecen previstas en el art. 33.7 f) CP, prescribiéndose su carácter temporal y fijándose su duración máxima en quince años. Estas penas resultan novedosas en relación con el catálogo de consecuencias accesorias que figuraba antes de la reforma del CP del año 2010 en el art. 129 CP, aunque alguna de ellas, ya se preveía en la Parte Especial asociada a la comisión de ciertos delitos, como el de defraudación tributaria (art. 305 CP)²⁸¹³.

La efectividad de cualquier de las referidas penas de inhabilitación dependerá, en gran medida, de que las Administraciones Públicas concernidas cuenten con información sobre la sentencia condenatoria, por lo que es preciso que el órgano encargado de la ejecución determine a qué Administración debe hacerse la comunicación y ordene realizar las inscripciones en los correspondientes registros, que variarán en función del tipo de prohibición de que se trate, resultando especialmente relevantes a estos efectos las inscripciones que consten en los Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

Para determinar la forma de proceder en la ejecución de tales penas de inhabilitación es preciso tratar separadamente los ámbitos sobre los que se proyecta la prohibición²⁸¹⁴:

- En cuanto a las ayudas y subvenciones públicas, la LGS, hace recaer en la persona jurídica solicitante de la ayuda o subvención la carga de acreditar su aptitud legal para ser beneficiaria de las mismas y, por ende, de probar que no está inhabilitada a estos efectos²⁸¹⁵. En este sentido, la solicitud de la certificación acreditativa ha de ser

²⁸¹³ Respecto de tal medida, ausente del antiguo catálogo de consecuencias accesorias del art. 129 anterior a la reforma del CP del año 2010, aunque presente en alguna figura de la Parte Especial del CP, estimaba RAMON RIBAS, E., *La persona jurídica en el derecho...* ob. cit., p. 4, antes de que se regulase la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se trataba de una manifestación de la responsabilidad civil *ex delicto*, solución que, evidentemente, no se puede mantener con la actual regulación positiva que le atribuye el carácter de auténtica pena.

²⁸¹⁴ ZARZALEJOS NIETO, J., "Apuntes sobre la ejecución..." ob. cit., pp. 296-297.

²⁸¹⁵ Arts. 13.2 a) y 13.7 LGS.

realizada por el representante legal de la persona jurídica, acudiendo al Registro administrativo de apoyo a la Administración de Justicia (art. 17.2 RD 95/2009, de 6 de febrero, tantas veces citado).

- Si la inhabilitación es para contratar con la Administración pública, será necesario inscribir la sentencia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas²⁸¹⁶, así como notificarla a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del resto de órganos de contratación competentes de las Administraciones públicas²⁸¹⁷.

- La ejecución de la prohibición de gozar de beneficios o incentivos fiscales se ve obstaculizada por la dispersión de competencias en la materia y la inexistencia de un registro centralizado, lo cual, junto con los regímenes forales, dificulta extraordinariamente la efectividad de esta inhabilitación. El órgano de ejecución deberá comunicar la sentencia firme al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, así como, directamente, a las Administraciones Públicas concernidas y a los órganos de las CCAA. competentes para aplicar la inhabilitación, requiriendo además al citado Ministerio para que ponga la sentencia en conocimiento de las correspondientes Administraciones locales y municipales. También sería conveniente inscribir la sentencia en el registro que corresponda según el tipo de persona jurídica de que se trate.

- Finalmente, la inhabilitación para gozar de beneficios o incentivos de la Seguridad Social se hará efectiva mediante la comunicación a este organismo y a sus entidades gestoras, en particular al INSS, como encargados de la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social (art. 57.1 a) TRLGSS), así como, en su caso, al órgano autonómico competente.

Así mismo, cabe recordar aquí que, tal y como se señaló en el apdo. 5, epígrafe VI del presente capítulo, el encargado de los Registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia debe facilitar las certificaciones de los datos inscritos en el Sistema de registros, instancia del interesado, sea este una persona física, una persona jurídica o un ente sin personalidad o a instancia de cualquier órgano de las Administraciones Públicas, ante el que se tramite un procedimiento en el que sea preceptivo este certificado para acceder a un derecho o adquirir una condición determinada.

²⁸¹⁶ Arts. 60.1.a) y 61.4 RDL 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. De tales preceptos se deduce que la prohibición de contratar contenida en una sentencia penal firme de condena se apreciará directamente por los órganos de contratación, siempre que la sentencia se pronuncie sobre su alcance y duración. Sin embargo, si la sentencia no contiene un pronunciamiento expreso sobre el alcance y duración de la prohibición, lo cual puede ocurrir en vista de que esta sanción se prevé como accesoria en las condenas por ciertos delitos enumerados en el art. 60.1.a) RDL 3/2011, de 14 de noviembre, será el Ministro de Economía y Hacienda el que fijará tales extremos en una resolución dictada a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, quedando la eficacia de esta segunda resolución condicionada a su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas que corresponda.

²⁸¹⁷ Así se disponía en el art. 780.2 ALECrim 2011, que no llegó a tramitarse en la legislatura

El cumplimiento o incumplimiento de una medida de inhabilitación depende, en parte, tal y como se ha pretendido poner de manifiesto, de las autoridades públicas encargadas de gestionar y conceder la subvención, ayuda, contrato, beneficio o incentivo prohibido. Aunque, evidentemente, la entidad puede ocultar datos o falsear documentos para acceder indebidamente a tales ventajas, conducta de la que podrían derivarse nuevas responsabilidades penales, tanto para la entidad como para sus gestores. En concreto, la entidad, o los representantes de la misma, que oculten la condena para obtener ayudas, subvenciones, beneficios o incentivos, podrán incurrir en un delito de fraude de subvenciones, imputable directamente a la persona jurídica condenada, en vista de su actuación tendente a conseguir indebidamente las citadas ventajas económicas (arts. 308 CP y 310 bis CP). Pero, además, es posible apereibir personalmente a los representantes y administradores de la entidad de que pueden incurrir en un delito de desobediencia si no observan el contenido de la sentencia (art. 556 CP).

Por otra parte, en el caso de que los controles de las entidades públicas competentes para gestionar la concesión de los precitados beneficios fallen o de que la entidad, falseando los datos, consiga indebidamente las prestaciones económicas que se le prohibieron en la condena, será necesario articular su devolución. En este sentido, para el reintegro de las subvenciones, habrá que acudir al procedimiento previsto en los arts. 41 a 43 LGS. En cuanto a las ayudas públicas, habrá que acudir a la regulación específica que corresponda en función del tipo de ayuda de que se trate. Y, otro tanto se puede decir de los beneficios e incentivos fiscales y de la Seguridad Social obtenidos indebidamente, cuyos procedimientos de devolución aparecen fundamentalmente regulados en la LGT y en el TRLGSS.

Por último, si lo que se ha obtenido indebidamente es un contrato público, éste será nulo en atención a lo dispuesto en el art. 32. b), en relación con el art. 60, ambos del R.D.L. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estos preceptos establecen la nulidad de los contratos públicos adjudicados a un sujeto sobre el que pesa una prohibición de contratar. En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, el art. 35 del mismo texto legal dispone que llevará consigo *“la liquidación del contrato, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”*.

5.2.5.- La pena de intervención judicial

La intervención judicial se regula como pena autónoma en el art. 33.7 g) CP, recogiendo la posibilidad de que se adopte también con carácter cautelar. Por otra parte, el art. 53.5 CP permite adoptar la medida de intervención para forzar el pago de la pena de multa ante un eventual impago. Además de la regulación contenida en el propio

CP, ante la falta de regulación en la LECrim²⁸¹⁸, debe acudir, supletoriamente, a la regulación de la LECiv sobre la administración judicial. Así pues, cuando la intervención se acuerde como pena en la sentencia definitiva resultarán de aplicación los arts. 630 a 633 LECiv, mientras que cuando se acuerde para hacer efectivo el pago de la pena de multa, se aplicarán supletoriamente los arts. 676 a 680 LECiv, que regulan la administración para pago²⁸¹⁹.

La pena de intervención consiste en el nombramiento de un interventor judicial que fiscalice las actividades de la persona jurídica, de tal forma que la gestión de la misma quede sometida a control judicial, a través de los informes periódicos que el interventor debe remitir al Juez. Ahora bien, también podrá acordarse una administración judicial, cuando el Juez decida remover a los administradores de la organización para designar judicialmente a otros que les sustituyan²⁸²⁰.

En cuanto al nombramiento del interventor, será el propio órgano judicial el que se encargue de su designación. Así se deduce del calificativo judicial aparejado al término intervención, de la naturaleza auxiliar de tal interventor respecto del Juez²⁸²¹ y, especialmente, del interés público que se encuentra en litigio en el proceso penal. Sobre la cuestión de quién puede ser nombrado interventor judicial, a falta de una regulación específica, por vía de la reglamentaria demandada por el CP, que exige la concreción, entre otros extremos, de la cualificación necesaria para ocupar tal cargo (art. 33.7 g) CP), debiera estarse a lo previsto en los arts. 27 y ss. LC para los administradores concursales. Por otra parte, cabe señalar que, en atención a las importantes responsabilidades, tanto civiles como penales, en que puede incurrir el interventor judicial por una mala gestión durante el ejercicio de sus funciones, será precisa su aceptación expresa del cargo²⁸²².

El contenido de esta pena se caracteriza por ser flexible y mudable, dado que el CP señala que el Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente su contenido que, por lo tanto, no viene predeterminado legalmente, como, por otra parte, aconsejaría el principio de taxatividad de la ley penal. El CP también señala, en este sentido, que la intervención se podrá modificar o

²⁸¹⁸ Anteriormente regulada en los arts. 601 a 610 LECrim, suprimidos por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, ya citada previamente.

²⁸¹⁹ Sobre las variadas funciones que pueden atribuirse a la administración judicial con relación a objetivos programáticos del proceso véase ESCALER BASCOMPTE, R., *La administración judicial*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 29-36. Entre otras se refiere a la administración para pago, que tendría una finalidad satisfactiva, orientada a que el acreedores ejecutante, en este caso el Estado, obtenga una cantidad de dinero con la cual pueda extinguirse lo que se le adeuda, esto es, la pena de multa. Se refiere, así mismo, a la administración orientada a gestionar correctamente el elemento productivo, que sería la persona jurídica o empresa, para asegurar que no se realizarán aquellas actividades irregulares que pudiesen conducir a la clausura de la empresa o a su condena a obligaciones de hacer o no hacer.

²⁸²⁰ La principal diferencia entre la administración y la intervención radica en que ésta última, a diferencia de la primera, no conlleva una pérdida o limitación de las facultades de gestión de su titular. Sobre esta distinción véase ESCALER BASCOMPTE, R., *La administración judicial...ob. cit.*, pp. 41-47.

²⁸²¹ Un razonamiento similar puede verse, en relación con la administración judicial acordada en un proceso civil, en ESCALER BASCOMPTE, R., *La administración judicial...ob. cit.*, pp. 219-221.

²⁸²² Cfr. ESCALER BASCOMPTE, R., *La administración judicial...ob. cit.*, p. 236.

suspender en todo momento, previo informe del interventor y del MF, lo que pone de manifiesto que su contenido es esencialmente variable²⁸²³ y que un cambio en las circunstancias que motivaron su adopción podría implicar una variación de su contenido o, incluso, su alzamiento, si ya se alcanzó la finalidad perseguida con la medida, cual es, la salvaguarda de los derechos de los trabajadores o de los acreedores (art. 33.7 g) CP), aun cuando no haya transcurrido el plazo para el que fue inicialmente acordada²⁸²⁴.

Para ejecutar esta medida es necesario, primeramente, proceder al nombramiento del interventor, que deberá aceptar el cargo, así como informar a los administradores de la entidad de que éste se encuentra judicialmente facultado para acceder a las instalaciones, locales e informaciones precisas en orden a desarrollar su función, consistente en supervisar y controlar la gestión de la organización. En este sentido, para que la intervención resulte efectiva, será preciso que los administradores conozcan las facultades con las que cuenta el interventor, así como las responsabilidades en que pueden incurrir si obstaculizan el desarrollo de su función.

Si alguna persona física impide al interventor acceder a las instalaciones y locales, o a la información que éste requiere en el desempeño de su función, será posible solicitar al Juez que le dirija una orden expresa, terminante y clara de que se abstenga de impedir la tarea del interventor, apercibiéndole de que, en caso de incumplir tal requerimiento, podrá incurrir en responsabilidad penal por un delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 556 CP). Además, si persiste la conducta obstruccionista, será posible imponerle multas coercitivas (*ex art.* 591 y 710 LEC), tanto a la entidad, como a los administradores de la misma que, habiendo sido informados de la medida de intervención y de la actitud colaboradora a adoptar, persistan en su actitud obstaculizadora.

Para la efectividad de tal pena resulta igualmente conveniente su constancia registral, así como de las decisiones de modificación, suspensión y finalización que se vayan adoptando a lo largo de la vigencia de la medida en cuestión²⁸²⁵. En este sentido, el art. 631.3 LECiv prevé la inscripción del nombramiento de administrador judicial en el RM y/o en el RP, según proceda. Mediante este acto se dota de publicidad a la intervención judicial frente a terceros de buena fe.

²⁸²³ En este sentido, el ALECRim 2011 establecía que el contenido de la intervención podría modificarse o suspenderse en cualquier momento, por resolución motivada del órgano judicial, previo informe del interventor y del MF, y con audiencia de las demás partes y del abogado de la entidad (779.2 ALECRim 2011) y que cuando, a la vista de los informes periódicos, el tribunal competente para la ejecución entendiese que la intervención judicial había cumplido las finalidades para las cuales hubiera sido adoptado, o que era imposible que las cumpliera, se determinaría por auto, previa audiencia de las partes y del MF, el fin de la intervención, mandando adoptar las medidas que fuesen necesarias (779.5 ALECRim 2011).

²⁸²⁴ En este sentido, aunque en relación con las consecuencias accesorias, mantiene RAMON RIBAS, E., *La persona jurídica en el derecho...* ob. cit., p. 225, que el tiempo de cumplimiento máximo no tiene por qué coincidir con el tiempo de cumplimiento efectivo, el cual dependerá de la actualidad o continuidad de la peligrosidad objetiva inicialmente apreciada durante el tiempo de ejecución de la medida.

²⁸²⁵ El ALECRim 2011 establecía esta necesidad de dejar constancia registral de la medida en su art. 779.6.

Por último, es necesario poner al interventor judicial en posesión de los bienes objeto de administración, tal y como dispone el art. 633 LECiv, así como de los documentos necesarios para su ejercicio y, en su caso, de las llaves de acceso a las instalaciones y locales, de los libros contables etc., dotándole así de los medios necesarios para que pueda cumplir eficazmente con la función que se le encomienda. En definitiva, esta puesta en posesión no sólo implica la entrega de los bienes que deben resultar administrados, sino que incluye la realización de cualquier actuación que facilite el adecuado desempeño de su función²⁸²⁶.

6.- La ejecución de penas fuera del territorio español. Los instrumentos comunitarios para ejecutar la multa y el decomiso

Cuando se impongan medidas cautelares o sanciones restrictivas de derechos, tales como la disolución, la suspensión de actividades, la clausura de locales, la prohibición de realizar ciertas actividades o la intervención, y éstas deban ser ejecutadas en el extranjero, por hallarse fuera del territorio nacional la sede de las personas jurídicas condenadas, el centro principal de su actividad o los locales a clausurar, tal ejecución requerirá acudir a ciertos mecanismos de cooperación jurídica internacional, campo en el que se deberá profundizar normativamente²⁸²⁷.

Así pues, está claro que para el caso de delitos cometidos en el extranjero, incluso en el ámbito de la UE, el recurso a las sanciones restrictivas de derechos se reduce fuertemente quedando la respuesta sancionadora limitada, primordialmente, a remedios de carácter pecuniario²⁸²⁸. El motivo es que no existe ningún instrumento específico, ni siquiera en el ámbito comunitario, que permita que un Estado solicite a otro la ejecución en su territorio de sanciones tales como la exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas, la prohibición del desempeño de ciertas actividades, el sometimiento a vigilancia o a una intervención judicial, la liquidación judicial o la clausura de un local o establecimiento.

Igualmente, la ejecución de las penas pecuniarias requerirá de los instrumentos normativos de cooperación internacional, en caso de inexistencia de bienes suficientes en el Estado de emisión de la resolución de condena. Ahora bien, en este ámbito, los instrumentos normativos internacionales se encuentran más desarrollados. Cabe destacar, en este punto, en el ámbito extracomunitario, la Convención de Mérida de las NN.UU. contra la corrupción²⁸²⁹, centrada en la cooperación internacional y en la recuperación de activos en casos de corrupción, la cual favorece, al menos en teoría, un amplio reconocimiento de tales medidas entre los Estados firmantes.

²⁸²⁶ ESCALER BASCOMPTE, R., *La administración judicial...* ob. cit., pp. 240-241.

²⁸²⁷ Repara en esta cuestión la FGE, Circular 1/2011, p. 107.

²⁸²⁸ VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti...* ob. cit., p. 408.

²⁸²⁹ Esta Convención fue aprobada por la Decisión del Consejo 2008/201/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las NN.UU. contra la corrupción (DO L 287 de 29 de octubre de 2008).

Por otra parte, en el marco de la UE, la ejecución extra-estatal de las resoluciones penales se simplifica fuertemente²⁸³⁰, lo cual no implica que se encuentre exenta de dificultades. De hecho, en supuestos de ejecución transfronteriza en la UE, la respuesta sancionadora frente a las personas jurídicas queda limitada a la multa y al decomiso, mientras que seguiría sin solución, la ejecución de las penas interdictivas o restrictivas de derechos, que no encuentran una respuesta normativa clara ni siquiera en el marco de libertad, seguridad y justicia de la Unión²⁸³¹. En todo caso, en este ámbito, los numerosos instrumentos comunitarios tendentes a mejorar los mecanismos de cooperación judicial y a fortalecer el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales implican una mejora sustancial a este respecto.

En este punto, cabe destacar la D.M. 2003/577/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas, la D.M. 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias y la D.M. 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso. Estas tres decisiones marco, junto con otras normas de las instituciones europeas, han sido incorporadas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE.

Esta Ley tiene una singular importancia en el ámbito de la criminalidad de empresa. La razón radica en que el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito, es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella²⁸³², afirmación que puede hacerse extensiva al ámbito de la delincuencia económica o empresarial que, como se ha desarrollado en otros epígrafes, presenta muchos vínculos y características comunes con la delincuencia organizada²⁸³³. Por otra parte, junto con la facilidad que tienen las personas jurídicas para trasladar espacialmente sus activos, hay que tener en cuenta que la integración económica de la UE y el mercado único facilitan los movimientos de bienes, servicios y capitales dentro de la eurozona, con lo que, una política criminal eficaz, demanda instrumentos ágiles de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los distintos Estados miembros.

La Ley 23/2014, de 20 de noviembre, contiene el régimen tanto de transmisión como de reconocimiento de las resoluciones penales en la UE y regula cada uno de los instrumentos de reconocimiento mutuo, siguiendo un esquema idéntico en el que se distinguen unas normas comunes, otras destinadas a indicar a la autoridad judicial competente en cada caso cómo transmitir a otros Estados de la UE una resolución de reconocimiento mutuo y, por fin, otras que establecen las reglas de ejecución en España de las resoluciones que transmitan las autoridades competentes de los demás Estados

²⁸³⁰ Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia...ob. cit., p. 67.

²⁸³¹ ZARZALEJOS NIETO, J., “La competencia judicial...ob. cit., p. 143.

²⁸³² Así lo indica la DM 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito; También se refiere a ello SOLÉ RAMÓN, A. M^o., “La responsabilidad penal de las personas...ob. cit., pp. 19-20.

²⁸³³ Apdo. 2, epígrafe II, Capítulo 1.

miembros²⁸³⁴.

De entre los instrumentos de reconocimiento mutuo previstos en la citada Ley, interesa destacar aquí las resoluciones de decomiso y las resoluciones por la que se imponen sanciones pecuniarias, que son los dos instrumentos que permiten ejecutar sanciones firmes, frente a personas jurídicas, cuando el sujeto pasivo de la sanción tuviera elementos patrimoniales, obtuviera ingresos o tuviera su domicilio social en un Estado miembro distinto del de emisión de la resolución, así como cuando los bienes afectados por el decomiso se encontrasen, igualmente, en un Estado miembro distinto al de emisión.

Pues bien, las resoluciones de decomiso son aquellas por las que un órgano jurisdiccional impone una sanción o medida firme, a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales, que tiene como resultado la privación definitiva de bienes (art. 157.1 Ley 23/2014, de 20 de noviembre). Cuando los bienes a decomisar se encuentran en un Estado miembro distinto de aquel en el que se ha acordado la sanción, se acude a la resolución de decomiso, como instrumento de reconocimiento mutuo, transmitiéndose tal resolución a la autoridad competente del Estado miembro de la UE en el que se tengan motivos fundados de que se encuentran los bienes objeto de decomiso (art. 159.1 Ley 23/2014, de 20 de noviembre).

Del mismo modo, cuando, por una resolución firme, se impone una multa, como consecuencia de la comisión por una persona física o jurídica de una infracción penal o administrativa, siempre que, en relación con estas últimas, las sanciones administrativas fueran recurribles ante un órgano jurisdiccional penal (art. 173.1 Ley 23/2014, de 20 de noviembre), el Juez de la ejecución puede dictar una resolución por la que se exija el pago de la sanción pecuniaria en otro Estado miembro, transmitiéndose, a tal fin, dicha resolución, a la autoridad competente del Estado miembro en el que la persona jurídica condenada posea propiedades, obtenga ingresos o tenga su residencia habitual o su sede social, para que proceda a su ejecución (art. 176.1 Ley 23/2014, de 20 de noviembre).

Para transmitir una resolución por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria es competente el órgano jurisdiccional penal competente para su ejecución en España, mientras que para reconocer y ejecutar la resolución por la que se exija el pago de una sanción pecuniaria es competente, con carácter principal, el Juez de lo Penal del lugar donde tenga su sede social la persona jurídica; subsidiariamente, el Juez de lo Penal del lugar donde se encuentre cualquiera de los bienes inmuebles propiedad de la persona condenada al pago de multa y finalmente, el Juez de lo Penal del lugar donde se encuentre cualquiera de las fuentes de ingresos, en España, del condenado (art. 174 Ley 23/2014, de 20 de noviembre). Para las resoluciones de decomiso, son autoridades de emisión los Jueces o Tribunales penales que conozcan de la ejecución de la sentencia donde se imponga como consecuencia accesoria el decomiso de un bien, mientras que para reconocer y ejecutar la resolución de decomiso será competente el Juez de lo Penal del lugar donde se encuentre cualquiera de los bienes objeto de decomiso (art. 158 apdos. 1 y 2 Ley 23/2014, de 20 de noviembre).

²⁸³⁴ Apdo. III preámbulo Ley 23/2014, de 20 de noviembre.

Por otra parte, tanto la DM relativa a las sanciones pecuniarias (art. 9.3), como la DM relativa al decomiso (art. 12.3), establecen que las resoluciones dictadas contra las personas jurídicas se ejecutarán, aun cuando el Estado de ejecución no reconozca el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto implica que también se ejecutarán cuando el Estado de ejecución reconoce tal responsabilidad pero no la prevé para el concreto delito de que se trate ya que, normalmente, las responsabilidades de tales entes se limitan a un listado tasado de infracciones penales, como ocurre en España. Así lo especifica, igualmente, nuestra Ley de transposición, al señalar que se ejecutarán las resoluciones de decomiso o las resoluciones por las que se exija el pago de una sanción pecuniaria, que se hayan impuesto en el Estado de emisión a una persona jurídica por una infracción, aun cuando, de acuerdo con el Derecho español la entidad no responda penalmente por tal delito (arts. 166.3 y 180.2 Ley 23/2014, de 20 de noviembre, respectivamente). Además, los instrumentos horizontales sobre decomiso y reconocimiento de multas se aplican también a las personas jurídicas, incluso respecto de infracciones no armonizadas²⁸³⁵.

La no exigencia de la existencia de un sistema de responsabilidad penal en el Estado de ejecución, con la consiguiente excepción al requisito de la doble incriminación, para ejecutar las sanciones pecuniarias frente a las personas jurídicas, se justifica en el hecho de que, muchas de estas entidades, sobre todo las de carácter empresarial, ejercen sus actividades y poseen activos en diversos Estados miembros, pero no todos cuentan con una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por lo tanto, sin una disposición de esta naturaleza, se correría el riesgo de que las personas jurídicas localizasen su actividad, su patrimonio, sus activos o sus ingresos en aquellos Estados en los que el riesgo de pena sea menor o, incluso, inexistente²⁸³⁶. Esto, desde luego, redundaría en la inexistencia de un sistema de sanciones efectivo y disuasorio, a nivel comunitario, requisito, el de la efectividad y el poder disuasorio de las sanciones frente a las personas jurídicas, que exigen diversos instrumentos comunitarios en la lucha contra ciertos tipos de criminalidad²⁸³⁷.

Y es que la doble incriminación debe regir a la hora de determinar la juridicidad o antijuridicidad de la conducta, pero no para limitar la ejecutabilidad de las resoluciones judiciales firmes. En este sentido, el principio de doble incriminación debe aplicarse para determinar la punibilidad de la conducta, de tal forma que sólo serán penalmente reprobables las actuaciones cometidas allí donde la ley penal las tipifica como delito. De

²⁸³⁵ Comisión Europea. Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la UE /COM/2004/0334 final /, documento 52004DC0334, de 30 de abril de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52004DC0334>, última consulta 28/09/2015.

²⁸³⁶ *idem*.

²⁸³⁷ Véanse, en este sentido, sin ánimo de exhaustividad, los siguientes instrumentos normativos comunitarios: D.M. 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, modificada por D. M. 2001/888/JAI, de 6 de diciembre; D.M. 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo; D.M. 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal; D.M. 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; la D.M. 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada, entre otros.

lo contrario se afectaría negativamente a la seguridad jurídica ya que, mientras en algunos Estados las personas jurídicas respondan penalmente, en otros no. Y, en este sentido, la elección de política criminal que realiza cada Estado, al señalar qué conductas son imputables a los entes colectivos, puede condicionar el comportamiento de la entidad, en lo relativo a la confección de su mapa de riesgos delictivos y, en general, a sus deberes de adopción de medidas de prevención delictiva. Sin embargo, una vez que una entidad ha sido juzgada por la comisión de un delito, por un Estado miembro con jurisdicción para ello, conforme a las leyes penales y procesales vigentes en el mismo, no se puede permitir que la deslocalización de sus activos dentro del espacio comunitario frustre la ejecución de tal resolución, lo cual iría en contra del principio de reconocimiento mutuo basado en la confianza recíproca entre Estados miembros²⁸³⁸.

7.- Recapitulación

La actual regulación no especifica nada en relación con la ejecución de las penas previstas para las personas jurídicas²⁸³⁹. Por lo tanto, sin una base positiva de la que partir, en este epígrafe, se han analizado los incidentes, que podrían darse en la fase de ejecución, cuando la entidad condenada es objeto de algún tipo de transformación societaria que puede implicar un cambio de forma social, de subjetividad jurídica o incluso la pérdida de su personalidad o un cambio en su estructura de propiedad.

Así mismo, se ha determinado cómo afectan las modificaciones de una sociedad en relación con su forma organizativa, su objeto social o sus miembros, a sus riesgos delictivos y, por lo tanto, a la necesidad de imponerle penas restrictivas de derechos. El problema aquí radica en que, a pesar de la naturaleza de las personas jurídicas y de la finalidad especial preventiva del sistema de sanciones previsto para ellas, no se ha regulado ningún mecanismo que permita adaptar la condena a los cambios en el juicio de prognosis de peligrosidad criminal de la entidad, ya sea a través de sustituciones o suspensiones de pena, ya sea a través de algún otra mecanismo de efectos similares.

²⁸³⁸ Sobre este principio, véase GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006, pp. 155-178.

²⁸³⁹ Sí se pueden encontrar, sin embargo, algunas disposiciones al respecto en las dos propuestas para aprobar una nueva LECrim que se han presentado en los últimos años, pero que finalmente no han llegado a aprobarse. Me refiero, por una parte, al ALECRim 2011 y, por otra, a la Propuesta CPP, que entró en las Cortes en septiembre de 2013, si bien, en la actualidad, su tramitación como ley ya ha quedado descartada. El legislador se ha conformado, finalmente, con aprobar una reforma parcial de la centenaria LECrim que no contiene ninguna referencia a la ejecución de las penas imponibles a las personas jurídicas. Según PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “Consideraciones críticas sobre la reforma procesal penal de 2002”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 617-622, p. 618, esta política legislativa de “parqueo” de la LECrim, no sólo agrava la situación de crisis de la justicia penal, sino que, provoca la omisión de la necesaria racionalidad de la Ley procesal, lo que conlleva la propia crisis de coherencia del texto normativo.

A continuación, se han determinado las especialidades de la actividad ejecutiva en relación con las personas jurídicas, debido al peculiar contenido de las penas previstas para las mismas. En este sentido, cabe destacar la necesidad de que tales penas tengan una publicidad registral adecuada para poder ser efectivas, especialmente, en lo que se refiere a las inhabilitaciones. Resulta igualmente relevante, en este punto, la regulación de la LECiv sobre las condenas de no hacer en tanto que, algunas de las penas imponibles a las personas jurídicas consisten, precisamente, en prohibir la realización de ciertas actividades, como ocurre, por ejemplo, con la suspensión de actividades. Por otra parte, se hace preciso reflexionar sobre la intervención judicial que no se encontraba prevista hasta ahora con el carácter de pena.

A mayor abundamiento, se ha pretendido reflexionar sobre determinadas formas de control y supervisión del cumplimiento de tales penas, surgiendo, nuevamente, la conveniencia de personificar en alguien la carga de cumplir con los mandatos dirigidos a la persona jurídica, consistentes, en este caso, en observar el contenido de la condena. Así pues, ante el incumplimiento de ciertas penas, además de la imposición de multas coercitivas a la entidad, se propone utilizar la amenaza penal de incurrir en el delito de desobediencia, dirigida a la persona física que, habiendo sido requerida para observar el contenido de la sentencia, la incumpla o facilite su quebrantamiento.

Por último, en cuanto a la ejecución extraterritorial de las penas dictadas frente a las personas jurídicas, cabe señalar que para las penas pecuniarias, sobre todo en el ámbito de la UE, las posibilidades de ejecutar son más plausibles, incluso cuando en el Estado de ejecución no se prevé la responsabilidad de las personas jurídicas o no se les imputa el delito por el que han resultado condenadas en otro Estado Miembro. Sin embargo, cuando se trata de ejecutar sanciones restrictivas de derechos, el panorama se complica, en tanto que no existen instrumentos normativos que permitan su ejecución fuera del territorio nacional, lo cual limita su aplicabilidad y pone en entredicho el mandato comunitario de establecer, en relación con las personas jurídicas, y para determinados delitos, penas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Conclusiones

I.- La necesidad de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La introducción de un auténtico sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas se sustenta, entre otros motivos, desde una perspectiva de política criminal, en la importancia que, en los últimos tiempos, ha alcanzado la delincuencia económica y organizada, el protagonismo de las empresas en este tipo de criminalidad y la falta de idoneidad del modelo de responsabilidad penal individual para prevenir y sancionar los comportamientos delictivos realizados desde estructuras empresariales u organizacionales.

La única obligación internacional del Estado español al respecto consiste en adoptar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias frente a las personas jurídicas para combatir cierto tipo de delincuencia, sin que tales sanciones tengan que tener, necesariamente, naturaleza penal, pese a que el Preámbulo de la L.O 5/2010, de 22 de junio, justifica la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los compromisos internacionales adquiridos por España.

En todo caso, el uso del Derecho Penal, como el instrumento más poderoso con que cuenta el Estado de Derecho, resulta coherente con la gravedad y el potencial lesivo de la criminalidad de empresa, de tal forma que el ordenamiento jurídico ponga coto al inconmensurable poder de ciertas organizaciones, cuando es usado para sortear o traspasar los límites que impone la legislación penal a su actividad.

II.- Revolución en el Derecho Penal y en el Derecho Procesal

La introducción de un sistema de responsabilidad penal para las personas jurídicas supone una revolución, tanto desde el punto de vista del Derecho Penal, por la dificultad de encajar a este nuevo actor en la teoría jurídica del delito y en las categorías de la dogmática penal configuradas para el delincuente individual, como desde el punto de vista del Derecho Procesal, haciendo surgir la necesidad de adaptar el proceso penal y el sistema de garantías en que consiste, de naturaleza esencialmente antropocéntrica, a este nuevo sujeto pasivo de naturaleza colectiva.

La irrupción de las personas jurídicas, asumiendo la condición de parte pasiva del proceso penal, tradicionalmente reservada al ser humano, pone en riesgo equilibrios

históricamente alcanzados, orientados a establecer un enfrentamiento contradictorio y equilibrado entre el Estado y el individuo, lo que conduce a cuestionar la posibilidad y la necesidad de extender las garantías, tradicionalmente, reconocidas al imputado-persona física, a estos nuevos sujetos. Además, la participación de la persona jurídica, en un proceso concebido para personas físicas, aboga por la personificación de la entidad, como forma de permitirle ejercer, de forma efectiva, los derechos que le corresponden como inculgado.

III. La jurisdicción

Sería, de *lege ferenda*, recomendable, dada la transnacionalidad característica de la criminalidad de empresa, introducir específicos nexos de competencia judicial internacional, que tengan en cuenta otros vínculos, entre una persona jurídica y un Estado, distintos del de la nacionalidad, tales como el domicilio social o la sede efectiva de la organización. En este sentido, siguiendo las directrices marcadas por los instrumentos comunitarios, se podría establecer como nexo de atribución de la potestad jurisdiccional la *comisión de delitos en beneficio o en provecho de alguna persona jurídica con sede en el territorio*, aun cuando la acción u omisión en que consista el hecho de referencia, presupuesto de la responsabilidad de la entidad, se haya perpetrado en un tercer Estado.

A mayor abundamiento, para los grupos de sociedades transnacionales, sería recomendable establecer las bases legales para que, el Estado en que tenga su sede la sociedad matriz, pudiese juzgar a sus filiales o sucursales establecidas en el extranjero. De esta forma, responsabilizando a la matriz por la actuación de sus filiales, se le impone el deber de controlar el cumplimiento de la legalidad en el conjunto de la organización, evitando que las estrategias de deslocalización sirvan como vía de impunidad o de elusión de la justicia penal para las empresas y desincentivando la indeseable “competencia” a la baja que se produce entre los Estados, en términos de respeto al medio ambiente, a los derechos humanos y sociales de los pueblos y a otros bienes jurídicos esenciales.

IV.- La especialización de los órganos judiciales en el Derecho Penal de empresa

Las personas jurídicas responden penalmente sólo por ciertos delitos seleccionados por el legislador. Pues bien, tras constatar la heterogeneidad de ese listado, cabe encuadrarlos en la categoría de Derecho Penal de empresa caracterizada por incluir aquellos delitos que, habitualmente, se cometen desde estructuras empresariales,

abarcando tanto delitos económicos, como otro tipo de criminalidad organizada, delitos contra el medio ambiente, delitos de terrorismo etc. Ante esta heterogeneidad las propuestas de especialización de los órganos judiciales resultan inasumibles, aunque sí son atendibles, las críticas realizadas al Tribunal del Jurado al que se considera, por su carácter no técnico, un órgano inadecuado para conocer de los delitos imputables a las personas jurídicas, sobre todo, en atención a la complejidad fáctica que, previsiblemente, podrían presentar las causas penales seguidas frente a las personas jurídicas.

V.- La competencia territorial

Para delimitar el *locus commisi delicti*, determinante de la competencia territorial, así como de la jurisdicción, trasladando el criterio de la ubicuidad al sistema de imputación de las personas jurídicas, hay que entender que allí donde se materializó el provecho para la entidad o donde se incumplieron u omitieron los deberes de supervisión vigilancia y control sobre los presuntos autores del hecho de referencia, se ha realizado, en parte, la conducta típica.

Al mismo tiempo, la omisión del debido control puede localizarse, en defecto de circunstancias que acrediten lo contrario, en la sede principal de la entidad o en el lugar en que se centralizan sus actividades de dirección y gestión, debiendo ser considerados éstos, junto con el lugar en que se desarrolló el hecho de referencia, nexos válidos de competencia territorial.

VI.- La capacidad para ser parte

La capacidad para ser parte pasiva en un proceso penal viene delimitada por la regulación penal, en tanto que sólo quien puede ser responsable penal y pasible de penas tendrá, desde la perspectiva procesal, esa aptitud genérica para ser sujeto de una imputación penal, con la peculiaridad de que, en el caso de las personas jurídicas, su responsabilidad y, consecuentemente su capacidad para ser parte, se limita a una lista cerrada de delitos.

Para los entes sin personalidad, el legislador ha decidido mantener el régimen de las consecuencias accesorias del art. 129 CP, cuya naturaleza jurídica resulta incierta, existiendo en la doctrina una inacabada discusión sobre si se trata de medidas de seguridad, de auténticas penas o de sanciones *sui generis*. En todo caso, tratándose de sanciones imponibles en un proceso penal que, además, presentan un claro contenido

aflictivo, la solución más garantista será incluir a sus destinatarios entre los sujetos pasivos del proceso penal, asimilando su estatuto jurídico-procesal al de cualquier investigado, encausado o acusado, según la fase del proceso de que se trate.

Por otra parte, merece atención el caso de las sociedades pantalla o de las organizaciones criminales, respecto de las cuales la ilicitud de su objeto y/o de sus fines, la falta de complejidad organizativa o la falta de alteridad entre la organización y los individuos que actúan por ella, determinan que sean más adecuado acudir a la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica para imputar, exclusivamente, a los auténticos responsables individuales.

Todos estos supuestos ponen de manifiesto que la personalidad jurídica no es el criterio más adecuado para determinar la capacidad para ser parte en el proceso penal, debiendo partir de la regla general, según la cual, toda persona, física o jurídica, organización o ente sin personalidad, susceptible de ser sancionado en un proceso penal, ha de poder ser oído como parte y ha de gozar de los derechos y garantías que, en tal calidad, se reconocen al sujeto pasivo del proceso, con las limitaciones que, en su caso, se deriven de su especial naturaleza o de su inimputabilidad, en el caso de entes constituidos como meros instrumentos para delinquir.

VII.- La capacidad procesal

Las personas jurídicas, así como los entes sin personalidad, dada su naturaleza incorpórea, necesitan a un representante para intervenir en el proceso, aprovechando aquellas posibilidades de actuación que se reservan al sujeto pasivo, así como para ejercer ciertos derechos, señaladamente, los que integran la autodefensa.

En cuanto a la determinación de qué individuo debe asumir tal representación, la ley se limita a excluir a quien ha sido llamado para declarar como testigo, con el fin de evitar fraudes tendentes a sustraer del acervo probatorio a un deponente clave para el esclarecimiento de los hechos por la vía de designarle como representante.

Ante la indefinición legislativa, y dado el potencial conflicto de intereses que podría surgir entre la persona jurídica y su representante legal cuando este último se encuentre personalmente imputado por el mismo hecho delictivo o por otro conexo, debe ser el *compliance officer* o el Director de Cumplimiento Normativo, en caso de existir tal cargo en la entidad, el que asuma su representación en el marco del proceso. En caso de no existir tal puesto en la entidad o de encontrarse imputada la persona que lo ocupa, será la propia organización, de acuerdo con lo previsto en sus estatutos, la encargada de designar a un representante para un mejor ejercicio de su derecho de defensa.

VIII.- El objeto del proceso

El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas parte de un hecho típico y antijurídico, que ha debido de cometerse por alguno de los miembros de la organización, en nombre y beneficio de la misma. Ahora bien, tal hecho de referencia sólo resultará imputable a la entidad si ésta no contaba con un modelo de organización y gestión eficaz en la contención o prevención de los riesgos delictivos derivados de su actividad.

Las responsabilidades de la persona jurídica y de la persona física que actuó en su nombre son acumulativas y tan sólo relativamente autónomas, dado que el hecho de referencia, esto es, la actuación típica y antijurídica del sujeto individual, es presupuesto de la responsabilidad del ente pero, sin embargo, las circunstancias que afectan a la culpabilidad de aquél, no se trasladan a éste, que responde por una culpabilidad propia, fundada en el incumplimiento del deber de organizarse conforme a la legalidad que pesa sobre la persona jurídica.

La consecuencia directa de tal sistema de responsabilidad, desde la perspectiva procesal, radica en que, aun cuando es posible distinguir dos objetos procesales diferenciados, existe un núcleo fáctico común entre ambos, constituido por el hecho de referencia, que conduce a favorecer, en la medida de lo posible, el enjuiciamiento conjunto de ambos acusados, persona física y persona jurídica, debiendo regirse las excepciones por la estricta necesidad de separación. Por lo tanto, para evitar romper la continencia de la causa, será preciso interpretar flexiblemente los supuestos tasados de conexidad y usar con prudencia las posibilidades de desconexión por razones de agilización del proceso.

IX. Consecuencias del enjuiciamiento separado de la persona jurídica y la persona física

Si la responsabilidad de la persona física, cuya actuación es presupuesto de la responsabilidad de la persona jurídica, se enjuicia en un proceso distinto al seguido frente a la entidad, se rompe la continencia de la causa. Las consecuencias más relevantes de tal ruptura serían:

- En primer lugar, la falta de imparcialidad objetiva del juzgador que, habiendo conocido de la causa penal seguida frente a la persona física es, posteriormente, llamado a enjuiciar la responsabilidad de la persona jurídica por los mismos hechos o viceversa.
- En segundo lugar, el elevado riesgo de que se dicten resoluciones con pronunciamientos contradictorios, debido a que el hecho de referencia integra ambos objetos procesales, debiendo valorarlo, el juzgador, tanto en el proceso seguido

frente a la persona jurídica como en el proceso seguido frente a la persona física.

- En tercer lugar, los efectos beneficiosos de la impugnación planteada por uno sólo de los dos sujetos condenados son extensibles al otro reo, no recurrente, cuando el motivo del recurso que resulte estimado se funde en elementos comunes como, por ejemplo, la inexistencia del hecho de referencia.

- En cuarto lugar, en sede de cosa juzgada penal si, tras ser condenada la persona jurídica, la segunda sentencia, dictada frente a la persona física, declara la inexistencia del hecho de referencia o su falta de tipicidad o antijuridicidad, la previa condena al ente deberá ser revisada. De igual modo, si un Juez, en un primer procedimiento contra la persona física, entiende que el hecho de referencia no existió o, incluso, que no constituye una acción típica y/o antijurídica, debería pronunciar una sentencia absolutoria que condicionaría el ulterior enjuiciamiento de la persona jurídica, aun faltando la identidad subjetiva exigida por el principio *ne bis in idem*.

X.- La discrecionalidad de la fiscalía americana en las decisiones de imputación de las corporaciones

En el sistema estadounidense de responsabilidad penal de las personas jurídicas, las críticas más recurrentes se refieren a los abusos de la fiscalía, en ejercicio de la enorme discrecionalidad de la que gozan en las decisiones de imputación que, junto con los importantes incentivos tendentes a impulsar la cooperación de las corporaciones con la justicia, terminan por configurar un sistema en el que, el ente investigado renuncia, sistemáticamente, a sus derechos y privilegios, especialmente al derecho de defensa o al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente, como forma de alcanzar un acuerdo pre-procesal favorable a sus intereses. Esta dinámica redundante, mediatamente, en una erosión de los derechos de sus directivos y empleados.

La excesiva discrecionalidad fiscal, en el caso particular de las personas jurídicas, conduce a soluciones punitivas atenuadas, impuestas a través de acuerdos pre-procesales, de no persecución (NPAs) o de diferimiento de la persecución (DPAs), que pretenden evitar el estigma y los daños colaterales derivados de una acusación formal y de una condena penal. Además, los fenómenos de la muerte por acusación (*death by indictment*) y la creencia de que hay entidades demasiado grandes para ser perseguidas penalmente (*too big to jail*) conducen, *de facto*, a la inmunidad para las corporaciones más grandes y poderosas, debido a las supuestas consecuencias sistémicas que, para la economía nacional, podría tener su expulsión del mercado como consecuencia de exigírseles responsabilidad penal.

Aun cuando, justo es reconocer que algunos de tales riesgos se verían atenuados por los principios de legalidad e imparcialidad que rigen la actuación del MF español, es preciso conocer las perversiones del sistema americano para prevenir caer en aquellas

dinámicas, en un hipotético futuro modelo de proceso penal, en el que impere el principio de oportunidad y la fiscalía dirija la instrucción.

XI.- Principio de oportunidad y acción popular

La introducción de un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas ha servido para reavivar viejos debates en torno al principio de oportunidad y a las limitaciones de la acción popular. En este sentido, parte de la doctrina, seguramente influida por el sistema estadounidense, en el que, tradicionalmente, se ha contemplado la exigencia de responsabilidad penal frente a las corporaciones, aboga por fomentar las soluciones negociadas, como forma de terminación del proceso, evitando, de este modo, las dificultades que plantea la celebración del juicio oral frente a los entes colectivos y la prueba de su culpabilidad, al mismo tiempo que se minimizan los daños colaterales y el estigma que puede suponer, para las personas jurídicas, su enjuiciamiento en una vista oral y pública.

En la misma línea, se reclaman restricciones al ejercicio de la acción popular, para evitar que se use con fines espurios, tendentes a dañar la imagen pública o la reputación de la entidad, por los competidores u otros grupos de interés. Tales limitaciones irían mediatamente encaminadas a que el MF, como único acusador, pudiese ofrecer acuerdos a la entidad o, incluso, dejar de acusar cuando, razones de interés general, desaconsejasen la efectiva persecución penal de la entidad.

Sin embargo, razones de prevención, general y especial, abogan por la efectiva persecución de las empresas que cometen delitos, en tanto que, precisamente, el estigma inherente a la persecución penal constituye uno de los más importantes factores de disuasión y prevención, tanto general como especial. Además, adelantar la terminación del proceso a una fase previa, como ocurre en Estados Unidos con los NPAs y los DPAs, presenta otro inconveniente importante, cual es el de alcanzar una condena con un conocimiento fragmentario y, en ocasiones, insuficiente de las circunstancias del hecho delictivo.

XII.- Ejercicio de la acusación de la entidad acusada contra sus administradores

La persona jurídica, al inicio de la investigación, puede aparecer, al mismo tiempo, como posible responsable y como víctima del delito cometido por algunos de sus miembros. La clave para determinar su posición radica en si el delito se cometió en su beneficio o en su perjuicio, extremos que pueden estar necesitados de prueba.

Dado el carácter excepcional con el que se admite la posibilidad de actuar, simultáneamente, como acusación y como sujeto pasivo del proceso penal, cabe concluir que, en el proceso en que esté siendo acusada una persona jurídica, sólo le estará permitido personarse como acusación particular si demuestra haber sufrido un perjuicio directo por el delito y si el enjuiciamiento separado de ambos sujetos no es posible.

La persona jurídica acusada tampoco puede, como regla general, personarse como actor civil porque, resulte condenada o no, debe responder civilmente de las actuaciones desarrolladas por sus agentes en el ejercicio de su actividad, lo que le impide exigir una responsabilidad que, en última instancia, le corresponde asumir a ella misma.

XIII.- El momento de formalización de la investigación penal y de la adquisición de la condición de encausado por el sujeto pasivo del proceso

La formalización de la investigación, de manera simultánea frente a la persona jurídica y a la persona física, parece inevitable en una fase tan temprana del proceso como es el inicio de la instrucción. En este sentido, lo más habitual será que el inicio de la investigación frente a una determinada persona física, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo en una organización, arrastre a la entidad a adquirir, de forma casi automática, la condición de investigada, siempre y cuando el delito investigado sea imputable a las personas jurídicas. El motivo radica en que los criterios de imputación específicos de la entidad o, en otras palabras, el fundamento de su responsabilidad propia, consistente en no haber implementado sistemas de organización y gestión adecuados para prevenir la comisión de delitos en su seno, requiere, para su comprobación, un análisis más profundo que el que cabe realizar en ese temprano estadio procesal.

Ahora bien, con la nueva regulación de la LECrim, que distingue al investigado del encausado según el momento de la instrucción en que se encuentre el proceso, es posible que, hacia el final de la investigación, se ponga de manifiesto que la entidad puso toda la diligencia debida en la prevención del delito cometido, o que la persona física investigada no es la responsable individual del mismo, con lo que sólo uno de los sujetos inicialmente investigados llegaría a adquirir la condición formal de encausado, debiendo procederse al sobreseimiento del proceso frente al otro. Este es, precisamente, el fin de la modificación terminológica dispuesta por el legislador: reservar el estigma propio del enjuiciamiento penal sólo para quien, tras la correspondiente investigación, aparece como presunto responsable penal, esto es, para el encausado, reconociendo, al mismo tiempo, al investigado, respecto del que no hay indicios suficientes para encausar, los derechos de defensa propios del sujeto pasivo del proceso.

XIV.- La persona jurídica como titular de derechos procesales

La distinta naturaleza de las personas físicas y las personas jurídicas resulta indiscutible. La persona jurídica es una creación del Derecho, sin dignidad humana, ni corporeidad física, que sólo es titular de aquellos derechos fundamentales compatibles con su especial naturaleza y con los fines que justifican su existencia, mientras que la persona humana, al menos desde una concepción personalista, como la reflejada en los arts. 9.2 y 10.1 CE y defendida en este trabajo, se erige en el titular primigenio de los derechos fundamentales y en centro del sistema jurídico.

En cuanto al reconocimiento de derechos procesales a la persona jurídica habrá que analizar cuáles son reconocidos al sujeto pasivo del proceso en cuanto tal y cuáles en atención a su condición de persona humana. La distinción no es siempre sencilla en tanto que, el sistema de garantías en que consiste el proceso penal ha sido configurado desde una perspectiva antropocéntrica, pensando sólo en personas humanas. A tal fin, resulta preciso indagar sobre el fundamento o fundamentos de cada uno de los derechos procesales, en orden a determinar cuáles resultan enteramente extensibles a las personas jurídicas, por reconocerse en atención al enfrentamiento contradictorio que protagoniza el sujeto pasivo del proceso con el Estado, y no a su condición humana. Se encuentran en esta situación, señaladamente, el derecho de defensa y sus instrumentales, así como el derecho a la presunción de inocencia, en tanto que regla de juicio. Sin embargo, otros derechos pueden resultar limitados o matizados. En este sentido, por ejemplo, el ámbito de protección del derecho a no autoincriminarse podría redefinirse a través de la imposición a las personas jurídicas de obligaciones legales de documentación y archivo de ciertas actuaciones.

XV.- Estatuto jurídico-procesal de las personas jurídicas

En atención a la falta de dignidad humana y de corporeidad de las personas jurídicas, en relación con ciertos derechos, resulta legítimo otorgarles un nivel de protección distinto que a las personas físicas. Sin embargo, desde el momento en que el legislador ha optado por usar el Derecho Penal contra los entes colectivos, correlativamente, ha de concederles una serie de prerrogativas que garanticen la justicia y el *fair play* en ese enfrentamiento contradictorio en que se basa el enjuiciamiento penal. En definitiva, *las personas jurídicas y las personas físicas, siendo realidades disímiles, gozan de un estatuto jurídico procesal que no tiene por qué ser idéntico, si bien ambas deberán poder defenderse de forma efectiva en un proceso basado en los principios de contradicción e igualdad de armas que, ajustándose a sus características específicas, responda a las exigencias del proceso equitativo o con todas las garantías.*

En este entendimiento de las garantías procesales, como forma de lograr un cierto equilibrio entre el Estado y el individuo, se corre el riesgo de cosificar a las personas jurídicas, entendiéndolas, no como sujetos de Derecho, sino como instrumentos de política criminal. Sobre todo si se piensa en grandes multinacionales, algunas de las cuales ostentan más poder que ciertos Estados, es posible justificar su menor necesidad de protección frente al poder estatal. Sin embargo, la generalidad y abstracción que ha de informar las leyes y, sobre todo, la necesidad de entender las garantías procesales en abstracto, en orden a garantizar la efectividad de los derechos que están llamadas a salvaguardar, impiden y desaconsejan que las distintas tipologías de personas jurídicas se vean reflejadas en su estatuto jurídico-procesal.

XVI.- La autorregulación empresarial

La detección e investigación de los delitos de empresa presenta dificultades específicas, debido, entre otros factores, a la opacidad que para sus agentes proporciona el “velo” de la personalidad jurídica, así como a la dilución de las responsabilidades individuales entre la pluralidad de sujetos que intervienen en los procesos de decisión y ejecución de las actividades de la organización. Por eso, es necesario reforzar los medios, tanto personales como materiales, al servicio de las investigaciones de tales delitos y, en su caso, buscar nuevas vías para descubrirlos y perseguirlos.

En este contexto surge la noción de autorregulación, aducida como uno de los fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, que se encuadra en una tendencia privatizadora en el control y la prevención de los riesgos delictivos y se justifica por la supuesta incapacidad del Estado para controlar los riesgos empresariales. La autorregulación implica, en términos generales, atribuir a las personas jurídicas, potencialmente responsables, deberes de prevenir delitos en su seno, así como de descubrirlos y sancionarlos, creando una suerte de sistema normativo interno para lograr que la entidad se organice y se gestione en armonía con la legalidad vigente.

XVII. Las investigaciones internas empresariales

Como expresión de las tendencias autorreguladoras, aparecen las investigaciones intraempresariales, a través de las cuales, las organizaciones que detectan o sospechan que ha podido cometerse o que se está cometiendo una actuación delictiva en el desarrollo de su actividad, tratan de determinar los hechos acaecidos y a los presuntos responsables individuales a través de la realización de entrevistas, del análisis de la documentación interna, de la ejecución de controles y revisiones sobre su actividad, para comprobar si se ajusta a los protocolos de prevención establecidos etc.

Por esta vía, la entidad puede ver atenuada su responsabilidad penal o, incluso, quedar exenta en ciertas circunstancias, mientras que, desde la perspectiva del Estado, la generalización de esta práctica supone una mayor efectividad en el descubrimiento de los delitos empresariales y un ahorro de los costes asociados a tales investigaciones. Pero las investigaciones intraempresariales no sólo presentan ventajas, sino también importantes riesgos, en primer lugar, para el descubrimiento de la verdad, que podría ser ocultada o adornada por la entidad que conduce la investigación, de la que no cabe presuponer una actuación imparcial y, en segundo lugar, para los derechos de los integrantes de la entidad, que se ven sometidos a una investigación, en un entorno privado y desregulado, en el cual sus derechos fundamentales, tanto de carácter sustantivo como procesal, podrían resultar fácilmente vulnerados.

Los riesgos que, para el descubrimiento de la verdad, implica que el investigado dirija la investigación abogan por un control público riguroso de los resultados de tales indagaciones privadas, cuando estos sean entregados a las autoridades públicas como forma de colaboración con la justicia. Por eso, las investigaciones internas empresariales no deben ser sustitutivas de las investigaciones oficiales, ni eximen a las autoridades públicas del cumplimiento de sus funciones de investigación de los delitos, sino que han de ser entendidas, en su caso, como un mero complemento para agilizar las investigaciones públicas.

XVIII.- Las derechos de los sujetos sospechosos en las investigaciones intraempresariales y la prueba ilícita

El control de las autoridades públicas sobre el resultado de la investigación ha de extenderse al aseguramiento de la legalidad en la obtención de las fuentes de prueba. En este sentido, los derechos fundamentales de los sujetos individuales investigados constituyen un límite infranqueable para los deberes de supervisión, vigilancia y control que recaen sobre la entidad. La fuerza expansiva de los derechos fundamentales exige que éstos sean igualmente efectivos en las relaciones entre particulares y no sólo como forma de protección del individuo frente al Estado, lo cual, en el seno del proceso, se traduce en la ilicitud de aquellas pruebas obtenidas en la investigación interna, vulnerando derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad o el derecho al secreto de las comunicaciones de los trabajadores.

Para determinar cuándo una medida empresarial supone una injerencia lícita en el derecho a la intimidad personal de un empleado, o en sus comunicaciones, es necesario atender a los siguientes criterios: a) la existencia de una previsión legal que faculte a la entidad a implementar tales controles; b) la concurrencia de un fin legítimo que justifique la injerencia; c) la proporcionalidad de la medida, en abstracto, y en relación con el fin perseguido por la misma y d) el respeto a las legítimas expectativas de confidencialidad, creadas por los protocolos empresariales sobre el uso permitido de los medios telemáticos que la entidad pone a disposición de sus trabajadores.

En cuanto a los derechos procesales, tales como el derecho de asistencia letrada, el derecho no declarar o el derecho a ser informado de la acusación, que podrían ser reclamados por los trabajadores de la entidad ante los interrogatorios realizados por el profesional contratado para realizar la investigación interna, aun cuando, como regla general, tales derechos resultan ajenos a la relación empleador-empleado, cabe concluir que las declaraciones de los empleados, obtenidas en el marco de una investigación empresarial, con coerción o engaño por parte del investigador privado, resultarán nulas si se intenten hacer valer como prueba en un proceso penal. Por eso, en caso de que existan sospechas fundadas frente a un determinado trabajador, éste debe ser informado del destino que pretende dársele a sus declaraciones, para que pueda decidir libremente si colaborar con la investigación o no, ateniéndose, en su caso, a las consecuencias laborales que legítimamente puedan irrogársele por no cooperar cuando, en atención a su cargo en la organización, debiera hacerlo.

XIX.- Las diligencias de investigación de entrada y registro e interceptaciones telefónicas

Para delimitar el espacio de protección domiciliar de las personas jurídicas, a los efectos de la diligencia de entrada y registro, lo más adecuado será, partiendo de la definición legal de domicilio de la persona jurídica y siguiendo la doctrina constitucional, acotar tal espacio, por vía de interpretación teleológica, de tal forma que sólo se protejan aquellos lugares en los que, o bien se toman decisiones o se realizan actuaciones vinculadas con la dirección de la entidad, o bien se conservan documentos internos que deban ser excluidos del conocimiento de terceros, limitándose la protección a lo indispensable para permitir el desarrollo de la actividad de la entidad sin intromisiones ajenas.

En cuanto a la interceptación de comunicaciones, es reseñable que tras la aprobación de la L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim, se contempla la posibilidad de que terceros, distintos del sujeto investigado o encausado, puedan verse afectados por tal diligencia, debiendo ser identificados en la resolución en que se acuerda tal medida, siempre que sea posible (art. 588 ter c) LECrim). Esta disposición presenta una trascendental importancia para el caso de las personas jurídicas, ya que, difícilmente, se podrán interceptar las comunicaciones de una entidad sin afectar, simultáneamente, al derecho al secreto de las comunicaciones de aquellos individuos facultados para actuar en su nombre o por su cuenta.

XX.- Las medidas cautelares

Las medidas cautelares que se pueden imponer a las personas jurídicas investigadas en un proceso penal son, por una parte, las tradicionales medidas cautelares reales y, por otra, las medidas *contra societatem*, cuya orientación a prevenir la continuidad delictiva pone en entredicho su naturaleza cautelar, aproximándolas a las medidas de prevención. En todo caso, dado que medidas cautelares y preventivas comparten características y presupuestos de adopción, la diferenciación entre ambas no resulta útil, limitándose la distinción a una cuestión terminológica.

Las medidas cautelares *contra societatem* se asemejan a las de naturaleza personal, en tanto que afectan a la libertad societaria de la entidad y su finalidad no se orienta, exclusiva ni principalmente, a garantizar las eventuales responsabilidades pecuniarias que puedan surgir del proceso frente al ente, para lo cual existen las medidas cautelares reales.

En cuanto a sus presupuestos de aplicación está, por un lado, el *fumus boni iuris*, que se asimila a las sospechas fundadas de responsabilidad penal de la entidad y el *periculum in mora*, que se concreta en el riesgo de continuación o reiteración de la actividad delictiva, el riesgo de manipulación o destrucción de pruebas relevantes y el riesgo de despatrimonialización de la entidad, que podría frustrar la ejecución de las penas pecuniarias o de los pronunciamientos civiles de la sentencia penal.

Las necesidades de la tutela cautelar, sometidas al principio *rebus sic stantibus*, determinan que la adopción, el alzamiento o la modificación de las medidas cautelares puedan acordarse por el Juez competente en cualquier momento del proceso, sin que la competencia quede limitada, como parece pretender el CP, al Juez de Instrucción. Resulta ineludible, por último, dada la semejanza entre las medidas *contra societatem* y las medidas cautelares personales, la celebración de una vista contradictoria y previa a su adopción.

XXI.- El representante defensivo de la persona jurídica

El representante defensivo de la persona jurídica ocupa una posición especial en el proceso penal, en tanto que no es parte, pero actúa como si lo fuese, con un estatuto jurídico similar al del investigado, encausado o acusado, según la fase procesal de que se trate, lo cual le permite desarrollar la función que está llamado a desempeñar, cual es la de ejercer el derecho de autodefensa de la persona jurídica. El representante no ejercita ningún derecho propio, ni actúa en interés propio, sino que su misión es ejercitar los derechos, cumplir las cargas y aprovechar las oportunidades autodefensivas de la

verdadera parte pasiva del proceso, que es la persona jurídica a la que representa. Además, a tal representante defensivo le corresponde ocupar, durante la vista oral, el lugar reservado a los acusados y, en su caso, prestar la conformidad en nombre de la entidad, siempre que cuente con un poder especial para ello. De esta forma, se permite la adaptación de un modelo procesal antropocéntrico a las personas jurídicas.

La designación de un representante que actúe por la entidad en el seno del proceso penal, así como su efectiva comparecencia a los actos procesales que requieren o autorizan la presencia del sujeto pasivo del proceso, constituyen cargas procesales para la entidad, a cuyo cumplimiento se vincula el aprovechamiento de ciertas posibilidades de actuación, señaladamente, las posibilidades de autodefenderse, interviniendo en los actos de investigación y prueba, haciendo alegaciones, ejerciendo el derecho a la última palabra etc.

Ante la falta de designación de un representante defensivo, o ante la incomparecencia del especialmente designado como tal, la legislación, coherentemente con la naturaleza de carga procesal atribuida a su comparecencia, no prevé ningún mecanismo coactivo para forzar su presencia en las actuaciones, disponiéndose, en todo caso, la continuación del proceso con la sola asistencia de los postulantes, siendo la única consecuencia de tal ausencia la pérdida de las correlativas posibilidades de autodefensa y de intervención en el proceso.

XXII.- Ausencia voluntaria y rebeldía (1)

El modelo de ausencia voluntaria, por el que ha optado el legislador para el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas, permite encausarlas y juzgarlas estando representadas y defendidas, únicamente, por sus postulantes, ya sean estos designados de oficio, ya lo sean por la propia entidad. En este sentido, si la persona jurídica no designa a un representante defensivo o, en caso de que habiéndole designado, tal representante no comparezca a los actos de la instrucción que requieren la presencia del sujeto pasivo, el proceso continúa. Esto choca con la regla general, según la cual, el acusado debe estar presente en el juicio en el que se juzga su responsabilidad penal. La diferencia se justifica por la naturaleza incorpórea de la entidad que conduce a reinterpretar las reglas procesales que presuponen la individualidad física del sujeto pasivo del proceso y, en concreto, la obligación de estar presente en el proceso penal que, en el caso de las personas jurídicas, se configura como una carga procesal. Del mismo modo, al contrario de lo que ocurre con las personas físicas, las personas jurídicas pueden ser enjuiciadas en rebeldía, tras haber resultado fallida su citación para la primera comparecencia, por falta de domicilio social conocido.

XXIII.- Ausencia voluntaria y rebeldía (2)

Para el hipotético caso de que el legislador hubiese optado por establecer la obligatoriedad de la presencia de la persona jurídica, a través de su representante, antes de adoptar una decisión restrictiva de derechos fundamentales, como por ejemplo, la detención del representante defensivo de la entidad, sería preciso determinar si su intervención en el acto procesal en cuestión resulta necesaria e idónea para que tal actuación procesal alcance su finalidad ya que, en otro caso, la restricción de derechos resultaría desproporcionada por innecesaria.

La opción por la que ha optado el legislador ha sido permitir el enjuiciamiento en ausencia de las personas jurídicas, para lo cual deben cumplirse los siguientes requisitos: citación válida, presencia del abogado y el procurador de la entidad en el juicio oral y necesidad de suspender el proceso, ante la petición en tal sentido de la persona jurídica, cuando concurra una causa legítima que justifique la incomparecencia del representante especialmente designado. Si tales requisitos no se cumplen, podrían provocarse situaciones de genuina indefensión que debieran dar lugar, cuando menos, a una reparación a través de las correspondientes vías de impugnación, señaladamente, a través del recurso de anulación.

El problema con el régimen de la rebeldía previsto para las personas jurídicas radica en que parte de la falta de domicilio social conocido y, por lo tanto, de la falta de citación efectiva. En este sentido, la referida regulación presenta visos de inconstitucionalidad, en tanto que permite juzgar la responsabilidad penal de la persona jurídica sin garantías de que conoce la existencia de un proceso en su contra, con lo que las posibilidades de la entidad rebelde de atacar la sentencia firme de condena serán muy amplias.

XXIV.- La conformidad

La conformidad, en tanto que acto personalísimo, ha de ser prestada, en el caso de las personas jurídicas, por el representante especialmente designado, que además ha de contar con un poder especial a tal fin, dada la importancia de los derechos a los que se renuncia a través de la misma, señaladamente, el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

En un intento del legislador por fomentar las conformidades de las personas jurídicas, como forma de evitar la celebración del juicio oral, tanto por las especiales dificultades que supone para los órganos del Estado, como por la publicidad negativa que puede derivarse, para la entidad, de la celebración de una vista oral y pública, la LECrim, en contra de la regla general que exige la conformidad de todos los acusados, prevé que la persona jurídica pueda conformarse independientemente de lo que decidan el resto de coacusados. Esta autonomía en la prestación de la conformidad tiene una consecuencia

muy relevante, cual es, la posibilidad de que, entre los hechos declarados probados en la sentencia dictada por conformidad y la dictada tras la celebración del juicio oral, existan contradicciones. En este contexto, ante la inadmisibilidad de que unos mismos hechos puedan existir y dejar de existir para los órganos del Estado, se hace preciso habilitar el cauce que ofrece el proceso de revisión para solventar tales discordancias cuando, eventualmente, se produzcan.

Por otra parte, si se quieren incrementar las conformidades, de *lege ferenda*, deberían contemplarse, al estilo de la regulación italiana, ciertas posibilidades de sustituir y suspender las penas restrictivas de derechos de las entidades que deciden conformarse con la pena solicitada por la acusación, renunciando a ejercer su defensa en el juicio oral a través de la práctica de la prueba. De estas posibilidades de suspensión y sustitución de las penas deberían quedar excluidas las sanciones permanentes, como la prohibición de realizar las actividades en que se cometió el delito o la disolución, que se reservan para los casos más graves.

XXV.- La prueba

Para determinar el objeto de la prueba del proceso es preciso analizar el sistema de responsabilidad penal diseñado para las personas jurídicas, el cual contempla dos modelos de imputación según el autor del delito sea un sujeto con facultades de representación, decisión, organización o control dentro de la organización o, por el contrario, se trate de un subalterno.

En el primer caso, cuando delinque un sujeto apical, esto es, perteneciente al vértice de la jerarquía empresarial, la acusación debe probar que actuó en nombre o por cuenta de la entidad y en su beneficio, directo o indirecto.

En el segundo supuesto, cuando quien delinque es un subalterno, además de los elementos constitutivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya referidos, la acusación ha de probar que el delito pudo cometerse como consecuencia de un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de los superiores sobre la actividad de los subordinados.

Las circunstancias excluyentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también dependen del grupo al que pertenezca el presunto autor del delito, de tal forma que los extremos que ha de acreditar la entidad para quedar exenta de responsabilidad cuando el delito se atribuye a un sujeto apical son distintos que los exigibles para quedar exenta de responsabilidad por los delitos cometidos por sus empleados, sin poderes de representación, administración, decisión o control. Si delinquieron los subalternos basta con que la entidad tuviese vigente, en el momento de perpetrarse la infracción, un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos de la naturaleza del acaecido, mientras que si son los superiores, es necesario acreditar que para delinquir,

tuvieron que eludir, fraudulentamente, los sistema de prevención y control, que la vigilancia sobre el funcionamiento del modelo se ha encomendado a un órgano específico que goza de cierta autonomía respecto de la administración de la entidad y que éste ha sido diligente en las labores de supervisión y control.

XXVI.- Los programas de cumplimiento normativo

Los modelos de organización y gestión orientados a la prevención delictiva, más conocidos como programas de cumplimiento normativo, constituyen una pieza fundamental para que la entidad pueda quedar exenta de responsabilidad por los delitos cometidos por sus miembros. Estos programas, integrados por medidas de vigilancia y control tendentes a minimizar el riesgo de comisión de delitos, cuando son eficaces y están vigentes, esto es, efectivamente implementados en la organización, sirven para poner de manifiesto que la entidad actuó de forma diligente en el control de los riesgos delictivos propios de su actividad y que, por lo tanto, no ha de responder penalmente por los delitos cometidos en su seno.

La prueba sobre la existencia, vigencia y eficacia preventiva de los programas de cumplimiento normativo, al constituir tales extremos una circunstancia excluyente de responsabilidad, corresponde a la defensa, que deberá introducirlos en el debate y acreditarlos a través de la práctica de las pruebas útiles y pertinentes a tal fin. En cuanto a los medios de prueba idóneos a tal fin se requiere complementar la entrega documental del programa, con testificales, periciales o testificales-periciales, que acrediten la real y efectiva implementación de los protocolos del programa a nivel estratégico, operativo y decisonal, en los distintos departamentos o divisiones de la entidad, así como su difusión entre los trabajadores.

XXVII.- El juicio jurisdiccional sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica

Para dictar una sentencia condenatoria frente a la persona jurídica, el Juez deberá considerar acreditados, tras la práctica de prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia de la entidad, todos los elementos constitutivos de su responsabilidad penal, esto es, la realización de un hecho típico y antijurídico, por uno de sus miembros, en nombre y beneficio de la persona jurídica y, en su caso, posibilitado por un incumplimiento grave de los deberes de control que pesan sobre la entidad. Al realizar tal enjuiciamiento, el Juez, en aplicación del principio de libre valoración de la prueba, tomará en consideración, de forma comprensiva, todas las circunstancias relativas a la comisión del delito en el seno de la entidad, que hayan

quedado acreditadas tras la práctica de la prueba, siendo los modelos de organización y gestión y, en su caso, su eficacia pericialmente contrastada, un elemento más de prueba, sin que su existencia o su ineficacia predeterminen el fallo en uno o en otro sentido. En definitiva, el juzgador debe realizar, en último término, un juicio de imputación en el que se valore si, del delito cometido por sus miembros, debe responder la entidad por no haber mostrado la diligencia debida en el desempeño de sus deberes de control de riesgos y de cumplimiento de la legalidad penal.

A pesar de que es la defensa la que debe acreditar los elementos integrantes de las circunstancias eximentes, introduciéndolos en el debate contradictorio y practicando prueba sobre los mismos, en caso de duda fundada sobre la existencia y/o eficacia del modelo de organización y gestión, en virtud del principio *in dubio pro reo*, el Juez deberá entender acreditados tales extremos, cuantificando su efecto lenitivo en la individualización de la pena o, incluso, dejando a la entidad exenta de responsabilidad si entiende que la misma puso toda la diligencia debida en la evitación de la conducta delictiva perpetrada en su seno.

XXVIII.- La traslación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en casos de sucesión empresarial

La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, o su disolución encubierta o meramente aparente, no extinguen su responsabilidad penal, trasladándose ésta, por disposición legal, a la entidad resultante de la transformación o escisión, o a la sociedad en que quede fusionada o absorbida la entidad condenada o, en su caso, a aquella que fraudulentamente suceda a la aparentemente disuelta.

En casos de disolución encubierta, a pesar de que la norma penal no lo exige, será preciso, además de constatar la efectiva sucesión empresarial, probar el ánimo defraudatorio, constituyendo la continuidad en la actividad y la identidad de clientes, proveedores y empleados meros indicios para apreciar tal fraude.

Además, la traslación de la responsabilidad de una entidad a otra, aun produciéndose en fase de ejecución, no podrá acordarse sin dar audiencia a la nueva responsable y sometiendo a contradicción las pruebas que acrediten la efectiva sucesión empresarial. Y es que, la entidad que no ha sido investigada, encausada ni acusada, no puede resultar, sin más, condenada. En otro caso, se produciría un ilegítimo traslado de la condena de un ente al otro, con flagrante vulneración del derecho a ser juzgado en un proceso con todas las garantías sin que, en ningún caso, se produzca indefensión (art. 24.2 CE).

Cabe proponer, *de lege ferenda*, como una forma alternativa de impedir a la entidad burlar su responsabilidad penal a través de las referidas operaciones societarias, que se prohíban, durante la fase de ejecución de las penas, las operaciones de fusión, absorción

o escisión a los entes condenados, así como su transformación o disolución, al menos en tanto en cuanto no se asegure el cumplimiento de las penas impuestas y sean tales operaciones autorizadas por el Juez de la ejecución. De hecho, lo idóneo sería que tal prohibición se adelantase a un momento procesal anterior, como el de la notificación del auto de apertura del juicio oral. A tal fin, debería preverse prohibición como medida cautelar.

XXIX.- La ejecución de las penas restrictivas de derechos

Del sistema sancionatorio previsto para las personas jurídicas destaca el hecho de que, salvo la multa, el resto de las penas interdictivas o restrictivas de derechos son de imposición facultativa y presentan una marcada orientación preventivo-especial. En atención a esta última característica, se propone, de *lege ferenda*, la flexibilización de la ejecución de las penas interdictivas, sometiendo, al menos a las de larga duración, a alguna suerte de control periódico sobre la necesidad de su permanencia, previéndose algún mecanismo que permita adaptar la condena a los cambios observados en el juicio de prognosis de peligrosidad criminal de la entidad, ya sea a través de sustituciones o suspensiones de pena, ya sea a través de algún mecanismo similar que permita valorar los esfuerzos de la entidad por organizarse de acuerdo con la legalidad vigente.

La ejecución de las penas restrictivas de derechos impuestas a las personas jurídicas no ha recibido ninguna atención por parte del legislador. Para su efectiva ejecución, la publicidad registral resulta clave, especialmente en las penas de inhabilitación para obtener ciertas subvenciones o ayudas públicas, por lo que la adaptación de los registros de apoyo a la Administración de Justicia a estos nuevos sujetos pasivos del proceso penal resultaba ineludible.

Por otra parte, la ejecución de las restricciones de derechos, en que podría consistir la condena de la persona jurídica, demanda una supervisión continua de su cumplimiento, así como mecanismos para reaccionar ante eventuales quebrantamientos de condena. En este punto, resulta de aplicación la regulación supletoria contenida en la LECiv sobre las condenas de no hacer en tanto que, algunas de las penas imponibles a las personas jurídicas consisten, precisamente, en prohibiciones de realizar ciertas actividades, como ocurre, por ejemplo, con la suspensión de actividades. Pues bien, esta regulación dispone, por una parte, la posibilidad de imponer multas coercitivas al condenado, para forzar el cumplimiento de la condena y, por otra, la posibilidad de recurrir a la amenaza penal de incurrir en el delito de desobediencia. Ahora bien, esta advertencia tendría que dirigirse a una persona física, dado que tal delito no es imputable a las personas jurídicas. A tal fin, sería necesario personificar en algún individuo la carga de cumplir con los mandatos dirigidos a la persona jurídica, consistentes en observar el contenido de la sentencia, apercibiendo, personalmente, a tal individuo de la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal si quebranta o facilita el quebrantamiento de la condena penal del ente.

XXX.- La ejecución extraterritorial de las penas

En cuanto a la ejecución extraterritorial de las penas dictadas frente a las personas jurídicas, cabe señalar que, para las resoluciones de decomiso y para las sanciones pecuniarias, en el ámbito de la UE, existen instrumentos de reconocimiento mutuo que hacen posible su realización extraterritorial, incluso, cuando en el Estado de ejecución no se prevé la responsabilidad penal de las personas jurídicas o no se les imputa el delito por el que han resultado condenadas en el Estado de emisión.

Sin embargo, cuando se trata de ejecutar sanciones restrictivas de derechos, las denominadas penas interdictivas, el panorama se complica en tanto que no existen instrumentos normativos, ni a nivel comunitario ni a nivel internacional, que permitan su ejecución fuera del territorio nacional, lo cual limita su aplicabilidad y pone en entredicho el mandato comunitario de establecer, en relación con las personas jurídicas, y para determinados delitos, penas efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Una política criminal eficaz en este ámbito, demanda instrumentos ágiles de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales penales entre los distintos Estados miembros, en atención a la facilidad que tienen las personas jurídicas para trasladar espacialmente sus activos y para deslocalizar sus actividades, a lo que se suma la libre circulación de bienes, servicios y capitales dentro de la UE, como consecuencia del proceso de integración económica que ha culminado en la creación de un mercado único. En este sentido, el componente transnacional y global, que caracteriza la actividad de muchas de las entidades potencialmente infractoras, requiere de una profundización en los mecanismos de asistencia y cooperación judicial internacional, así como de una cierta homogeneización de los regímenes de responsabilidad penal de las personas jurídicas, cuando menos en la UE, para evitar que el principio de doble incriminación suponga un obstáculo a la ejecución extraterritorial de las penas.

Conclusioni

I. – La necessità di disciplinare la responsabilità delle persone giuridiche

L'introduzione di un autentico sistema di responsabilità penale per le persone giuridiche si giustifica, tra l'altro, in una prospettiva politico-criminale, alla luce della rilevante estensione che, recentemente, è andato via via acquistando il fenomeno della criminalità economica ed organizzata, nonché in ragione del ruolo protagonista delle imprese in questo tipo di criminalità, ed anche alla luce dell'incapacità del modello tradizionale di responsabilità penale individuale a prevenire e sanzionare i reati posti in essere nell'ambito di strutture a carattere imprenditoriale o organizzato.

L'unico obbligo internazionale che grava sullo Stato spagnolo in materia, è quello di adottare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive nei confronti delle persone giuridiche, al fine di contrastare determinati fenomeni criminali, ma non è previsto che dette sanzioni debbano necessariamente avere natura penale, malgrado il Preambolo della Legge Organica 5/2010, del 22 giugno, giustifichi l'introduzione del regime di responsabilità penale per le persone giuridiche proprio asserendo che si tratta di un intervento volto ad adempiere gli obblighi assunti in sede internazionale dalla Spagna.

In ogni caso, l'utilizzo del diritto penale quale strumento più potente di cui dispone lo Stato di diritto, risulta coerente con la gravità ed il potenziale offensivo della criminalità di impresa, in ragione del quale l'ordinamento è chiamato a porre un freno all'eccezionale potere di determinate organizzazioni, allorché venga utilizzato per scavalcare i limiti imposti alle loro attività dalla legge penale.

II.- Una rivoluzione che ha interessato il Diritto penale e il Diritto processuale penale

L'introduzione di un sistema di responsabilità penale per le persone giuridiche presuppone una rivoluzione, tanto dal punto di vista del diritto penale sostanziale, in ragione della difficoltà di inquadrare questo nuovo soggetto agente nella teoria del reato e nelle categorie della dogmatica penale, pensate per il delinquente individuale; quanto dal punto di vista del diritto penale processuale, giacché reca con sé la necessità di adattare il processo penale e il sistema delle garanzie che lo informano, aventi anch'esse caratteristiche antropocentriche, a questo nuovo soggetto di natura collettiva.

L'irruzione delle persone giuridiche nel processo penale, in qualità di parte (indagato o imputato), ossia un ruolo tradizionalmente riservato ad esseri umani, pone a rischio equilibri maturati nel corso della storia, volti a creare un contraddittorio effettivo, nella parità delle armi, tra lo Stato e l'individuo, e dunque porta ad interrogarsi in merito alla

possibilità ed alla necessità di estendere a questi nuovi soggetti le garanzie esistenti per le persone fisiche. Inoltre, la partecipazione delle persone giuridiche ad un processo concepito per persone fisiche, milita a favore della personificazione dell'ente, al fine di permetterle di esercitare, in maniera effettiva, i diritti che le spettano come soggetto indagato o imputato.

III.- La giurisdizione

In una prospettiva *de lege ferenda*, sarebbe raccomandabile, in considerazione del carattere transnazionale della criminalità di impresa, introdurre specifiche ipotesi di competenza internazionale, che tengano conto di criteri di collegamento tra la persona giuridica e lo Stato diversi dalla nazionalità, come ad esempio la sede sociale o la sede effettiva dell'organizzazione. In quest'ottica, nel solco delle direttrici fissate dagli strumenti del diritto comunitario, si potrebbe prevedere quale criterio di attribuzione della giurisdizione la *commissione di un delitto a beneficio o a vantaggio di una persona giuridica con sede sul territorio*, ancorché l'azione o l'omissione, integranti il reato-presupposto della responsabilità dell'ente, siano stati posti in essere in uno Stato terzo.

A fortiori, per i gruppi di società transnazionali, sarebbe opportuno stabilire le basi legali affinché lo Stato nel quale ha sede la società madre possa giudicare anche le filiali o succursali con sede all'estero. In tal modo, rendendo responsabile la società madre per gli atti delle sue affiliate, si imporrebbe alla stessa l'obbligo di controllare la legalità dell'operato dell'intera organizzazione, evitando che le strategie di delocalizzazione siano sfruttate per ottenere l'impunità o l'elusione della giustizia penale, e al contempo disincentivando la concorrenza "al ribasso" tra gli Stati in termini di rispetto dell'ambiente, dei diritti umani e sociali e di altri interessi meritevoli di tutela.

IV.- La specializzazione degli organi giudiziari nel Diritto penale dell'impresa

Le persone giuridiche rispondono penalmente soltanto in relazione a determinati reati selezionati dal legislatore. Ebbene, dopo aver constatato l'eterogeneità delle figure contenute in questo elenco, occorre inquadrarli nella categoria del Diritto penale dell'impresa, composta da quei reati che, normalmente, vengono commessi nel quadro di strutture imprenditoriali, abbracciando tanto i reati economici, la criminalità organizzata, i delitti contro l'ambiente, il terrorismo e via dicendo. Di fronte a siffatta eterogeneità, le proposte di specializzare gli organi giurisdizionali risultano impercorribili, mentre sono invece fondate le critiche rivolte all'utilizzo del "*Tribunal del Jurado*" (caratterizzato dalla presenza della giuria, *ndt*), allorché si consideri il suo carattere non tecnico, che mal si concilia con l'elevata complessità delle cause nelle quali sono coinvolte le persone giuridiche.

V.- La competenza per territorio

Per individuare il *locus commissi delicti*, che a sua volta determina la competenza per territorio e la giurisdizione, trasferendo il criterio della ubiquità all'interno sistema di imputazione delle persone giuridiche, bisogna ritenere che la condotta tipica si realizzi, almeno in parte, là dove si è materializzato il profitto per l'ente o dove sono stati omessi, parzialmente o integralmente, i doveri di supervisione, vigilanza e controllo nei confronti dei presunti autori del fatto integrante il reato-presupposto.

Allo stesso tempo, l'omesso controllo può essere localizzato, in mancanza di circostanze che portino a ritenere il contrario, nella sede principale dell'ente o nel luogo dove si concentrano le sue attività di direzione e gestione, dovendosi considerare queste ultime, insieme con il luogo dove si realizzò il fatto-presupposto, criteri validi per la determinazione della competenza territoriale.

VI.- La capacità di essere parte

La capacità di essere parte, come indagato o imputato, in un processo penale, viene disciplinata dalla legge penale, giacché solo chi può essere ritenuto penalmente responsabile e passibile di pena possiede, nella prospettiva processuale, questa generica attitudine di essere soggetto di un'imputazione penale, con la peculiarità che, nel caso delle persone giuridiche, la sua responsabilità e, conseguentemente la sua capacità di essere parte, è limitata a un elenco tassativo di reati.

Per gli enti privi di personalità, il legislatore ha ritenuto di mantenere il regime delle "conseguenze accessorie" previste dall'art. 129 CP, la cui natura giuridica risulta incerta, esistendo in dottrina una accesa discussione tra chi ritiene si tratti di misure di sicurezza, di autentiche pene o di sanzioni *sui generis*. In ogni caso, trattandosi di sanzioni penali che, comunque, presentano un chiaro contenuto afflittivo, la soluzione più garantista è quella di includere i loro destinatari nelle rilevanti categorie di parti processuali, assimilando cioè il loro statuto processuale a quello di qualsivoglia indagato o imputato, a seconda delle fase processuale nella quale ci si trova.

D'altra parte, merita attenzione il caso delle società schermo e delle organizzazioni criminali, con riferimento alle quali l'illiceità del loro oggetto e/o delle loro finalità, l'assenza di struttura organizzativa o la mancanza di alterità tra l'organizzazione e coloro che agiscono per lei, fanno sì che risulti maggiormente adeguato seguire la dottrina dello squarciamento del velo ("*piercing the corporate veil*", *ndt*) e giudicare la responsabilità delle sole persone fisiche che hanno materialmente posto in essere le condotte penalmente rilevanti.

Alla luce di quanto osservato, ne deriva che la personalità giuridica non costituisce il criterio maggiormente adeguato per determinare la capacità di essere parte nel processo penale, dovendosi invece prendere le mosse dalla regola generale, secondo la quale tutte le persone, fisiche o giuridiche, organizzazioni o enti senza personalità, laddove suscettibili di essere sanzionati in un processo penale, devono potere comparire come parti e sono intitolati a quei diritti e garanzie che vengono riconosciute all'indagato/imputato, con il solo limite degli enti costituiti unicamente come strumento per delinquere.

VII.- La capacità processuale

Le persone giuridiche, così come gli enti senza personalità, considerata la loro essenza immateriale, necessitano di un rappresentante per intervenire nel processo, potendo così godere di quelle prerogative che si riservano al soggetto indagato/imputato, nonché per esercitare determinati diritti, e segnatamente quelli di autodifesa.

Quanto all'individuazione del soggetto che deve assumere tale incarico di rappresentanza, la legge si limita ad escludere coloro che sono stati chiamati per testimoniare, al fine di evitare comportamenti fraudolenti consistenti nel sottrarre un testimone-chiave dal compendio probatorio attraverso la sua nomina a rappresentante.

In assenza di ulteriori indicazioni nella legge, e considerato il potenziale conflitto di interessi che potrebbe sorgere tra la persona giuridica ed il suo rappresentante legale allorché quest'ultimo si veda personalmente imputato per lo stesso reato o per un altro connesso, dovrà essere il *compliance officer* o "*Director de Cumplimento Normativo*", qualora esista tale carica nell'ente, ad assumere la sua rappresentanza nel quadro del processo. Nel caso in cui la carica non esista, o nel caso in cui colui che la occupa sia incompatibile in quanto imputato, sarà la stessa organizzazione, secondo le regole previste dal suo statuto, a designare un rappresentante adeguato per il migliore esercizio del suo diritto di difesa.

VIII.- L'oggetto del processo

Il sistema di responsabilità penale delle persone giuridiche prende le mosse da un fatto tipico e antigiuridico, commesso da taluno tra i membri dell'organizzazione, in nome e a vantaggio della stessa. Peraltro, tale fatto-presupposto risulta imputabile all'ente soltanto se quest'ultimo non si era dotato di un modello di organizzazione e gestione efficace nella prevenzione del rischio di reati connessi in seno alla sua attività.

Le responsabilità della persona giuridica e della persona fisica che ha agito in suo nome sono cumulative e relativamente autonome, in quanto il fatto-presupposto, ossia la condotta tipica e antiggiuridica materialmente realizzata dalla persona fisica, è un requisito della responsabilità dell'ente, mentre invece le circostanze che determinano la colpevolezza non si traslano dalla persona fisica a quella giuridica, posto che quest'ultima risponde sulla base di una colpevolezza propria, fondata sull'inadempimento del dovere di dotarsi di un'organizzazione conforme alla legge.

La conseguenza diretta di tale sistema di responsabilità, da una prospettiva processuale, sta nel fatto che, anche quando risulta possibile tenere distinti l'oggetto dei due processi, esiste un nucleo di fatti comune ad entrambi, costituito dal fatto-presupposto. Ciò conduce a ritenere preferibile, nei limiti del possibile, il giudizio congiunto di entrambi gli imputati, persona fisica e persona giuridica, dovendosi invece optare per la separazione dei giudizi soltanto in casi di stretta necessità. Pertanto, per evitare di rompere l'unitarietà della causa, sarà opportuno interpretare in maniera estensiva i presupposti della connessione processuale, al contempo avvalendosi con parsimonia delle possibilità di separazione dei giudizi dettate da ragioni di economia processuale.

IX.- Le conseguenze del giudizio separato tra persona fisica e giuridica

Se la responsabilità della persona fisica, presupposto della responsabilità della persona giuridica, viene accertata in un processo distinto da quello che accerta la responsabilità dell'ente, si rompe l'unitarietà della causa. Le conseguenze di maggiore rilievo di tale rottura sono:

- In primo luogo, la mancanza di imparzialità oggettiva del giudice, il quale, avendo conosciuto la causa nei confronti della persona fisica, venga chiamato successivamente a giudicare la persona giuridica in relazione ai medesimi fatti, e viceversa.
- In secondo luogo, il rischio elevato che si pervenga a pronunce dal contenuto contraddittorio, in conseguenza della circostanza che il fatto-presupposto è comune ad entrambi gli oggetti processuali, dovendo il giudice valutarlo tanto nel processo nei confronti della persona fisica, quanto in quello nei confronti della persona giuridica.
- In terzo luogo, l'esperimento di mezzi di impugnazione da parte di uno solo dei due soggetti condannati, allorché abbia avuto esito positivo, dispiega effetti anche per l'altro soggetto, quand'anche quest'ultimo non abbia tempestivamente impugnato la condanna, allorché il motivo di impugnazione si fonda su elementi comuni ad entrambi i processi, come per esempio l'insussistenza del fatto-presupposto.
- In quarto luogo, in sede di giudizio di esecuzione, se, dopo che la persona giuridica sia stata condannata, sopravviene una sentenza di assoluzione nei confronti della persona fisica, nella quale si dichiara l'insussistenza del fatto o l'assenza di tipicità o di

antigiuridicità, la precedente condanna nei confronti dell'ente deve essere riesaminata. Parimenti, se un giudice, all'esito di un procedimento contro la persona fisica, ritiene che il fatto-presupposto non sussista, o non sia tipico e/o antigiuridico, dovrà pronunciare una sentenza di assoluzione che condiziona anche il successivo processo nei confronti della persona giuridica, ancorché difetti quell'identità soggettiva che è invece richiesta per l'operatività del principio *ne bis in idem*.

X.- La discrezionalità dei pubblici ministeri americani e la decisione di imputare gli enti

Nel sistema statunitense di responsabilità penale delle persone giuridiche, le critiche più frequenti sono indirizzate agli abusi compiuti dai pubblici ministeri nell'esercizio dell'enorme discrezionalità di cui godono rispetto all'azione penale, discrezionalità che, insieme agli importanti incentivi tendenti a favorire la collaborazione delle società con la giustizia, finisce per dare vita ad un sistema in cui l'ente indagato rinuncia, sistematicamente, ai suoi diritti e prerogative, in particolare al diritto di difesa o al segreto delle comunicazioni tra avvocato e cliente, al fine di ottenere un accordo pre-processuale favorevole ai propri interessi. Tale dinamica si ripercuote, in maniera mediata, in una erosione dei diritti di dirigenti e dipendenti dell'ente indagato o imputato.

L'eccessiva discrezionalità dei pubblici ministeri conduce dunque, rispetto alle persone giuridiche, a soluzioni punitive attenuate, cui si perviene all'esito di trattative pre-processuali nelle quali si decide o di non promuovere l'azione penale (NPAs) o di differirla (DPAs), al fine di evitare lo stigma e i danni collaterali derivanti da una accusa formale e da una condanna penale. Inoltre, i fenomeni di "morte a seguito di imputazione" (*death by indictment*) e la convinzione che vi siano enti troppo grandi per essere perseguiti penalmente ("*too big to jail*") portano, *de facto*, alla immunità per le società più grandi e potenti, dovuta alle asserite conseguenze per l'economia nazionale che potrebbe avere la loro espulsione dal mercato a seguito di condanna penale.

Benché tali rischi risultino attenuati in un sistema, quale quello spagnolo, in cui il pubblico ministero è vincolato ai principi di legalità e imparzialità, è opportuno tenere presenti gli effetti negativi del sistema americano, onde evitare di cadere nelle stesse dinamiche, allorché in futuro venisse proposto un modello processuale retto dal principio di discrezionalità dell'azione penale.

XI.- Principio di opportunità e azione popolare

L'introduzione di un regime di responsabilità penale per le persone giuridiche è servito a risvegliare antichi dibattiti relativi al principio di opportunità e ai limiti dell'azione popolare. In quest'ottica, parte della dottrina, certamente influenzata dal sistema statunitense, nel quale, tradizionalmente, è stata contemplata la responsabilità penale

delle società, è favorevole ad incentivare le soluzioni negoziate, come forma di estinzione del processo, così evitando le difficoltà che solleva la celebrazione del dibattimento rispetto agli enti collettivi e la prova della loro colpevolezza, minimizzando al contempo i danni collaterali e lo stigma che può comportare, per le persone giuridiche, la loro imputazione dinanzi all'opinione pubblica.

Nello stesso senso, si reclamano restrizioni all'esercizio dell'azione popolare, onde evitare che venga utilizzata con finalità pretestuose, ossia al solo fine di danneggiare l'immagine o la reputazione dell'ente, da parte dei concorrenti o di altri soggetti interessati. Tali limitazioni avrebbero a ben vedere lo scopo mediato di consentire al Pubblico Ministero, quale unico organo titolare del potere di accusa, di offrire accordi all'ente o, addirittura, abbandonare l'azione penale allorché ragioni di interesse generale suggeriscano di non perseguire l'ente.

Tuttavia, ragioni di prevenzione generale e speciale militano a favore dell'impiego del diritto penale nei confronti delle imprese che commettono reati, in quanto, per l'appunto, lo stigma inerente all'utilizzo dello strumento penale costituisce uno dei più importanti fattori di prevenzione e dissuasione, tanto generale quanto speciale. Inoltre, promuovere l'estinzione del processo in una fase preliminare, come accade negli USA con le citate NPAs e le DPAs, presenta un ulteriore significativo inconveniente, ossia pervenire ad una condanna all'esito di un accertamento sommario e, talvolta, insufficiente, delle circostanze che hanno dato vita al reato.

XII.- L'azione penale dell'ente imputato contro i propri amministratori

La persona giuridica, all'inizio dell'indagine, può apparire, al contempo, come potenziale responsabile o come vittima del reato commesso da taluno dei suoi membri. La chiave per sciogliere il dubbio consiste nel verificare se il delitto è stato commesso a vantaggio o svantaggio dell'ente, alla luce delle prove disponibili.

Considerato il carattere eccezionale delle ipotesi in cui si consente di rivestire, al contempo, il ruolo di accusatore e imputato nel processo penale, bisogna concludere che, nel processo in cui è accusata una persona giuridica, le sarà concesso di agire come privato accusatore se dimostra di avere sofferto un pregiudizio diretto come conseguenza del reato, e se il giudizio separato di entrambi i soggetti non risulta possibile.

La persona giuridica accusata nemmeno può, come regola generale, agire come attore di un'azione civile, giacché, risulti essa condannata o meno, dovrà rispondere civilmente delle azioni poste in essere dai suoi membri nell'esercizio delle sue attività. Tale situazione impedisce all'ente di azionare una responsabilità che, in definitiva, è l'ente stesso a doversi assumere.

XIII.- La formalizzazione dell'indagine (“*formalización de la investigación*”) e l'acquisizione della condizione di imputato (“*encausado*”)

La formalizzazione dell'indagine in maniera simultanea per la persona giuridica e la persona fisica pare inevitabile in una fase tanto precoce del processo quale l'inizio delle indagini. La situazione più frequente sarà quella in cui l'inizio dell'indagine nei confronti di una persona fisica, per fatti commessi nell'esercizio di una carica all'interno dell'organizzazione, comporti che anche l'ente acquisti, in forma quasi automatica, la qualità di indagato, ovviamente a condizione che il reato in questione rientri tra quelli di cui rispondono anche gli enti. La ragione di ciò risiede nel fatto che i criteri di imputazione del fatto all'ente, o, in altre parole, il fondamento della sua responsabilità propria, consistono nel non avere implementato un sistema di organizzazione e gestione adeguato per prevenire la commissione di reati; ebbene, trattasi di accertamenti che richiedono un livello di approfondimento probatorio di gran lunga superiore a quello possibile in una fase così acerba del procedimento.

Ebbene, con la nuova disciplina prevista dalla LECrim (acronimo di “*Ley de Enjuiciamiento Criminal*”, ossia codice di procedura penale, *ndt*), che distingue il soggetto indagato dal soggetto imputato (“*encausado*”) a seconda della fase delle indagini in cui ci si trova, è possibile che, verso la fine dell'indagine, risulti manifesto che l'ente ha impiegato tutta la diligenza dovuta ai fini della prevenzione del reato commesso, oppure che la persona fisica non è responsabile dello stesso, nel qual caso uno soltanto dei soggetti inizialmente indagati acquisterà la qualifica formale di “*encausado*”, dovendo invece procedersi all'archiviazione nei confronti dell'altro. È proprio questa la finalità della modifica terminologica realizzata dal legislatore: riservare lo stigma proprio del giudizio penale solo per coloro che, dopo le indagini, appaiono come colpevoli, ossia l’ “*encausado*”; riconoscendo al contempo all'indagato, rispetto al quale non vi sono indizi sufficienti per promuovere l'azione penale, i diritti di difesa che gli spettano in quanto parte processuale.

XIV.- La persona giuridica come titolare di diritti processuali

La distinta natura della persona fisica e della persona giuridica risulta indiscutibile. La persona giuridica è una creazione del diritto, senza dignità umana, né corporeità fisica, la quale è titolare solo di quei diritti fondamentali compatibili con la sua speciale natura e con i fini che giustificano la sua esistenza, mentre la persona umana, quantomeno in una concezione personalista, quale quella recepita negli articoli 9.2 e 10.1 CE e sostenuta in questo lavoro, è soggetto a titolo originario dei diritti fondamentali e al centro del sistema giuridico.

Quanto al riconoscimento dei diritti processuali in capo alla persona giuridica, si dovrà analizzare quali diritti sono riconosciuti al soggetto indagato/imputato in quanto tale, e quali gli sono riconosciuti in quanto persona umana. La distinzione non è sempre facile, in quanto il sistema di garanzie che informa il processo penale è stato configurato da una prospettiva antropocentrica, pensando solo alle persone umane. A tal fine, risulta

necessario indagare sul fondamento o sui fondamenti di ciascuno dei diritti processuali, al fine di determinare quali risultano interamente estensibili alle persone giuridiche, in quanto riconosciuti in ragione del contraddittorio che si instaura tra lo Stato ed il soggetto indagato/imputato, e non in ragione della sua condizione umana. Presentano tali caratteristiche, segnatamente, il diritto di difesa e quelli adesso strumentali, così come il diritto alla presunzione di innocenza, in quanto regola di giudizio. Tuttavia, altri diritti possono risultare limitati o esclusi. In questo senso, per esempio, l'ambito di applicazione del diritto a non autoincriminarsi potrà essere ridefinito, imponendo alla persona giuridica obblighi legali di documentazione e di registrazione di certe attività.

XV.- Lo statuto giuridico-processuale delle persone giuridiche

In considerazione del difetto di dignità umana e di corporeità delle persone giuridiche, in relazione a certi diritti, risulta legittimo riconoscere ad esse un livello di protezione distinto da quello delle persone fisiche. Tuttavia, dal momento che il legislatore ha deciso di utilizzare il diritto penale contro gli enti collettivi, deve coerentemente concedere anche a loro una serie di prerogative che garantiscano la giustizia e il *fair play* nell'ambito del contraddittorio su cui si basa il processo penale. In definitiva, *la persona giuridica e la persona fisica, essendo realtà diverse, godono di uno statuto giuridico processuale che non deve essere identico, sebbene entrambe dovranno potersi difendere in maniera effettiva in un processo basato sui principi del contraddittorio e della parità delle armi, adattato alle loro caratteristiche specifiche, che risponda alle esigenze del processo equo e dotato di tutte le garanzie.*

In questa concezione delle garanzie processuali, come strumento teso a fissare un certo equilibrio tra lo Stato e l'individuo, si corre il rischio di strumentalizzare le persone giuridiche, intendendole non come soggetti di diritto bensì come strumenti di politica criminale. Soprattutto se si pensa alle grandi multinazionali, alcune delle quali hanno maggiore potere di certi Stati, parrebbe possibile giustificare una minore necessità di protezione di fronte al potere statale. Tuttavia, la generalità e l'astrazione che devono informare le leggi e, soprattutto, la necessità di intendere le garanzie processuali in astratto, al fine di garantire l'effettività dei diritti che esse sono chiamate a salvaguardare, ostano a che le diverse tipologie di persone giuridiche si riflettano nel loro statuto giuridico processuale.

XVI.- L'autoregolazione all'interno dell'ente

La scoperta e l'indagine dei delitti di impresa presenta difficoltà specifiche, dovute, tra gli altri fattori, a quella opacità che nasconde i suoi agenti dietro il "velo" della personalità giuridica, così come alla diluizione delle responsabilità individuali nella pluralità di soggetti che intervengono nei processi di decisione e esecuzione delle attività dell'organizzazione. Pertanto, è necessario rafforzare le misure, tanto personali

quanto materiali, al servizio delle indagini di tali reati, nonché individuare nuove vie per scoprirli e perseguirli.

In questo contesto sorge la nozione di autoregolazione, addotta come uno dei fondamenti della responsabilità penale delle persone giuridiche, che si inquadra in una tendenza privatizzante del controllo e della prevenzione dei rischi penali e si giustifica per la ritenuta incapacità dello Stato di controllarli efficacemente nei confronti delle imprese. L'autoregolazione significa, in termini generali, attribuire alle persone giuridiche, potenzialmente responsabili, doveri di prevenire i reati commessi in proprio seno, così come di individuarli e sanzionarli, creando una sorta di sistema normativo interno teso ad ottenere che l'ente si organizzi e venga gestito in maniera conforme alle leggi vigenti.

XVII.- Le indagini interne all'ente

Tra le espressioni della tendenza autoregolatrice vi sono le indagini interne all'impresa, attraverso le quali le organizzazioni che scoprono che è stato commesso reato, oppure sospettano che sia stato commesso o che possa essere commesso, cercano di ricostruire i fatti accaduti e di individuare i loro presunti responsabili individuali attraverso interviste, analisi della documentazione interna, effettuazione di controlli e revisioni sull'attività per verificare se è conforme ai protocolli di prevenzioni stabiliti, e via dicendo.

In questo modo, l'ente può vedere attenuata la sua responsabilità penale o, addirittura, andare esente in certe circostanze, mentre, dalla prospettiva dello Stato, la generalizzazione di questa pratica consente una maggiore effettività nella scoperta dei delitti di impresa e una diminuzione dei costi associati alle relative indagini. Tuttavia le investigazioni interne non presentano solo vantaggi, ma anche significativi rischi: in primo luogo, per l'accertamento della verità, che potrà essere occultata o alterata dall'ente che conduce le indagini, dal quale non ci si può aspettare una condotta imparziale; in secondo luogo, per i diritti dei membri dell'ente, i quali si vedranno sottoposti a un'indagine, in un contesto privato e non regolato, nel quale i loro diritti fondamentali, tanto di carattere sostanziale come processuale, potranno risultare facilmente vulnerati.

I rischi connessi all'accertamento della verità, allorché sia l'indagato stesso a condurre l'indagine, militano a favore di un controllo pubblico rigoroso dei risultati di tali indagini e private, quando questi siano consegnati alle autorità pubbliche come forma di collaborazione con la giustizia. Pertanto, le indagini interne all'impresa non devono essere sostitutive delle indagini ufficiali, né possono esimere le autorità pubbliche dall'adempimento dei loro compiti di indagine dei reati, bensì devono essere intese come un mero complemento delle indagini a carattere pubblicistico.

XVIII.- I diritti dei soggetti sospettati nelle indagini interne e la prova illecita

Il controllo delle autorità pubbliche sul risultato delle indagini interne deve essere esteso all'accertamento della legalità nell'ottenimento delle fonti di prova. In questo senso, i diritti fondamentali dei soggetti individuali indagati costituiscono un limite insuperabile ai doveri di supervisione, vigilanza e controllo che gravano sull'ente. La forza espansiva dei diritti fondamentali esige che questi siano parimenti effettivi nelle relazioni tra privati e non solo come forma di protezione dell'individuo di fronte allo Stato. Ciò si traduce, in seno al processo, nella illiceità di quelle prove ottenute attraverso l'indagine interna violando i diritti fondamentali, quali il diritto alla privacy o il diritto al segreto delle comunicazioni dei lavoratori.

Per determinare quando l'ingerenza esercitata dall'impresa durante l'indagine può essere considerata lecita rispetto al diritto alla privacy di un dipendente o alla riservatezza delle sue comunicazioni, occorre attenersi ai seguenti criteri: a) l'esistenza di una previsione legale che facoltizzi l'ente a realizzare tali controlli; b) l'esistenza di un fine legittimo che giustifichi l'ingerenza; c) la proporzionalità del mezzo, tanto in astratto, quanto in relazione con il fine perseguito dal mezzo medesimo; e d) il rispetto delle legittime aspettative di privacy, create dai protocolli relativi all'uso consentito di mezzi telematici che l'ente pone a disposizione dei suoi lavoratori.

Quanto ai diritti processuali, quali il diritto all'assistenza legale, il diritto di non parlare e il diritto essere informato delle accuse, che potranno essere invocati dai lavoratori dell'ente durante gli interrogatori realizzati dai professionisti a tal fine reclutati dall'ente stesso, anche laddove tali diritti risultino estranei per regola generale alla relazione tra datore di lavoro e dipendente, occorre concludere che le dichiarazioni dei dipendenti ottenute nel quadro di un'indagine interna, con coercizione o inganno da parte degli investigatori privati, risulteranno prove nulle in un processo penale. Pertanto, nel caso in cui esistano sospetti fondati rispetto un determinato lavoratore, questo deve essere informato dello scopo delle sue dichiarazioni, affinché possa decidere liberamente se collaborare con le indagini o no, andando incontro, nel secondo caso, alle conseguenze di ordine lavoristico che legittimamente possono derivargli per la mancata cooperazione, allorché, in ragione del ruolo ricoperto, avrebbe invece dovuto prestarla.

XIX.- Le attività di perquisizione e sequestro e le intercettazioni telefoniche

Al fine di delimitare lo spazio di protezione domiciliare delle persone giuridiche, agli effetti delle attività di perquisizione e sequestro, è opportuno procedere ad un'interpretazione teleologica, muovendo dalla definizione legale di domicilio della persona giuridica e avvalendosi della dottrina costituzionale, in maniera tale che siano protetti soltanto quei luoghi nei quali vengono prese le decisioni o compiute le attività collegate alla direzione dell'ente, o nei quali si conservano documenti interni che devono essere esclusi dalla conoscenza di terzi, limitando così la tutela del domicilio a

quanto indispensabile per permettere il compimento delle attività dell'ente senza intromissioni esterne.

Quanto all'intercettazione di comunicazioni, deve essere segnalato che, dopo l'approvazione della Legge Organica del 2015, recante modifiche alla LECrim per il rafforzamento delle garanzie processuali e per la disciplina dei mezzi di indagine, è prevista la possibilità che anche terzi, distinti dal soggetto indagato o imputato, vengano coinvolti in tali attività di indagine, purché identificati nel provvedimento che dispone il mezzo di indagine, sempre che ciò sia possibile (art. 588-ter c) LECrim). Questa disposizione presenta una rilevante importanza nel caso delle persone giuridiche, giacché difficilmente si potranno intercettare le comunicazioni di un ente senza simultaneamente ledere il diritto al segreto delle comunicazioni degli individui che agiscono in suo nome e per suo conto.

XX.- Le misure cautelari

Le misure cautelari che si possono imporre alle persone giuridiche indagate in un processo penale sono, da una parte, le tradizionali misure cautelari reali e, dall'altra parte, le misure *contra societatem*, la cui finalità preventiva ne pone in discussione la natura cautelare, avvicinandole piuttosto alle misure di prevenzione. In ogni caso, considerato che le misure cautelari e di prevenzione condividono caratteristiche e presupposti di adozione, la distinzione tra esse non risulta utile, limitandosi infatti ad una questione terminologica.

Le misure cautelari *contra societatem* assomigliano a quelle di natura personale, in quanto colpiscono la libertà dell'ente ed in quanto la loro finalità non è esclusivamente, né principalmente, quella di garantire l'adempimento delle eventuali responsabilità pecuniarie che possono sorgere all'esito del processo per l'ente, finalità queste ultime perseguite attraverso le misure cautelari reali.

Relativamente ai presupposti di applicazione viene, da un lato, il *fumus boni iuris*, rappresentato da sospetti fondati di responsabilità penale dell'ente, e il *periculum in mora*, che si concreta nel rischio di continuazione o reiterazione dell'attività criminosa, nel rischio di alterazione o distruzione di prove rilevanti e nel rischio di depauperamento dell'ente, che potrebbe frustrare l'esecuzione delle pene pecuniarie o le statuizioni civili contenute nella sentenza penale.

Le necessità collegate alla tutela cautelare, soggette al principio *rebus sic stantibus*, fanno sì che la adozione e la modifica delle misure cautelari possano essere accordate dal giudice competente in qualunque momento del processo, senza che la competenza venga limitata, come parrebbe stabilire il codice penale, al giudice dell'istruzione. Da ultimo, considerata la somiglianza tra le misure *contra societatem* e le misure cautelari

personali, risulta ineludibile, ai fini dell'applicazione delle prime, la celebrazione di un'apposita udienza nel contraddittorio delle parti.

XXI.- Il rappresentante difensivo della persona giuridica

Il rappresentante difensivo della persona giuridica occupa una posizione particolare nel processo penale, in quanto non è una parte, però agisce come se lo fosse, in forza di uno statuto giuridico simile a quello dell'indagato o imputato, a seconda della fase processuale, che gli permette di adempiere alla funzione alla quale è chiamato, ossia esercitare il diritto di difesa della persona giuridica. Il rappresentante non esercita nessun diritto proprio, né agisce per interesse proprio, in quanto il suo compito è esercitare i diritti e le prerogative, nonché adempiere agli oneri, dell'autentica parte processuale, ossia l'ente che egli rappresenta. Inoltre, al rappresentante spetta di occupare, durante il dibattimento, il posto riservato agli imputati e, se del caso, patteggiare in nome dell'ente, sempre che gli sia stato conferito un potere speciale a tal fine. In questo modo, si ottiene l'adattamento di un modello processuale antropocentrico alla persona giuridica.

La nomina di un rappresentante difensivo che agisca per l'ente nel processo penale, così come la sua effettiva comparsa negli atti processuali che richiedono o consentono la presenza dell'indagato o dell'imputato, costituiscono oneri processuali per l'ente, al cui adempimento è collegato il godimento di certe prerogative, segnatamente le possibilità di autodifendersi, intervenendo negli atti di investigazione e di prova, di esercitare il diritto all'ultima parola etc.

Nei casi in cui non venga designato un rappresentante difensivo, o in caso di mancata comparsa del soggetto designato, la legge, coerentemente con la natura di onere processuale attribuita alla sua comparsa, non prevede alcun meccanismo coattivo per garantire la sua presenza, disponendo in ogni caso la prosecuzione del processo con la sola assistenza del difensore, essendo l'unica conseguenza di tale assenza la perdita delle correlative prerogative di autodifesa e di intervento nel processo.

XXII.- Assenza volontaria e contumacia (1)

Il modello di assenza volontaria, a favore del quale ha optato il legislatore ai fini del giudizio penale delle persone giuridiche, consente di imputarle e giudicarle in presenza dei soli difensori, siano essi nominati d'ufficio o di fiducia dall'ente stesso. In questo senso, se la persona giuridica non designa un rappresentante difensivo o, nel caso in cui lo abbia designato, tale rappresentante non compaia negli atti di indagine che richiedono la presenza del soggetto indagato, il processo prosegue. Ciò in contrasto con la regola generale secondo la quale l'accusato deve essere presente nel giudizio in cui si valuta la sua responsabilità penale. La differenza si giustifica per la natura immateriale dell'ente, la quale conduce a reinterpretare le regole processuali che presuppongono la natura

fisica del soggetto e in concreto l'obbligo di essere presente nel processo penale; obbligo che, nel caso delle persone giuridiche, si configura come un onere processuale. Allo stesso modo, al contrario di quanto accade con le persone fisiche, le persone giuridiche possono essere giudicate in contumacia, dopo che è fallita la citazione a comparire in udienza, per difetto di conoscenza del domicilio.

XXIII.- Assenza volontaria e contumacia (2)

Nell'ipotetico caso in cui il legislatore avesse optato a favore della obbligatoria presenza della persona giuridica, tramite il suo rappresentante, per i casi di misure restrittive dei diritti fondamentali, come per esempio la detenzione del rappresentante difensivo dell'ente, sarebbe stato necessario determinare se l'intervento nell'atto processuale in questione fosse o meno necessario per il raggiungimento delle finalità dell'atto stesso, giacché, altrimenti, la restrizione dei diritti sarebbe risultata sproporzionata e non necessaria.

L'opzione scelta dal legislatore è stata consentire il giudizio anche in assenza delle persone giuridiche, a condizione che sussistano i seguenti requisiti: valida citazione, presenza dell'avvocato e del procuratore dell'ente nel giudizio orale, e sospensione del processo allorché sussista una causa legittima per la mancata comparsa del rappresentante specificamente designato. Se tali requisiti non sono soddisfatti, la lesione del diritto di difesa è sanzionata attraverso gli adeguati strumenti di impugnazione, segnatamente il ricorso in annullamento.

Il problema del regime di contumacia previsto per le persone giuridiche riguarda le ipotesi in cui non è noto il domicilio sociale, e pertanto difetta una citazione effettiva. In questo senso, la descritta disciplina presenta aspetti di incostituzionalità, giacché consente di giudicare la responsabilità penale della persona giuridica senza garanzia che essa sia a conoscenza dell'esistenza di un processo nei suoi confronti, e pertanto in tal caso le possibilità per l'ente contumace di attaccare la sentenza definitiva di condanna saranno particolarmente estese.

XXIV.- Il patteggiamento

Il patteggiamento, in quanto atto personalissimo, deve essere prestato, nel caso delle persone giuridiche, da un rappresentante specificamente designato, ossia che abbia un potere speciale a tal fine, considerata l'importanza dei diritti ai quali si rinuncia tramite questo istituto, segnatamente il diritto di utilizzare i mezzi di prova rilevanti per la propria difesa.

Come espressione dell'intento del legislatore di incentivare i patteggiamenti delle persone giuridiche, quale strumento per evitare la celebrazione del dibattimento, tanto per le peculiari difficoltà che comporta per gli organi dello Stato, come per la pubblicità negativa che può derivarne per l'ente, la LECrim, in deroga alla regola generale che esige la partecipazione di tutti gli accusati, prevede che la persona giuridica possa patteggiare indipendentemente da ciò che decideranno i restanti co-accusati. Tale autonomia nella prestazione del consenso al patteggiamento presenta una conseguenza particolarmente rilevante, ossia la possibilità che esistano contraddizioni tra la sentenza pronunciata nel patteggiamento e quella emessa all'esito del dibattimento. In questi casi, non potendosi tollerare che gli stessi fatti possano esistere e non esistere per gli organi dello Stato, occorrerà avvalersi del processo di revisione per risolvere le contraddizioni eventualmente occorse.

D'altra parte, se si intende incrementare il numero dei patteggiamenti, *de lege ferenda* dovranno essere contemplati, sul modello della legislazione italiana, determinate possibilità di sostituire e sospendere le pene nei confronti degli enti che decidano di conformarsi alla pena richiesta dell'accusa, rinunciando a esercitare la propria difesa nella discussione orale delle prove. Da queste possibilità di sospensione e sostituzione delle pene dovranno comunque escludersi le sanzioni permanenti, come la proibizione di realizzare le attività nelle quali fu commesso il reato o lo scioglimento della società, che trovano applicazione nei casi più gravi.

XXV.- La prova

Per determinare l'oggetto della prova nel processo occorre analizzare il sistema di responsabilità penale previsto per le persone giuridiche, il quale contempla due modelli di imputazione a seconda che l'autore del delitto sia un soggetto dotato di facoltà di rappresentanza, decisione, organizzazione o controllo all'interno dell'ente o, al contrario, si tratti di un soggetto subalterno.

Nel primo caso, quando il reato è commesso da un soggetto apicale, ossia appartenente al vertice della gerarchia dell'impresa, l'accusa deve provare che questi ha agito in nome per conto dell'ente e a suo beneficio, diretto o indiretto.

Nel secondo caso, quando chi commette il reato è un subalterno, oltre agli elementi costitutivi della responsabilità penale appena riferiti, l'accusa deve provare che è stato possibile commettere il reato in conseguenza di un inadempimento grave dei doveri di supervisione, vigilanza e controllo dei superiori sull'attività dei subordinati.

Le circostanze che escludono la responsabilità penale delle persone giuridiche parimenti dipendono dal gruppo a cui appartiene il presunto autore del delitto, nel senso che gli elementi che l'ente deve dimostrare per andare esente da responsabilità quando il delitto è attribuibile a un soggetto apicale sono distinti da quelli che deve dimostrare per andare

esente da responsabilità per i reati commessi dai subalterni. Se il reato è commesso da questi ultimi, è sufficiente per l'ente dimostrare che esisteva, nel momento in cui veniva posta in essere la condotta illecita, un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire reati di quella natura; mentre invece se il reato è commesso dagli apicali, è necessario dimostrare che essi hanno eluso fraudolentemente il modello di prevenzione e controllo, che la vigilanza sul funzionamento del modello stesso era stata attribuita ad un organo specifico titolare una certa autonomia rispetto all'amministrazione dell'ente, e che tale organo aveva svolto diligentemente le proprie funzioni di supervisione e controllo.

XXVI.- I modelli di conformità normativa

I modelli di organizzazione e gestione volti alla prevenzione dei reati, meglio conosciuti come modelli di conformità normativa, rappresentano un elemento fondamentale affinché l'ente possa andare esente da responsabilità per i reati commessi dei suoi membri. Questi modelli, rappresentati da misure di vigilanza e controllo volte a minimizzare il rischio di commissione di reati, quando risultano efficaci e in vigore, ossia effettivamente implementati nell'organizzazione, servono per evidenziare che l'ente ha agito in maniera diligente nel controllo dei rischi criminali relativi alla sua attività e che, pertanto, non deve rispondere penalmente per i reati commessi nel suo seno.

La prova relativa alla esistenza, vigenza e efficacia preventiva dei modelli di conformità normativa, che può costituire una circostanza esimente la responsabilità dell'ente, spetta alla difesa, che dovrà introdurla nel dibattimento e sostenerla attraverso le prove utili e pertinenti a tal fine. Quanto ai mezzi di prova idonei a tal fine, è necessario integrare la produzione documentale relativa al modello attraverso testimonianze, consulenze e perizie, che dimostrino la reale ed efficace implementazione dei protocolli del modello a livello strategico, operativo e decisionale, nei distinti comparti e sezioni dell'ente, così come la sua diffusione tra i lavoratori.

XXVII.- Il giudizio sulla responsabilità penale della persona giuridica

Per pronunciare una sentenza di condanna nei confronti della persona giuridica, il giudice dovrà ritenere dimostrati, sulla base di prove efficienti a rovesciare la presunzione di innocenza, tutti gli elementi costitutivi della responsabilità penale, ossia la realizzazione di un fatto tipico e antigiuridico da parte di uno dei suoi membri, in nome e a vantaggio della persona giuridica e reso possibile da un inadempimento grave dei doveri di controllo che gravano sull'ente. Al fine di realizzare tale giudizio, il giudice, in applicazione del principio di libera valutazione delle prove, prenderà in considerazione, in maniera globale, tutte le circostanze relative alla commissione del reato in seno all'ente, che siano state dimostrate attraverso l'assunzione delle prove, essendo i modelli di organizzazione e gestione soltanto un elemento in più di prova,

senza che la loro esistenza o inefficacia predetermini l'esito del giudizio in un senso o nell'altro. In definitiva, il giudice deve realizzare un giudizio di imputazione nel quale si valuti se, del reato commesso dai membri dell'ente, deve rispondere l'ente stesso per non aver dimostrato la diligenza dovuta nell'adempimento dei suoi doveri di controllo dei rischi e di rispetto della legalità penale.

Benché l'onere di dimostrare gli elementi integranti le circostanze esimenti gravi sulla difesa, la quale deve introdurla nel dibattito e portare prove a loro sostegno, nel caso di ragionevole dubbio sull'esistenza e/o sull'efficacia del modello di organizzazione e gestione, in virtù del principio *in dubio pro reo*, il giudice dovrà ritenere dimostrati tali elementi, quantificando il loro effetto attenuante sulla commisurazione della pena o giudicando l'ente esente da responsabilità se ritiene che lo stesso abbia impiegato tutta la diligenza esigibile al fine di evitare la commissione del reato.

XXVIII.- Il trasferimento della responsabilità penale in occasione delle vicende successive riguardanti l'ente

La trasformazione, la fusione, l'assorbimento o la scissione di una persona giuridica, o ancora il suo scioglimento dissimulato o meramente apparente, non estinguono la sua responsabilità penale, giacché essa si trasla, per disposizione di legge, all'ente risultante dalla trasformazione o scissione, o alla società nella quale è stata fusa o assorbito l'ente condannato, o infine alla società che fraudolentemente succede alla società apparentemente sciolta.

Nei casi di scioglimento dissimulato, malgrado la norma penale non lo esiga, sarà necessario, oltre che accertare l'effettiva successione tra gli enti, anche dimostrare il dolo di frode, costituendo la continuità dell'attività e l'identità di clienti, fornitori e dipendenti meri indizi per valutare l'esistenza della frode.

Inoltre, il trasferimento della responsabilità da un ente all'altro, anche quando avviene nella fase dell'esecuzione, non potrà avvenire che all'esito di un'udienza con la nuova società responsabile, nella quale vengano valutate nel contraddittorio delle parti le prove che dimostrano l'effettivo fenomeno successorio. Il punto è che l'ente che non è stato indagato, imputato e processato, non può essere automaticamente condannato. Altrimenti opinando, si realizzerebbe un illegittimo trasferimento della condanna da un ente all'altro, con palese violazione del diritto di essere giudicati nel quadro di un giusto processo, con pregiudizio per il diritto fondamentale di difesa (art. 24.2 CE).

È opportuno proporre, *de lege ferenda*, come modalità alternativa volta ad impedire che l'ente eluda la propria responsabilità penale sfruttando le citate operazioni societarie, che vengano vietate, nella fase di esecuzione della pena, le operazioni di fusione, assorbimento o scissione agli enti condannati, così come la loro trasformazione o il loro scioglimento, quanto meno nella misura in cui non sia assicurata l'esecuzione delle pene imposte, e le menzionate operazioni non siano autorizzate dal giudice dell'esecuzione.

L'ideale sarebbe che tale divieto venisse collocato in una precedente fase processuale, come quella della dichiarazione di apertura del dibattimento. A tal fine, tale divieto dovrebbe essere previsto come misura cautelare.

XXIX.- L'esecuzione di pene restrittive di diritti

Nel sistema sanzionatorio previsto per le persone giuridiche, è interessante il fatto che, ad eccezione della multa, le restanti pene interdittive o restrittive di diritti abbiano carattere facoltativo e presentino una marcata finalità special-preventiva. Rispetto a quest'ultima caratteristica, si propone *de lege ferenda* la flessibilizzazione dell'esecuzione delle pene interdittive, nel senso di assoggettarle, quanto meno quelle di lunga durata, ad una sorta di controllo periodico relativo alla necessità della loro permanenza, prevedendosi meccanismi che consentano di adattare la condanna ai cambiamenti osservati nel giudizio di prognosi sulla pericolosità dell'ente, vuoi attraverso la sostituzione o la sospensione delle pene, vuoi attraverso meccanismi analoghi che consentano di valorizzare gli sforzi dell'ente per conformare la propria attività alla legge vigente.

Il tema dell'esecuzione delle pene restrittive di diritti imposte alle persone giuridiche non ha ricevuto alcuna attenzione da parte del legislatore. Ai fini della loro effettiva esecuzione, la pubblicità sui registri risulta fondamentale, specialmente rispetto alle pene che inabilitano ad ottenere certe sovvenzioni o aiuti pubblici, ragione per cui risulta ineludibile l'adattamento a questi nuovi soggetti dei registri pubblici che supportano l'attività di amministrazione della giustizia.

D'altra parte, l'esecuzione delle misure restrittive dei diritti richiede una supervisione continua, nonché la previsione di meccanismi per contrastare eventuali violazioni di quanto disposto dalla sentenza. Sul punto, risulta applicabile il regolamento addizionale contenuto nella LECiv (acronimo di "*Ley de Enjuiciamiento Civil*", *ndt*) relativa alle condanne di *non facere*, in quanto alcune delle pene applicabili alle persone giuridiche consistono, per l'appunto, nel divieto di compiere determinate attività, come per esempio nel caso della sospensione dell'attività dell'impresa. Tale legislazione prevede, da un lato, la possibilità di imporre multe al condannato per costringerlo al rispetto della sentenza, e, dall'altro lato, la possibilità di prospettare, in chiave deterrente, l'applicazione del reato di disobbedienza. Tuttavia, l'effetto deterrente è rivolto soltanto alle persone fisiche, dato che il reato di disobbedienza non è applicabile alle persone giuridiche. Sarebbe allora necessario attribuire ad una specifica persona fisica l'incarico di adempiere agli obblighi imposti alla persona giuridica, consistenti nell'osservare il contenuto della sentenza, prospettando a tale persona designata la possibilità di incorrere in responsabilità penale qualora violi o favorisca la violazione della sentenza da parte dell'ente.

XXX.- L'esecuzione extraterritoriale delle pene

Quanto all'esecuzione extraterritoriale delle pene inflitte alle persone giuridiche, occorre segnalare che, per quanto riguarda le confische e le pene pecuniarie, nell'ambito dell'UE esistono strumenti di mutuo riconoscimento che rendono possibile detta esecuzione transnazionale, anche quando nello Stato dell'esecuzione non risulti prevista la responsabilità penale delle persone giuridiche, o non sia prevista in relazione a quel reato per il quale è stata condannata.

Tuttavia, quando si tratta di eseguire sanzioni restrittive di diritti, ossia le cosiddette pene interdittive, il panorama si complica, in quanto non esistono strumenti normativi, né a livello comunitario né a livello internazionale, che ne consentano l'esecuzione al di fuori del territorio nazionale, così determinandosi una limitazione della loro applicabilità e ponendosi in discussione l'obbligo comunitario di prevedere, per le persone giuridiche e per determinati reati, pene effettive, proporzionate e dissuasive.

Una politica criminale efficace in questo ambito richiede strumenti agili di mutuo riconoscimento delle pronunce penali tra gli Stati Membri, in considerazione della facilità con la quale le persone giuridiche possono trasferire i propri capitali e delocalizzare le proprie attività, oltretutto in un contesto di libera circolazione di beni, servizi e capitali nell'UE, come conseguenza del processo di integrazione economica che è culminato nella creazione di un mercato unico. In questo senso, il carattere transnazionale e globale che caratterizza l'attività di molti enti potenzialmente autori di reato richiede un approfondimento dei meccanismi di assistenza e cooperazione giudiziaria internazionale, così come una certa armonizzazione dei diversi regimi di responsabilità penale delle persone giuridiche, quanto meno nell'UE, onde evitare che il principio della doppia incriminazione costituisca un ostacolo all'esecuzione extraterritoriale delle pene.

Bibliografía

1. AGUILERA DE PAZ, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. IV, Madrid, 1913.
2. AA.VV., *El sistema de medidas cautelares. IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal*, Eunsa, Pamplona, 1974.
3. AA.VV., *La reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989.
4. AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIX, CGPJ, Madrid, 1993.
5. AA.VV., S. Mir Puig; D. M., Luzón Peña (coords.) *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.
6. AA. VV., G. Quintero Olivares (dir.) J. M. Valle Muñiz (coord.) *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
7. AA.VV., E. Bacigalupo Zapater (dir.) *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
8. AA.VV., J. Bolás Alfonso (dir.) *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 24, CGPJ, Consejo General del Notariado, Madrid, 2000.
9. AA.VV., A. M^a. Lorca Navarrete (dir.) V. Guilarte Gutiérrez (coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. Lex Nova, Valladolid, 2000.
10. AA.VV., C. Granados Pérez, (dir.) “La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos procesales y orgánicos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 2, Escuela Judicial, CGPJ, Madrid, 2001.
11. AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milán, 2002.
12. AA. VV., G. Garuti (dir.) *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002.
13. AA.VV., J. L. Collantes González (coord.) *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Normas Legales, Trujillo, Perú, 2004.
14. AA.VV. G. De Franceso (ed.) *La responsabilità degli enti: un nuovo modello de giustizia “punitiva”*, Torino, 2004.
15. AA.VV., F. Gutiérrez-Alviz Conradi; E., López López (coords.) *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2005.

- 16.AA.VV., A.-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), *Estudios de Derecho Concursal*, Tórculo, Santiago de Compostela, 2005.
- 17.AA.VV., L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (coords.) *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006.
- 18.AA. VV., J. L. Meilán Gil (dir.) J.J Pernas García; R. García Pérez (coords.) *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Aranzadi, Navarra, 2006.
- 19.AA. VV., L. A., Soler Pascual (dir.) *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 91, CGPJ, Madrid, 2006.
- 20.AA.VV., M. A. Gimeno Jubero (dir.) *Derecho penal económico*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 72, CGPJ, Madrid, 2006.
- 21.AA.VV., F. Bernasconi (dir.) *Il processo penale de societate*, Giuffrè, Milán, 2006.
- 22.AA.VV., X. Abel Lluch; J. Picó i Junoy (dirs.) Y. Río López (coord.) *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2006.
- 23.AA.VV., M^a. A. García García (dir.) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 115, CGPJ, Madrid, 2007.
- 24.AA.VV., J. M^a. Asencio Mellado; O. Fuentes Soriano (dirs. y coords.) *Nuevos retos de la justicia penal*, La Ley, Madrid, 2008.
- 25.AA.VV., C. Arangüena Fanego; A. J., Sanz Morán, (coords.) *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008.
- 26.AA.VV., A. P., Abarca Junco (dir.) *Derecho internacional privado*, Universidad Nacional Española a Distancia, 6^o ed., Madrid, 2008.
27. AA.VV., R. Vogler; B. Huber (eds.) *Criminal Procedure in Europe*, Max-Plant-Institut; Dunkler & Humblot, Berlín, 2008.
- 28.AA.VV., M^a. E., Casas Bahamonde; M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.) M. Pérez Manzano; I. Borrajo Iniesta (coords.) *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008.
- 29.AA.VV., A. Di Amato (dir.) A. D'Arrivo; A. Di Amato (coords.) *Trattato di diritto penale dell'impresa. La responsabilità da reato degli enti*, Vol. 10^o, Cedam, Verona, 2009.
- 30.AA. VV., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009.
- 31.AA.VV., A. Juanes Peces (dir.) M. C. Alba Figuera (coord.) *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*, El Derecho, Madrid, 2010.

32. AA. VV., A. Melón Muñoz (dir.) *Memento Práctico. Procesal, 2011*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
33. AA.VV., F. J. Álvarez García; J. L. González Cussac (dirs.) A. Manjón-Cabeza Olmeda; A. Ventura Püschel (coords.) *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del código penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
34. AA. VV., F. J. Álvarez García; J. L. González Cussac (dirs.) *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
35. AA.VV., G. Lattanzi (dir.) *Reati e responsabilità degli enti: guida al d.lgs. 8 giugno 2001*, n. 231, 2º ed., Giuffrè, Milán, 2010.
36. AA. VV., I. Ortiz de Urbina Gimeno (coord.) *Memento Experto. Reforma penal. Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010.
37. AA. VV., J. A. Lascurain Sánchez y J. Dopico Gómez-Aller (dirs.) M. Martín Lorenzo (coord.) Ponencias del Seminario “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009”, celebrado en la Sala de Juntas de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, 9 de febrero de 2010, disponible en <http://www.trust-cm.net/uploads/docs/sessions/d8a580379f0118a2dcffcf21af48e152fcc52b62.pdf>
38. AA.VV., I. Serrano Butragueño; A. Del Moral García (coords.), *El juicio oral en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Comares, 2º ed., Granada, 2010.
39. AA.VV., J. M^a. Asencio Mellado; O. Fuentes Soriano (dirs.) C. Cuadrado Salinas (coord.) *La reforma del proceso penal*, La ley, Madrid, 2011.
40. AA.VV., J. Pérez Gil; R. de Román Pérez, (coords.), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Universidad de Burgos, Burgos, 2011.
41. AA. VV., *Memento Experto. Reforma procesal*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011.
42. AA. VV., *Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa*, Cuadernos penales de José María Lidón, núm. 8, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2011.
43. AA. VV., “Abstracts/CV de la Jornada de Derecho Penal: Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal”, Madrid, 1 de junio de 2011, Fundación Ramón Areces, disponible en http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/2011/Ponencias/1674156562_79201112405.pdf
44. AA. VV., G. Spangher (dir.), *Trattato di procedura penale. Vol. VII. Modelli differenziati di accertamento*, Tomo I, Utet, Torino, 2011.
45. AA.VV., F. Muñoz Conde; J. M. Lorenzo Salgado; J. C. Ferré Olivé; E. Cortés Bechiarelli; M. A. Núñez Paz, Miguel Ángel (dirs.) M. A. Núñez Paz (ed. y coord.) *Un Derecho Penal comprometido. Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

- 46.AA.VV. “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Observatorio de Derecho Penal 2011 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense URJC-KPMG., *Diario La Ley*, núm. 7752, 12 de diciembre de 2011.
- 47.AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- 48.AA.VV., J. L., Gómez Colomer; S. Barona Vilar; P. Calderón Cuadrado (coords.) *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- 49.AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.) M^a. J., Sande Mayo (coord.) *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012.
- 50.AA.VV., “El delito de estafa respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Observatorio de Derecho Penal Económico 2012 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, *Diario La Ley*, núm. 7890, 28 de junio de 2012.
- 51.AA.VV., “Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de las comunicaciones entre abogado y cliente”, Observatorio de Derecho Penal Económico 2012 de la Cátedra de Investigación Financiera y Forense Universidad Rey Juan Carlos-KPMG, *Diario La Ley*, núm. 7834, 10 de abril de 2012.
- 52.AA.VV. P. Faraldo Cabana; L. M^a. Puente Aba (coords.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- 53.AA.VV., J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.) Norberto J. de la Mata Barranco (coord.) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2013.
- 54.AA.VV., J-M, Silva Sánchez (dir.) R. Montaner Fernández (coord.) *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013.
- 55.AA.VV., L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (dirs.) *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- 56.AA.VV., N. González-Cuéllar Serrano (dir.), A. M., Sanz Hermida; J. C. Ortiz Pradillo (coords.) *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2013.
- 57.AA.VV., C. Torrado Tarrío; R. Castillejo Manzanares (dirs.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Madrid, 2013.
- 58.AA.VV., G. Priori Posada (coord.) *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso*, Lima, 2013.
- 59.AA.VV., L. F., Reglero Campos; J. M., Busto Lago (coords.) *Tratado de responsabilidad civil*, 5^a ed., Aranzadi, Navarra, 2014.

60. AA.VV. J. M., Zugaldía Espinar; E. B. Marín de Espinosa Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2014.
61. AA.VV., S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo; V. Gómez Martín (dirs.) J. C. Hortal Ibarra; V. Valiente Ibáñez (coords.) *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Montevideo/Buenos Aires, 2014.
62. AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
63. AA. VV., C. A. Sáiz Peña (coord.) *Compliance: cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Aranzadi, Navarra, 2015.
64. AA.VV., V. Moreno Catena (dir.) C. Ruiz López; R. López Jiménez (coords.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
65. AA.VV., *Memento Experto Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
66. AA.VV., V. Gimeno Sendra; M.T. Regueiro García (dirs.) *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*, Universitas, Madrid, 2015.
67. AA.VV., G. Priori Posada (coord.) *Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del Quinto Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, Palestra, Lima, 2015.
68. ABASCAL JUNQUERA, A., “Problemas y soluciones a la imputación de las personas jurídicas en el proceso penal. Perspectiva legal y constitucional”, *Revista jurídica de Asturias*, núm. 36, 2013, pp. 115-134.
69. ABEL LLUNCH, X., PICÓ Y JUNOI, J., (Dirs.), *El interrogatorio de partes*, Serie de Estudios prácticos sobre los medios de prueba, Bosch, Barcelona, 2007.
70. ABEL LLUNCH, X., PICÓ Y JUNOI, J., (Dirs.), *El interrogatorio de testigos*, Serie de Estudios prácticos sobre los medios de prueba, Bosch, Barcelona, 2008.
71. AGUILERA MORALES, M., *Proceso penal y causa general. La inquisitio generalis en el Derecho español*, Aranzadi, Navarra, 2008.
72. AINSLIE, E. K., “Indicting corporations revisited: lessons of the Arthur Andersen prosecution”, *American Criminal Law Review*, núm. 43, 2006, pp. 107-142.
73. ALCÁCER GUIRAO, R., “Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial”, *Diario La Ley*, núm. 8053, 2 de abril de 2013.
74. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *El allanamiento en el proceso penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962.
75. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
76. ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y Proceso*, Bosch, Barcelona, 1984.

77. ALMAGRO NOSETE, J.; TOMÉ PAULÉ, J., *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Civil*, 2º ed., Trivium, Madrid, 1994.
78. ALONSO GALLO, J., ponencia publicada en AA.VV. J., Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 35-45.
79. ALONSO PÉREZ, F., “El consentimiento del titular en la diligencia de entrada y registro”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 7, Diario 5602, de 2 de septiembre de 2002, pp. 1796-1802.
80. ÁLVAREZ RODRIGUEZ, J. R., RÍUS DIEGO, F. J., *La entrada y registro en lugar cerrado. Consideraciones procesales, jurisprudenciales y policiales*, Tecnos, Madrid, 2009.
81. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “La función de las garantías en la actividad probatoria”, *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIX, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 215-242.
82. APARICIO DÍAZ, L., “Aproximación a las modificaciones previstas por el Proyecto de Ley de Medidas de Agilización Procesal: el tratamiento procesal-penal de la persona jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7657, 22 de junio de 2011.
83. ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; CUBILLO LÓPEZ, I., *La competencia de los tribunales en el ámbito penal*, Aranzadi, Navarra, 2004.
84. ARANGÜENA FANEGO, C., "Reforma penal de 2010 y medidas cautelares personales privativas de libertad" en AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.) M^a. J., Sande Mayo (coord.) *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 53-104.
85. ARANGÜENA FANEGO, C., “Responsabilidad penal de la persona jurídica y medidas cautelares personales”, *REDEM – Revista de Derecho Empresarial*, San José, Costa Rica, núm. 2, octubre 2014, pp. 83-115.
86. ARMENTA DEU, T., *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994.
87. ARMENTA DEU, T., *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y en América. ¿Un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Madrid, 2012.
88. ARNAIZ SERRANO, A., *Las partes civiles en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
89. ARRIBAS LÓPEZ, E., “Un abogado, ¿lo es siempre a efectos penales?: a propósito de la STS de 17 de septiembre de 2012 (RJ 2012, 9069)”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 861, 2013, p. 6.
90. ASECIO MELLADO, J. M^a., “El imputado en el proceso penal español” en AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIX, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 59-78.
91. ASECIO MELLADO, J. M^a., “La exclusión de la prueba ilícita en la fase de instrucción como expresión de garantía de los derechos fundamentales”, *Diario La Ley*, núm. 8009, 25 de enero de 2013.

92. ASECIO MELLADO, J. M^o., *Derecho Procesal penal*, Tirant lo Blanch, 5^o ed., Valencia, 2010.
93. ASECIO MELLADO, J. M^o., *Derecho Procesal penal*, Tirant lo Blanch, 7^o ed., Valencia, 2015.
94. ASECIO MELLADO; J. M^a., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Trivium, D.L., Madrid, 1989.
95. ASENJO PINILLA, J. L.; EGÜARAS MENDIRI, F., “La prueba de confesión de las personas jurídicas privadas en el proceso laboral”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1, 2000, pp. 1473-1488.
96. AZAUTRE RUIZ, P., “Marco procesal del secreto profesional en la entrada y registro de despachos de abogados”, *Revista Aranzadi de Derecho y proceso penal*, núm. 27, enero-abril 2012, pp. 15-33.
97. BACIGALUO SAGGESE, S.; SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa. Perspectivas de la dimensión jurisprudencial*, Ediciones experiencia, Barcelona, 2005.
98. BACIGALUPO SAGGESE, S., “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal de 1995” en AA.VV., E. Bacigalupo Zapater (dir.) *Curso de Derecho Penal Económico*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 65-86.
99. BACIGALUPO SAGGESE, S., “Los derechos fundamentales de las personas jurídicas”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 53, Primer Trimestre, 1999, pp. 49-106.
100. BACIGALUPO SAGGESE, S., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 1998.
101. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Estudio preliminar. La teoría jurídica del delito de Jiménez de Asúa (o el nacimiento de la dogmática penal de habla castellana)” en AA.VV., M. Jaén Villejo; E. Moreno y Bravo; M^a L., Silva Castaño (dirs.), E. Moreno y Bravo (coord.), *La teoría jurídica del delito*, Cuadernos Luis Jiménez de Asúa, Dykinson, 2005, pp. VII-XXXVII.
102. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Problemas penales del control de ordenadores del personal de una empresa”, *Diario La Ley*, núm. 8031, 26 de febrero de 2013.
103. BACIGALUPO ZAPATER, E., “Responsabilidad penal y administrativa en las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)”, *Diario La Ley*, núm. 7742, 9 de julio de 2010.
104. BAIGÚN, D., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas ensayo de un nuevo modelo teórico*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
105. BAJO FERNÁNDEZ, M.; FEJOO SÁNCHEZ, B. J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012.
106. BAJO FERNÁNDEZ, M., “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español” en M. Bajo Fernández; B. J., Feijoo Sánchez; C., Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 19-47.

107. BAJO FERNÁNDEZ, M.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Derechos procesales fundamentales de la persona jurídica” en M. Bajo Fernández; B. J., Feijoo Sánchez; C., Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 277-305.
108. BANACLOCHE PALAO, J.; ZARZALEJOS NIETO, J.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011.
109. BANACLOCHE PALAO, J., “La imputación de la persona jurídica en la fase de instrucción” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 153-193.
110. BANACLOCHE PALAO, J. “Las diligencias de investigación relativas a la persona jurídica imputada” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 195-223.
111. BANALOCHE PALAO, J., “Las medidas cautelares aplicables a la persona jurídica imputada” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 225-236.
112. BARBERO BAJO, J., “Acusación y defensa de las personas jurídicas tras la reforma penal”, *Lex Nova: La revista*, núm. 63, 2011, pp. 28-31.
113. BARKOW, A. S; CIPOLLA, M. D., “Increased judicial scrutiny on deferred prosecution agreements”, *New York Law Journal*, martes 20 de agosto de 2013, pp. 1-3
114. BARNETT, E. T.; HEATHER, C., “*Too big to fail*”: or systemically important financial institutions, Nova Science Publishers, Nueva York, 2012.
115. BARON THURLOW, E., *John Poynder Literary Extracts*, Londres, 1844, vol. 1, disponible en <http://ia700408.us.archive.org/16/items/literaryextracts01poynuoft/literaryextracts01poynuoft.pdf>
116. BARONA VILAR, S., “¿Una nueva concepción expansiva de las medidas cautelares personales en el proceso penal?”, *Revista Poder Judicial*, núm. XIX. Especial dedicado a Propuestas para una Ley de enjuiciamiento criminal, 2006, pp. 237-265.
117. BARONA VILAR, S., “Delimitación objetiva de la mediación penal. Supuesto especial con personas jurídicas” en AA.VV. C. Torrado Tarrío; R. Castillejo Manzanares (dirs.) *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos: análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 289-354.
118. BARONA VILAR, S., “La persona jurídica como responsable penal, parte pasiva en el proceso penal y parte en la mediación penal en España”, en AA. VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 53-110.

119. BASSI, A., "Il rappresentante legale nel processo a carico dell'ente: una figura problematica", *Rivista 231: La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, núm. 3, 2006, pp. 43 y ss.
120. BASSI, A.; EPIDENDIO, T. E., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Giuffrè, Milán, 2006.
121. BASTIDA FREIJEDO, F. J.; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.; REQUEJO RODRÍGUEZ, P., et al., *Teoría General de los Derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, 2004.
122. BEALE, S. S., "A response to the critics of corporate criminal liability", *American Criminal Law Review*, núm. 46, 2009, pp. 1481-1506.
123. BEALE, S. S., "Is corporate criminal liability unique?" *American Criminal Law Review*, núm. 44, 2007, pp. 15003-1535.
124. BECCARIA, C., *Tratado de los delitos y de las penas*, capítulo XX, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2015.
125. BELING, E., *Derecho Procesal Penal*, M. Fenech Navarro (trad.) Labor, Barcelona, 1943.
126. BERNAL VALLS, J., "Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal: sumarias consideraciones sobre su problemática actual" en *Estudios de Derecho Procesal en Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa, PJ*, 1987, núm. 5, pp. 9-30.
127. BHARARA, P., "Corporations cry uncle and their employees cry foul: rethinking prosecutorial pressure on corporate defendants", *American Criminal Law Review*, núm. 44, 1 de enero de 2007, pp. 53-114.
128. BIDART CAMPOS, G. J., *Teoría general de los derechos humanos*, Astera, Buenos Aires, 1991.
129. BLANCO LOZANO, C., "Principios espaciales y personales de aplicación del derecho penal español", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 73, enero 2001, pp. 35-80.
130. BOHRER, B. A; TRENCHER, B. L., "Prosecution deferred: exploring the unintended consequences and future of corporate cooperation" *44 Am. Crim. L. Rev.*, 2007, pp. 1481-1502.
131. BOLDÓA RODA, C., *Levantamiento del velo y persona jurídica en el Derecho Privado Español*, 4º ed., Aranzadi, Navarra, 2006.
132. BRICKEY, K. F., "Andersen's fall from grace", *Washington University Law Quarterly*, vol. 81, núm. 4, 2003, pp. 917-959.
133. BRICKEY, K. F., *Environmental crime. Law, policy, prosecution*, Wolters Kluwer, Nueva York, 2008.
134. BUELL, S. W., "Criminal Procedure within the Firm", *Stanford Law Review*, vol. 59, núm. 6, 2007, pp. 1613-1670.

135. BUJOSA VADELL, L. M., *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*, Atelier, Barcelona, 2008.
136. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7625, 9 de mayo de 2011.
137. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales” en AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.) M^a. J., Sande Mayo (coord.) *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 349-372.
138. BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., “La sucesión procesal”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2005, pp. 1336-1342.
139. BUTRÓN BALIÑA, P. M., *La conformidad del acusado en el proceso penal*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
140. CAAMAÑO ANIDO, M; *Proyecto docente y de investigación*, junio del año 2003, trabajo inédito.
141. CALAMANDREI, P., *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, M. Ayerra Merín (trad.) El Foro, Buenos Aires, 1996.
142. CALDERÓN CUADRADO, M^a. P., *El recurso de anulación penal*, Comares, Granada, 1995.
143. CALVO SÁNCHEZ, M^a del C., “Prólogo”, *Ley de Asistencia Jurídica Gratuita*, Madrid, 1996, pp. 13-16.
144. CALVO SÁNCHEZ, M^a del C., *Control de la imparcialidad del Tribunal Constitucional: (un estudio jurisprudencial)*, Atelier, Barcelona, 2009.
145. CANEVELLI, P., “L’ esecuzione delle sanzioni” en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D. lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 393-418.
146. CAPILLA RONCERO, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.
147. CARBONELL MATEU, J. C.; MORALES PRATS, F., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA. VV., F. J. Álvarez García; J. L. González Cussac (dirs.) *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 56-85.
148. CARNELUTTI, F., *Sistema de Derecho Procesal Civil. Composición del proceso*, N. Alcalá-Zamora y Castillo; S. Sentís Melendo (trads.), Uteha, Buenos Aires, vol. 2, 1944.
149. CARNELUTTI, F., *Principii del processo penale*, Morano, Nápoles, 1960.
150. CARNELUTTI, F., *Principios del proceso penal*, S. Sentís Melendo (trad.) Ediciones jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1971.

151. CARNELUTTI, F., *Cuestiones sobre el proceso penal*, S. Sentís Melendo (trad.) Librería El Foro, Buenos Aires, 1994.
152. CARNELUTTI, F., “Observaciones sobre la imputación”, en *Cuestiones sobre el proceso penal*, S. Sentís Melendo (trad.) El Foro, Buenos Aires, 1994, pp. 133-142.
153. CARNELUTTI, F., “Eficacia directa y refleja de la cosa juzgada penal” en *Cuestiones sobre el proceso penal*, S. Sentís Melendo (trad.) El Foro, Buenos Aires, 1994, pp. 253-270
154. CARO CORIA, D. C., “La responsabilidad de la propia persona jurídica en el derecho penal peruano e iberoamericano”, disponible en <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/L-h-Rivacoba-CCaro.pdf>
155. CARRETERO SÁNCHEZ, A., “Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7786, 30 de enero de 2012.
156. CASTILLEJO MANZANARES, R., “El nuevo tratamiento de las medidas cautelares en el proceso penal”, *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 26, 2011, pp. 13-24.
157. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., J. L., Gómez Colomer; S. Barona Vilar; P. Calderón Cuadrado (coords.), *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 951-974.
158. CASTILLEJO MANZANARES, R., “Últimas reformas procesales. El proceso por aceptación de decreto”, *Diario La Ley*, núm. 8544, 21 de mayo de 2015.
159. CERESA GASTALDO, M., “Processo penale e accertamento della responsabilità amministrativa degli enti: una innaturale ibridazione”, *Cassazione Penale*, vol. 49, núm. 5, 2009, pp. 2232-2240.
160. CHIAVARIO, M., “Riflessioni sul principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale” en *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, vol. IV, *Le garanzie giurisdizionali e non giurisdizionali del diritto obiettivo*, Giuffrè, Milán, 1977, pp. 91 y ss.
161. CHIMICHI, S., “Il processo penale a carico degli enti: il quantum della prova de la colpa di organizzazione”, *Diritto penale e processo*, vol. 5, 2004, pp. 617-621.
162. CHOCLÁN MONTALVO, J. A., *El patrimonio criminal comiso y la pérdida de la ganancia*, Dikynson, Madrid, 2001.
163. CHOCLÁN MONTALVO, J. A. “Criterios de atribución de responsabilidad en el seno de la persona jurídica en el artículo 31 bis del texto proyectado” en AA. VV. *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 291-302.
164. CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. Mº., “Representación y defensa de la persona jurídica imputada en el Proceso Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre 2011, pp. 171-188.

165. CHOZAS ALONSO, J. M., “Los presupuestos procesales en el proceso penal y su tratamiento procesal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 1, 1997, pp. 199-220.
166. CHOZAS ALONSO, J. M., *La prueba de interrogatorio de testigos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2001.
167. CHOZAS ALONSO, J. M., *El interrogatorio de testigos en los procesos civil y penal. Su práctica ante los tribunales*, La Ley, Madrid, 2010.
168. CIRO SANTORIELLO, “Le ipotesi di incompatibilità del giudice penale nel processo alle società”, *Rivista 231: La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, núm. 1, 2006, pp. 123-134.
169. CLIMENT DURÁN, C., “Sobre la presencia física del acusado en el juicio”, *Revista General de Derecho*, núm. 561, 1991, 4737-4746.
170. CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal*. Tomo I. 2º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
171. CLOUGH, J.; MULHERN, C., *The prosecution of corporations*, Oxford University Press, Australia, 2002.
172. COCA VILA, I., “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?” en AA.VV., J-M, Silva Sánchez (dir.) R. Montaner Fernández (coord.) *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 43-76.
173. COCA VILA, I., “La posición jurídica del abogado: entre la confidencialidad y los deberes positivos” en AA.VV., J. M., Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 287-318
174. COFFEE, J. C., ““No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”, *Michigan Law Review*, vol. 79, núm. 3, 1981, pp. 386-459.
175. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. 6 extra (Ejemplar dedicado a la Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas), 1989, pp. 17-56.
176. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “El principio de oportunidad reglada. Su posible incorporación al sistema del proceso penal español” en AA.VV., *La reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, pp. 287-308
177. CORDERO, F., *Procedura penale*, 6º ed., Milán, 2001.
178. CORDERO, F., *Procedura penale*, 9º ed., Giuffrè, Milán, 2012.
179. CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del proceso penal*, 2º ed., Aranzadi, Pamplona, 2002.

180. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975.
181. CORVI, P., “Attribuzioni del giudice penale in materia di responsabilità degli enti” en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 201-208.
182. COUTURE, E. J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3º ed., Depalma, Buenos Aires, 1997.
183. COVINGTON, J. P.; NEWKIRK, T. C.; TILLIPMAN, J., “The corporate counselor. FCPA enforcement in a Sarbanes Oxley world. What big teeth you have, Uncle Sam”, *Law Journal Newsletter*, vol. 20, núm. 3, 2005, disponible en http://jenner.com/system/assets/assets/2462/original/LJN_Corporate_Counselor_Augus2005.pdf?1319063342.
184. COYNE, J. F.; BARKER, C. F., “Employees’ rights and duties during an internal investigation” en B. D. Brian; B.F. McNeil (eds.), *Internal Corporate Investigations*, 2º ed., American Bar Association, Estados Unidos, 2003, pp. 169-200.
185. CUENCA MÁRQUEZ, J.; CABECERANS CABECERANS, J., “El Compliance Officer y los límites constitucionales de sus investigaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2015, pp. 65-73.
186. DALMASO, T., *Responsabilités pénales del Personnes Morales*, EFE, París, 1996.
187. DE ARANDA Y ANTÓN, G., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV. J., Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 47-54.
188. DE CASTRO Y BRAVO, F., *La persona jurídica*, 2º ed., Civitas, Madrid, 1984.
189. DE DIEGO DÍEZ, L. A., *La conformidad del acusado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
190. DE DIEGO DÍEZ, L. A., *El llamado recurso de anulación en el procedimiento abreviado. Anulación de sentencias condenatorias dictadas en ausencia del acusado*, 2º ed., Bosch, Barcelona, 2004.
191. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho Español” en AA.VV., J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.) Norberto J. de la Mata Barranco (coord.) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 49-102.
192. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “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 la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional)”, *Diario La Ley*, núm. 6888, 21 de febrero de 2008.
193. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., *Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal*, Lex Nova, Valladolid, 2004.

194. DE LA FUENTE HONRUBIA, F., “Las consecuencias accesorias como medidas cautelares en el proceso penal”, *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 13, 2005, pp. 30-42.
195. DE LA MATA BARRANCO, N. J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., A. Juanes Peces (dir.) M. C. Alba Figuro (coord.) *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*, El Derecho, Madrid, 2010, pp. 67-91.
196. DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción. Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil*, 2º ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
197. DE LA OLIVA SANTOS, A., *La conexión en el proceso penal*, Universidad de Navarra Pamplona, 1972.
198. DE LA OLIVA SANTOS, A., et al., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, 3ª ed., Madrid, 2004.
199. DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S; HINOJOSA SEGOVIA, R., et al. *Derecho procesal penal*, Ramon Areces, 8º ed., Madrid, 2007.
200. DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Confesiones. Declaraciones de imputados y acusados. Coimputados, testigos coimputados y testigos condenados*, Aranzadi, Navarra, 2012.
201. DE LA ROSA CORTINA, J. M., *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2015.
202. DE LUCAS MARTÍN, I., “Medidas necesarias para la reforma del proceso penal en el marco de la prueba. Métodos de investigación en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada. Especial referencia a las investigaciones telefónicas” en AA.VV., C. Arangüena Fanego; A. J., Sanz Morán, (coords.), *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 424-433.
203. DE MAGLIE, C., “Models of Corporate Criminal Liability in comparative law”, *Washington University Global Studies Law Review*, enero de 2005, vol. 4, núm. 3, Centennial Universal Congress of Lawyer Conference, Lawyers and Jurists in the 21st Century, pp. 546-566.
204. DE MARISCO, A., “La difesa sociale contro le nuove forme di delitto collettivo”, *Studi di diritto penale*, Nápoles, pp. 63 y ss.
205. DE SIMONE, G., “I profili sostanziali della responsabilità c.d. Amministrativa degli enti: la “parte generale” e la “parte speciale” del D. Lgs. 8 giugno 2001 N. 231” en AA. VV., G. Garuti (dir.) *Responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, pp. 57-125.
206. DE URBANO CASTRILLO, E., “Especialidades de las sentencias en los delitos económicos en AA.VV., V. Magro Servet (dir.) *Delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 93, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 58-115.

207. DE URBANO CASTRILLO, E., *El derecho al secreto de las comunicaciones*, La Ley, Madrid, 2011.
208. DEL MORAL GARCÍA, A., “Incidencia del nuevo Código Penal en la competencia objetiva”, en AA.VV. A. Martínez Arrieta (dir.) *Cuadernos de Derecho Judicial* (Ejemplar dedicado a Jurisdicción y competencia penal) CGPJ, Madrid, 1996, pp. 87-140.
209. DEL MORAL GARCÍA, A. “Peculiaridades del juicio oral con personas jurídicas acusadas” en AA.VV., I. Serrano Butragueño; A. Del Moral García (coords.), *El juicio oral en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Comares, 2º ed., Granada, 2010, pp. 721-762.
210. DEL MORAL GARCÍA, A., “El estatuto jurídico procesal” en AA. VV., “Abstracts/CV de la Jornada de Derecho Penal: Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal”, Madrid, 1 de junio de 2011, Fundación Ramón Areces, disponible en http://sgfm.elcorteingles.es/SGFM/FRA/recursos/doc/2011/Ponencias/1674156562_79201112405.pdf
211. DEL MORAL GARCÍA, A., *Aspectos sustantivos y procesales derivados de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ponencia presentada al Curso sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, organizado por el CGPJ y dirigido por Antonio Mateos Rodríguez Arias y José Manuel Sánchez Siscart, celebrado en Madrid los días 14 a 16 de septiembre de 2011, trabajo inédito
212. DEL MORAL GARCÍA, A., “Responsabilidad Penal de Personas Jurídicas: Incidencia Procesal”, 4 de noviembre de 2010, disponible en http://www.elderecho.com/administracion_de_justicia/Responsabilidad-Personas-Juridicas-Incidencia-Procesal_11_195430004.html
213. DEL MORAL GARCÍA, A.; SANTOS VIJANDE, J. Mª., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996.
214. DEL OLMO DEL OLMO, J. A., *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, Trivium, Madrid, 1999.
215. DI BITONTO, M. L., *Studi sui fondamenti della procedura penale d'impresa*, Scientifica, Nápoles, 2012.
216. DÍAZ PITA, Mº. P., *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
217. DÍAZ PITA, M. M., “El principio *societas delinquere non potest* y la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., J. L. Collantes González (coord.) *Temas actuales de Derecho Penal. Desafíos del Derecho Penal Contemporáneo*, Normas Legales, Trujillo, Perú, 2004, pp. 47-67.
218. DÍAZ PITA, Mº. P., *Conformidad, reconocimiento de hechos y pluralidad de imputados en el procedimiento abreviado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
219. DÍAZ PITA, Mº. P., “La persona jurídica como imputado en el proceso penal español”, *Revista de Derecho Procesal Penal*, La injerencia en los derechos fundamentales del imputado, vol. 2006-1, pp. 663-678.

220. DÍAZ PITA, M^o. P., “Perspectiva procesal del principio *societas delinquere non potest*” en AA.VV., F. Muñoz Conde (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y de la criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 1221-1238.
221. DÍAZ PITA, M. M., “Aspectos procesales de los artículos 31 y 129 del Código Penal ¿*Societas delinquere non potest*?”, *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, núm. 20, 2008-2, pp. 13-22.
222. DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal. Parte general en esquemas*, 3^a ed., Valencia, 2011.
223. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *El error sobre elementos normativos del tipo penal*, La Ley, Madrid, 2008.
224. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1979.
225. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil (vol. I): Introducción, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, 10^a ed., Tecnos, Madrid, 2001.
226. DISKANT, E. B., “Comparative corporate criminal liability: exploring the uniquely American Doctrine through comparative criminal procedure”, *The Yale Law Journal*, núm. 118, 2008, pp. 126-176.
227. DOLZ LAGO, M. J., “Sobre el estatuto penal de la persona jurídica como sujeto responsable: a propósito de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011”, *Diario La Ley*, núm. 7665, 4 de julio de 2011.
228. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Conclusiones del Seminario “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009”, Madrid, 10 de febrero de 2010, disponible en <http://www.trust-cm.net/uploads/docs/sessions/a2d0b48fe019c8965091cdd6ac2007a522782bb8.pdf>
229. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Comisión por omisión”, en AA.VV., *Memento práctico. Penal económico y de la empresa*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011-2012, pp. 51-69.
230. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “La estructura de imputación” en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 67-78.
231. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes de empresa”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 843, 24 de mayo de 2012, p. 6.
232. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos”, *Diario La Ley*, núm. 7796, 13 de febrero 2012.
233. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Responsabilidad de personas jurídicas”, *Memento Experto. Reforma Penal 2010. Ley Orgánica 5/2010*, Francis Lefebvre, Madrid, 2010, pp. 11-38.

234. DRESSLER, J.; MICHAELS, A. C., *Understanding Criminal Procedure, Vol. 2: Adjudication*, 4º ed., Lexis Nevis, 2006.
235. DUGGIN, S. H., "Internal Corporate Investigations: Legal Ethics, Professionalism and the Employee Interview", *Columbia Business Law Review*, núm. 2003, 2003, pp. 859-964.
236. ECHARRI CASI, F. J., "Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales", *Diario La Ley*, núm. 7632, 18 de mayo de 2011.
237. ECHARRI CASI, F. J., *Sanciones a personas jurídicas en el proceso penal: las consecuencias accesorias*, Aranzadi, Navarra, 2003.
238. ELIASON, R. D., "We need to indict them. Prosecution Agreements won't deter enough corporate crime", *Legal Times*, Vol. XXXI, núm. 38, 22 de septiembre de 2008, pp. 1-2.
239. ENCISO CALVO, A., "Acción y personalidad. Contribución al estudio de las excepciones dilatorias de los números 2 y 4 del artículo 533 de la ley de enjuiciamiento civil", *Revista de Derecho Privado*, abril de 1936, pp. 126-133.
240. ESCALADA LÓPEZ, M. L., *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.
241. ESCALER BASCOMPTE, R., *La administración judicial*, Atelier, Barcelona, 2004.
242. ESCRIVÁ RUBIO, M., "¿Cuánto de prueba testifical tiene la declaración de las personas jurídicas en los procesos civiles?", *Diario La Ley*, núm. 7864, 23 de mayo de 2012.
243. ESPINOZA GOYENA, J.C., "La persona jurídica, en el nuevo proceso penal", *El nuevo proceso penal*, estudios fundamentales, Palestra, Lima, junio 2005, pp. 1-26, disponible en <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/lapersonajur%C3%ADdicaenelnuevoprocesopenal.pdf>
244. ESTEBAN DE LA ROSA, F., "Competencia internacional de los tribunales españoles para conocer de los delitos cometidos por personas jurídicas" en AA.VV. J. M., Zugaldía Espinar; E. B. Marín de Espinosa Ceballos (coords.), *Aspectos prácticos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 377-402.
245. ESTIRADO DE CABO, C., "Cuestiones relevantes de derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en las fases de instrucción y de enjuiciamiento", en AA.VV., *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*", Estudios de Derecho Judicial, núm. 136, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 207-216.
246. FAIRÉN GUILLÉN, V., "El encausado en el proceso penal español: (el "Anteproyecto de Bases para el Código procesal penal" de 1967 y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, según la Ley de 8 de abril de 1967)", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1968, Fascículo 1, pp. 37-52.

247. FAIRÉN GUILLÉN, V., “La disponibilidad del derecho a la defensa en el sistema acusatorio español”, *Temas del ordenamiento procesal*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 1201-1246.
248. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Temas del ordenamiento procesal*, tomo I, Tecnos, D. L., Madrid, 1969.
249. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general del derecho procesal. Hacia una teoría y ley procesal generales*, Bosch, Barcelona, 1990.
250. FAIRÉN GUILLÉN, V., *Teoría general del Derecho Procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992.
251. FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
252. FARALDO CABANA, P., “¿Es la multa una pena apropiada para las personas jurídicas?”, en J. L. de la Cuesta Arzamendi; A. I., Pérez Machío (Dir.), *Armonización penal en Europa*, IVAP, San Sebastián, 2013, pp. 77-113.
253. FARALDO CABANA, P., “La obligatoria modulación de las multas penales impuestas a la persona jurídica y a la persona física”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 115, 2015, p. 2.
254. FARANDA, C., *La pars conditio nel processo penale*, Giuffrè, Milán, 1968.
255. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Sobre la "administrativización" del derecho penal en la "sociedad del riesgo". Un apunte sobre política criminal a principios del siglo XXI”, *Derecho Penal Contemporáneo: Revista Internacional*, núm. 19, 2007, pp. 101-152.
256. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal” en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 49-64.
257. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español” en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 65-90.
258. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Presupuestos para la conducta típica de la persona jurídica: los requisitos del art. 31 bis 1” en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 91-107.
259. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Las consecuencias jurídicas del delito” en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 235-259.
260. FENECH NAVARRO, M., *Derecho procesal penal*, 2ª ed., Labor, Barcelona, 1960.

261. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.; SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 7ª ed., Civitas, Navarra, 2013.
262. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “La reforma del Código Penal: la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., C. Arangüena Fanego; A. J., Sanz Morán, (Coords.), *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 23-50.
263. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “Algunas consideraciones críticas sobre el nuevo modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas introducido en la LO 5/2010”, *Revista de Derecho Penal*, núm. 31, septiembre de 2010, pp. 43-72.
264. FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español (una visión crítica)”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 25, septiembre de 2011, pp. 7-42.
265. FERNÁNDEZ-MARTOS, E., BERMÚDEZ CAÑETE, J., *Manual práctico sobre la capacidad y la representación de todas las personas jurídicas (con formularios y legislación autonómica)*, Dykinson, Madrid, 1993.
266. FERRAJOLI, L., *Derecho y razón (Teoría del garantismo penal)*, Trotta, Madrid, 1995.
267. FERRE MARTÍNEZ, C., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona, 2011.
268. FERREIRO BAAMONDE, X. X., “El imputado”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Coquimbo, Chile, núm. 7, 2000, pp. 169-196.
269. FERREIRO BAAMONDE, X., “A acusación popular: razóns en pro e en contra do seu mantemento”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. 315-336.
270. FERREIRO BAAMONDE, X. X., *La víctima en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 2005.
271. FERREIRO BAAMONDE, X. X., “La organización judicial de la seguridad marítima”, en AA. VV., J. L. Meilán Gil (dir.), J. J. Pernas García; R. García Pérez (coords.), *Estudios sobre el régimen jurídico de los vertidos de buques en el medio marino*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 619-642.
272. FERREIRO BAAMONDE, X. X., *El proceso de disolución de partidos políticos*, Iustel, Madrid, 2008.
273. FERREIRO BAAMONDE, X. X., “¿Hacia dónde camina la acción popular?”, *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 28, 2012, pp. 57-90.
274. FERREIRO BAAMONDE, X. X., “El ámbito de ejercicio de la acción popular en el Borrador de Código Procesal Penal de 2013” en AA.VV., V. Moreno Catena (dir.); C. Ruiz López; R. López Jiménez (coords.) *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 111-131.
275. FERRUA, P., “Il processo penale contra gli enti: incoerenze e anomalie nelle regole di accertamento” en AA.VV., G. Garuti (dir.) *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, pp. 223-242.

276. FERRUA, P., “Le anomalie del regime probatorio nel processo penale contro gli enti: onere della prova e incompatibilità a testimoniare”, *Giurisprudenza italiana*, núm. 7, 2009, (especial *La responsabilità degli enti da reato, otto anni dopo*), pp. 1845-1848.
277. FIDELBO, G., “Introduzione di un sistema di responsabilità penale (o amministrativa) delle persone giuridiche e ricadute sul piano processuale”, *Cassazione penale*, 1999, pp. 3283 y ss.
278. FIDELBO, G., “Le attribuzioni del giudice penale e la partecipazione dell’ente al processo”, en AA.VV., G. Lattanzi (dir.), *Reati e responsabilità degli enti: guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 2º ed.*, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 435-487.
279. FIRST, H., “Branch office of the prosecutor: the new role of the corporation in business crime prosecutions”, *North Caroline Law Review*, núm. 89, 2010, pp. 23-98.
280. FLORES PRADA, I., *El valor probatorio de las declaraciones de los coimputados*, Tecnos, Madrid, 1998.
281. FONTECILLA RIQUELME, R., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 2º ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1978.
282. FOSCHINI, G., *Diritto processuale penale. La connessione*, Giuffrè, Milán, 1952.
283. FOSCHINI, G., *L’imputato. Studi*, Giuffrè, Milán, 1956.
284. FREEMAN, R. E., *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984.
285. FRENCH, P. A., *Collective and corporate responsibility*, Columbia University Press Nueva York, 1984.
286. FUENTES SORIANO, O., *La investigación por el fiscal en el proceso penal abreviado y en los juicios rápidos. Perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
287. FUENTES SORIANO, O., “Sobre el fiscal instructor y la igualdad de las partes en el proceso” en AA.VV., J. M^º. Asencio Mellado; O. Fuentes Soriano (dirs.) C. Cuadrado Salinas (coord.) *La reforma del proceso penal*, La ley, Madrid, 2011, pp. 191-223.
288. GALLEGO SOLER, J-I., “Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales” en AA. VV., S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo; V. Gómez Martín (dirs.); J. C. Hortal Ibarra; V. Valiente Ibáñez (coords.) *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 195-229.
289. GALLUCCI, E., “L’esecuzione” en AA.VV., G. Lattanzi (dir.) *Reati e responsabilità degli enti: guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 2º ed.* Giuffrè, Milán, 2010, pp. 721-760

290. GALLUCCIO MEZIO, G., “I diritti fondamentali delle corporations nel processo penale statunitense: lo strano caso del privilege against self incrimination”, *Rivista di diritto processuale*, vol. 69, núms. 4-5, pp. 1126-1154.
291. GALGANO, F., *Diritto commerciale. Le società*, Zanichelli, Bologna, 2000-2001.
292. GARBERÍ LLOBREGAT, J., *La Ausencia del acusado en el proceso penal Especial referencia al proceso penal abreviado (L.O. 7-1988, de 28 de diciembre)*, Colex, Madrid, 1992.
293. GARBERÍ LLOBREGAT, J., “La AN y el enjuiciamiento de los delitos económicos” en L. Arroyo Zapatero; K. Tiedemann (eds.), *Estudios de Derecho Penal Económico*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 1994, pp. 209-214.
294. GARBERÍ LLOBREGAT, J., “Derecho penal de la empresa: delitos económicos + delitos societarios: aspectos procesales”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 345, 4 de junio de 1998, pp. 1-4.
295. GARBERÍ LLOBREGAT, J., “El derecho a la asistencia jurídica gratuita de las personas jurídicas (Sobre la Sentencia 117/1998, de 2 junio, del Tribunal Constitucional)”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 4, 1998, pp. 609-622.
296. GARCÍA AMADO, J. A.; ATIENZA RODRÍGUEZ, M., *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima, 2012
297. GARCÍA ARÁN, M., “Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el Código Penal y en el proyecto de reforma de 2007” en AA.VV., M^a. A. García García (dir.) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 115, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 235-279.
298. GARCÍA BERRO, F., “Derecho a no autoincriminarse de los contribuyentes y procedimiento sancionador separado: precisiones a la luz de la evolución jurisprudencial”, *Revista Quincena Fiscal*, núm.19, 2010, pp. 15-48.
299. GARCÍA CAVERO, P., *La persona jurídica en el derecho penal*, Grijley, Lima, 2008.
300. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de derecho administrativo*. (I), 16^o ed., Civitas, Navarra, 2013.
301. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; FERNÁNDEZ, T-R., *Curso de derecho administrativo*. (II), 13^o ed., Civitas, Navarra, 2013.
302. GARCÍA FIGUEROA, F., “ponencia publicada” en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 89-94.
303. GARCÍA NOVOA, C., “Una aproximación del Tribunal Constitucional al derecho a no autoinculparse ante la Inspección Tributaria en relación con los delitos contra la Hacienda Pública”, *Aranzadi Jurisprudencia tributaria*, núm. 3, 2005, pp. 9-17.

304. GARCÍA PÉREZ, J. J., “Cuestiones procesales en la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Cuadernos Digitales de Formación*, núm. 24, 2012, pp. 1-36.
305. GARCÍA SANMARTÍN, J., “Consideraciones en torno al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas”, *Diario La Ley*, núm. 8468, 28 de enero 2015.
306. GARCÍA-MERCADAL Y GARCÍA-LOYGORRI, F., “Penas, distinciones y recompensas: nuevas reflexiones en torno al derecho premial”, *Emblemata: Revista aragonesa de emblemática*, núm. 16, 2010, pp. 205-235.
307. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.; *Derecho internacional Privado*, 2ª ed., Civitas, Navarra, 2014.
308. GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002.
309. GARLAND, N. M., “The unavailability to corporations of the privilege against self-incrimination: a comparative examination”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, núm. 16, 1996, pp. 55-77.
310. GARRET, B. L., “Structural Reform Prosecution”, *Virginia Law Review*, núm. 93, 2007, pp. 853-957.
311. GARRET, B. L., *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, Massachusetts, Belknap Press, Cambridge, 2014.
312. GARUTI, G., “Il processo “penale” agli enti” en AA. VV., G. Spangher (dir.), *Trattato di procedura penale. Vol. VII. Modelli differenziati di accertamento*, Tomo I, Utet, Torino, 2011, pp. 1029-1135.
313. GASCÓN INCHAUSTI, F., “Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal” en F. Gascón Inchausti (coord.) *Repercusiones sobre el Proceso Penal de la Ley Orgánica 5/2010, de Reforma del Código Penal*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 19-102.
314. GASCÓN INCHAUSTI, F., *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2012.
315. GIARDA, A., “Societas delinquere potest: o no?!” en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 183-190.
316. GIARDA, A., “Procedimento di accertamento della responsabilità amministrativa degli enti” en CONSO, G; GREVI, V.; *Compendio di procedura penale*, Cedam, 5º ed., Milán, 2010, pp. 1129 y ss.
317. GIGLIOLI, M., “Il procedimento di accertamento e applicazione delle sanzioni amministrative. Profili generali” en AA.VV., A. Di Amato (dir.) A. D'Arrivo; A. Di Amato (coords.) *Trattato di diritto penale dell'impresa. La responsabilità da reato degli enti*, vol. 10º, Cedam, Verona, 2009, pp. 599-626.

318. GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *Pluralidad de partes en el proceso penal español*, Atelier, Madrid, 1998.
319. GIMENO BEVIÁ, J., “La apuesta por el principio de oportunidad y los programas de *compliance* en el proceso penal de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 8437, 9 de diciembre de 2014.
320. GIMENO BEVIÁ, J., *El proceso penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2014.
321. GIMENO SENDRA, V., *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977.
322. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981.
323. GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio)”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1457, pp. 1287-1306.
324. GIMENO SENDRA, V., “Los procedimientos penales simplificados (Principios de oportunidad y proceso penal monitorio)”, *Poder Judicial*, núm. extra. 2, (Ejemplar dedicado a Justicia penal), 1988, pp. 31-52.
325. GIMENO SENDRA, V., “La reforma del proceso penal en el actual sistema democrático español”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 3, 1992, pp. 505-527.
326. GIMENO SENDRA, V., “Crisis de las medidas cautelares penales y auge de las resoluciones provisionales”, *Diario La Ley*, núm. 7249, 25 de septiembre de 2009.
327. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal penal*, Aranzadi, 2012.
328. GIMENO SENDRA, V., “La improcedencia de la exclusión de la prueba ilícita en la instrucción (contestación al artículo del Prof. Asencio)”, *Diario La Ley*, núm. 8021, 12 de febrero de 2013.
329. GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014.
330. GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Lecciones de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1999.
331. GOLDSCHMIDT, J., *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens (El proceso como situación jurídica: Crítica del pensamiento procesal)*, Berlín, Julius Springer, 1925.
332. GOLDSCHMIDT, J., *Teoría general del proceso*, Labor, Barcelona, 1936.
333. GOLDSCHMIDT, J., *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1935.
334. GOLDSCHMIDT, J., *Derecho procesal civil*, Labor, Barcelona/Madrid/Buenos Aires/Río de Janeiro, 1936.
335. GOLDSCHMIDT, W., *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

336. GOLDSCHMIDT, J., *Derecho, Derecho penal y proceso* (I). *Problemas fundamentales del Derecho* (edición preparada por J. López Barja de Quiroga), Marcial Pons, Madrid/ Barcelona/Buenos Aires, 2010.
337. GOLDSCHMIDT, J., *Derecho, Derecho penal y proceso* (II). *Derecho Procesal Civil* Leonardo Prieto-Castro (trad.) Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010.
338. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M.; “La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las medidas del artículo 129 en el Anteproyecto de 2008 de Reforma del Código Penal” en AA. VV., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 203-219.
339. GÓMEZ COLOMER, J. L., “Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal”, *Poder Judicial*, núm. 8, 1987, pp. 27-34.
340. GÓMEZ COLOMER, J. L., “El nuevo régimen del beneficio de asistencia jurídica gratuita”, *La Ley*, 1996, núm. 2, pp. 1579-1587.
341. GÓMEZ COLOMER, J. L.; ESPARZA LEIBAR I., “Propuesta final. La desaparición de los aforamientos por infringir el artículo 14 de la Constitución Española”, en *Tratado Jurisprudencial de Aforamientos Procesales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 968-977.
342. 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*, núm. 27, 2012, pp. 199-226.
343. GÓMEZ COLOMER, J. L.; “La persona jurídica acusada en el proceso penal español”, en AA.VV., L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (dirs.) *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 43-62.
344. GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, M., “El principio de reconocimiento mutuo como fundamento de la cooperación judicial penal y sus efectos en los ordenamientos de los Estados miembros”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 10, 2006, pp. 155-178.
345. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., *Introducción al Derecho Procesal. (Abogacía y Proceso)*, 5º ed., Fórum, Oviedo, 1999.
346. GÓMEZ DEL CASTILLO Y GÓMEZ, M. *El comportamiento procesal del imputado (silencio y falsedad)*, Bosch, Barcelona, 1979.
347. GÓMEZ MONTORO, A. J., “La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, núm. 65, 2002, pp. 49-106.
348. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1947, Tomo I.
349. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Bosch, Barcelona, 1951, Tomo II, Vol. 1.
350. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho y proceso*, Aranzadi, Navarra, 2009.

351. GÓMEZ ORBANEJA, E; HERCE QUEMADA, V., *Derecho procesal penal*, 10º ed., Madrid, 1986.
352. GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid, 2010.
353. GÓMEZ TOMILLO, M., *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Valladolid, 2015.
354. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005.
355. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.*, Ramón Areces, Madrid, 2006.
356. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad penal empresarial en el Anteproyecto de Código Penal de 2008: los *compliance programs* y la colaboración con la Administración de justicia” en AA. VV., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 221-289.
357. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, B de F, Buenos Aires, 2010.
358. GÓMEZ-JARA, C., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, *Diario La Ley*, núm. 7534, 23 de diciembre de 2010.
359. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 15-126.
360. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)” en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 135-152.
361. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 109-133.
362. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica”, en M. Bajo Fernández; B. J. Feijoo Sánchez; C. Gómez-Jara Díez, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptado a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Aranzadi, Navarra, 2012, pp. 153-180.
363. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., “La imputabilidad organizativa en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A propósito del auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Diario La Ley*, núm. 8341, 26 de junio de 2014.

364. GONZÁLEZ DEL ALBA, P., “Observaciones al artículo 655 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1885, vol. 33, núm. 67, pp. 137-144.
365. GONZÁLEZ FRANCO, J. A., ponencia publicada en AA.VV., J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 95-101.
366. GONZÁLEZ GRANDA, P., *Extensión y límites de la jurisdicción española: análisis sistemático del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Bosch, Barcelona, 1992.
367. GONZÁLEZ-ALEGRE BERNARDO, M., “La responsabilidad civil en el proceso penal; algunos ejemplos prácticos de su evaluación a través de sentencias de la Audiencia Provincial de Albacete”, *Anales de la Universidad de Murcia*, vol. XVII, núm. 3, pp. 219-245.
368. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El secreto profesional del abogado” en AA.VV., N. González-Cuéllar Serrano (dir.), A. M., Sanz Hermida; J. C. Ortiz Pradillo (coords.) *Problemas actuales de la justicia penal. Secreto profesional, cooperación jurídica internacional, víctimas de delitos, criminalidad organizada, personas jurídicas, eficacia y licitud de la prueba y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2013, pp. 9-31.
369. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Entrada y registro en el domicilio” en AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIX, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 115-130.
370. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.
371. 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*, núm. 7501, 3 de noviembre de 2010.
372. GONZÁLEZ-CUSSAC, J. L., “El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., J. L., Gómez Colomer; S. Barona Vilar; P. Calderón Cuadrado (coords.) *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1033-1050.
373. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J., *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992.
374. GOÑI SEIN, J. L., “Programas de cumplimiento empresarial (*compliance programs*): aspectos laborales” en AA.VV., S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo; V. Gómez Martín (dirs.) J. C. Hortal Ibarra; V. Valiente Ibáñez (coords.) *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Montevideo/Buenos Aires, 2014, pp. 367-419.

375. GRACIA MARTÍN, L., “La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas” en AA.VV., S. Mir Puig; D. M., Luzón Peña (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996, pp. 35-74.
376. GRACIA MARTÍN, L., (coord.) BOLDOVA PASAMAR, M. A., ALASTUEY DOBÓN, M. C., *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 2º Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
377. GRANADOS PÉREZ, C., “Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal” en AA.VV., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 115, 2007, pp. 125-156.
378. GREEN, B. A.; PODGOR, E. S., “Unregulated Internal Investigations: Achieving Fairness for Corporate Constituents”, *Boston College Law Review*, núm. 54, 2013, pp. 73-126.
379. GRIFFIN, L. K. “Compelled cooperation and the new corporate criminal procedure”, *New York University Law Review*, vol. 82, núm. 2, 2007, pp. 311-382.
380. GUARDIOLA LAGO, Mª J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
381. GUASP, J.; ARAGONESES, P., *Derecho procesal civil, Tomo I, Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*, 5º ed., revisada y adaptada a la LEC1/2000, de 7 de enero, Aranzadi, Madrid, 2002.
382. GUDÍN RODRÍGUEZ MAGARIÑOS, A. E., “Cuestiones procesales en torno a la responsabilidad de las personas jurídicas”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 26, año 2011, pp. 79-92.
383. GUERRINI, R., “La responsabilità da reato degli enti. Sanzioni e loro natura”, *Quaderni di Studio Senesi*, núm. 109, Giuffrè, Milán, 2006.
384. GUTIÉRREZ BERLINCHES, A., “La celebración del juicio oral en ausencia del acusado: sus ventajas e inconvenientes”, *Revista de derecho procesal*, núm. 1, 2008, pp. 203-256.
385. GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ HEREDIA, E., *Estudios de Derecho procesal*, Eunsa, Pamplona, 1974.
386. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Criterios de eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 3, 1999, pp. 193-211.
387. GUTIÉRREZ SILVA, J. R., “El presupuesto procesal de la capacidad en las personas jurídicas, en especial las de derecho público”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, núm. 2, 2009, pp. 245-279.
388. GUTIÉRREZ ZARZA, A., *La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1998.
389. GUTIÉRREZ ZARZA, A., *Investigación y enjuiciamiento de los delitos económicos*, Colex, Madrid, 2000.

390. GUZMÁN, N., *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.
391. HAIRABEDIÁN, M., “La prueba obtenida ilícitamente por particulares”, *Nueva Doctrina Penal*, 2001, núm. 2, pp. 663-676.
392. HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
393. HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen*, insbesondere bei Großrisiken, Nomos, Baden-Baden, 1995.
394. HENNING, P. J., “Testing the Limits of Investigating and Prosecuting White Collar Crime: How Far Will the Courts Allow Prosecutors to Go?”, *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 54, núm. 2, 1993, pp. 405-476.
395. HENNING, P. J., “The conundrum of corporate criminal liability: seeking a consistent approach to the constitutional rights of corporations in criminal prosecutions”, *Tennessee Law Review*, núm. 63, 1996, pp. 793-886.
396. HENRY, O. M., “Privilege? What Privilege? Culture of Waiver in the Corporate World”, *Georgetown Journal of Legal Ethics*, vol. 20, núm. 3, 2007, pp. 679-694.
397. HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, *Política Criminal*, Volumen 5, núm. 9, julio 2010, art. 5, pp. 207-236, www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf
398. HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Algunos problemas de la representación de la persona jurídica imputada en el proceso penal”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, núm. 10, 2012, pp. 3-16
399. HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., *La nueva regulación de la nulidad procesal. El sistema de ineficacia de la LOPJ*, Fórum, Oviedo, 1995.
400. HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables”, *Diario La Ley*, núm. 7427, 18 de junio de 2010.
401. HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA, P., *El fraude procesal penal. Una nueva visión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
402. HILL, J., “Corporate Rights and Accountability. The Privilege against Self-Incrimination and the Implications of Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty Ltd”, *Corp. & Business Law Journal*, núm. 7, 1994, pp. 127-148.
403. HINOJOSA SEGOVIA, R., *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Edersa, Madrid, 1996.
404. HUERTAS MARTÍN, M. I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, 1999.
405. HUFF, B. K., “Note: The Role of Corporate “compliance” Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach”, *Columbia Law Review*, núm. 96, junio 1996, pp. 1252-1298.

406. HUR, R. K., "Corporate criminal prosecution in a post-Enron world: the Thompson memo in theory and practice", *American Criminal Law Review*, núm. 43, 2006, pp. 1095-1188.
407. HURTADO COBLES, J., *La doctrina del levantamiento del velo societario en España e Hispanoamérica*, Atelier, Barcelona, 2008.
408. HURTADO POZO, J.; DEL ROSAL BLASCO, B.; SIMONS VALLEJO, R., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
409. ILLUMINATI, G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Zanichelli, Bolonia, 1979.
410. IRIBARREN OSCÁRIZ, J., "Ya está aquí el procesamiento de personas jurídicas", AJCI núm. 6, de 11 de octubre 2011 (ARP 2011, 1392), *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11, marzo de 2012, pp. 215-242.
411. ISRAEL, J. H., KAMISAR, Y., LAFAVE, R., KING, N. J., J. L. Gómez Colomer (coord.) I. Esparza Leibar; A. Planchadell Gargallo et. al. (trads.) *Proceso penal y constitución de los Estados Unidos de Norteamérica. Casos destacados del Tribunal Supremo y texto introductorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
412. JELLINEK, G., *System des subjektiven öffentlichen Rechte*, reimpresión de la 2ª ed., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Tubinga, 1905.
413. JIMÉNEZ ASENJO, E., "El procedimiento contra reos ausentes, hoy 1980 (Rebeldía procesal)", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 4, 1980, pp. 679-694.
414. JIMÉNEZ CAMPO, J., "La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones", *Revista española de derecho constitucional*, año 7, núm. 20, 1987, pp. 35-82.
415. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., "La recompensa como prevención general. El derecho premial", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, vol. 63, núm. 126, 1915, pp. 177-180.
416. JIMÉNEZ-VILLAREJO FERNÁNDEZ, F., "La responsabilidad penal de la persona jurídica en el espacio judicial europeo. Comentarios al proyecto de modificación del Código Penal de 2006" en AA.VV., C. Arangüena Fanego; A. J., Sanz Morán, (coords.) *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pp. 51-100.
417. JUANES PECES, A., "Necesidades en la regulación procesal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AA. VV., *Reforma penal: personas jurídicas y tráfico de drogas; Justicia restaurativa*, Cuadernos penales de José María Lidón, núm. 8, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, pp. 39-44.
418. KHANNA, V. S., "Corporate defendants and the protections of criminal procedure: an economic analysis", *University of Michigan Law School*, Program in Law and Economics Archive: 2003-2009, Berkeley Electronic Press, paper 29, 2004, pp. 1-48.
419. KISCH, W., *Elementos de derecho procesal civil*, L. Prieto-Castro (trad.) Revista de Derecho privado, Madrid, 1932.

420. KOCH, A., "Internal corporate investigations: the waiver of attorney-client privilege and work-product protection through voluntary disclosures to the government", *American Criminal Law Review*, vol. 34, 1997, pp. 347-374.
421. KRAUSS, A., "Protecting Your Business against Rogue Employees", *Commercial & Business Litigation*, vol. 16, núm. 1, 2014, pp. 7-10.
422. KRIGMAN, M., "Prosecutorial Discretion of the Department of Justice in Corporate Criminal Cases. How Far is too Far", *Brooklyn Law Review*, vol. 74, núm. 1, 2008, pp. 231-274.
423. LADRÓN DE GUEVARA, J., "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos procesales" en AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.) M^a. J., Sande Mayo (coord.) *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 349-372.
424. LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.
425. LANZAROTE MARTÍNEZ, P., "La acusación penal: ¿Ejercicio de soberanía? Ministerio Fiscal versus acción popular", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1998, pp. 1820-1826.
426. LATORRE SEGURA, A., *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2008.
427. LAUFER, W. S., "Corporate Prosecution, Cooperation, and the Trading of Favors", *Iowa Law Review*, vol. 87, núm. 2, 2002, pp. 643-667.
428. LAUFER, W. S., *Corporate bodies and guilty minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.
429. LAUFER, W. S.; STRUDLER, A., "Corporate crime and making amends", *American Criminal Law Review*, vol. 44, 2007, pp. 1307-1318.
430. LIÑÁN LAFUENTE, A., "Los programas de prevención de riesgos penales como causa 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. Comentario al Proyecto de Reforma del Código Penal", *Diario La Ley*, núm. 8220, 30 de diciembre de 2013.
431. LISZT, F. VON., *Tratado de Derecho penal*, traducción de la 20^a ed. Alemana por L. Jiménez de Asúa y adicionado con Derecho Penal español por Quintiliano Saldaña. Tomo II. Madrid, 1916.
432. LIU, K., *Der Begriff der Identität der Tat im geltenden deutschen Strafprozeßrecht*, Schletter, Breslau, 1927.
433. LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., "La persona jurídica en el proceso penal. Un análisis desde la perspectiva procesal", *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 29, enero de 2013, pp. 1-23.
434. LOMAS, P.; KRAMER, D., *Corporate internal investigations. An international guide*, 2^o ed., Oxford University Press, Reino Unido, 2013.
435. LÓPEZ AGÚNDEZ, J. M^a., "Los jueces avalan la eficacia del plan preventivo en la vía penal", *Diario La Ley*, núm. 7721, 24 de octubre de 2011.

436. LÓPEZ BARAJAS PEREA, I., *La intervención de las comunicaciones electrónicas*, La Ley, Madrid, 2011.
437. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El derecho a guardar silencio y a no inculparse” en F. Gutiérrez Alviz-Conradi; E. López López (coords.) *Derecho Procesales Fundamentales*, Manuales de formación continuada, núm. 22, CGPJ, Madrid, 2005, pp. 589-625.
438. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., “El Proyecto de Ley de agilización procesal, las personas jurídicas y el procedimiento penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 820, 2011.
439. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo I, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2014.
440. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 6ª ed., Aranzadi, Navarra, 2014.
441. LÓPEZ GARCÍA, C., “Alcance efectivo del deber de colaboración con la inspección de los tributos y del derecho a no declarar contra sí mismo”, *Diario La Ley*, núm. 7493, 21 de octubre de 2010.
442. LÓPEZ HUGUET, M^o. L., “El domicilio de las personas jurídicas: evolución desde el Derecho romano y situación actual”, *Revista Electrónica de Derecho. Universidad de la Rioja*, 6, diciembre 2008, pp. 69-94.
443. LÓPEZ WONG, R. S., “Acerca de la de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Determinación de la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias: ¿sanción penal o medida administrativa?”, disponible en www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/respo_pjuridicas.doc
444. LÓPEZ BARAJAS PEREA, I., “El secreto de las comunicaciones con el abogado defensor en la nueva sociedad de la información” en AA.VV., A. J. Pérez Cruz Martín; X. Ferreiro Baamonde (co-dirs.) A. Neira Pena (coord.) *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, pp. 517-530.
445. LÓPEZ YAGÜES, V., “La condición de imputado en el proceso penal español. Formas de adquisición y *status* jurídico que conlleva. Ideas para su reforma” en AA.VV., J. M^o. Asencio Mellado; O. Fuentes Soriano (dirs.) C. Cuadrado Salinas (coord.) *La reforma del proceso penal*, La ley, Madrid, 2011, pp. 17-111.
446. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1991.
447. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Las intervenciones telefónicas en el proceso penal por delitos comunes” en AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XXIX, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 79-113.
448. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T., “Nacimiento y evolución del Derecho Procesal como rama de la Ciencia Jurídica” en AA. VV., *Estudios jurídicos: libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, vol. 1, 1993, pp. 461-486.

449. LORCA NAVARRETE, A. M^a., *Estudios sobre garantismo procesal*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2009.
450. LORCA NAVARRETE, A.; PROTO, A.; ZUFELATO, C., “¿Existe la Panacea? Discusiones en torno a la Tutela Diferenciada”, *Revista ius et veritas*, núm. 48, julio 2014, pp. 346-352.
451. LOSCHIN, L., “A comparative law approach to corporations and the privilege against self-incrimination”, *University of California Davis Law Review*, núm. 30, 1996, pp. 247-275.
452. LOURIDO RICO, A. M^a., *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC. Texto adaptado a la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LOPJ*, Comares, 2^a ed., Granada, 2004.
453. LOWELL, A. D., MAN, C. D., “Federalizing Corporate Internal Investigations and the Erosion of Employees' Fifth Amendment Rights”, *Annual Review of Criminal Procedure*, núm. 40, 2011, pp. iii-xxx.
454. LOZANO EIROA, M., *La declaración de los coimputados*, Civitas, Navarra, 2013.
455. LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones de la Secretaría General Técnica, Madrid, 1990.
456. LUZÓN CUESTA, J. M^a., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Colex, Madrid, 2000.
457. MACALUSO, A., “Quelques aspects procéduraux de la responsabilité pénale de l'entreprise”, *Revue pénale suisse*, vol. 123, núm. 1, pp. 79-97.
458. MAGRO SERVET, V., “Análisis de la Ley de Medidas de Agilización Procesal”, *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 167, 2012, pp. 15-23.
459. MAGRO SERVET, V., *Delitos socioeconómicos*, El Derecho, Madrid, 2010.
460. MANCUSO, E. M., “Autonomia di accertamento e simultaneous processus” en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 211-230.
461. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “Las penas de las personas jurídicas”, *Diario La Ley*, núm. 7920, 11 de septiembre de 2011.
462. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas”, *Diario La Ley*, núm. 8293, 15 de abril de 2014.
463. MAPELLI CAFARENA, B., *Las consecuencias jurídicas del delito*, 5^o ed., Civitas, Navarra, 2011.
464. MARCHENA GÓMEZ, M., “El acceso al correo electrónico corporativo”, *Jornada de Derecho Penal: Los retos de la organización empresarial ante la nueva reforma del Código Penal*, disponible en <http://www.fundacionareces.es/fundacionareces/portal.do?TR=A&IDR=1&identificado=747>

465. MARCHISIO, A., *Principio de oportunidad, ministerio público y política criminal*, Ad-hoc, Buenos Aires, 2008.
466. MARCOS, F., SÁNCHEZ GRAELLS, A., “En contra del reconocimiento de «derechos humanos corporativos» en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia”, *Diario La Ley*, núm. 8539, 14 de mayo de 2015.
467. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: el caso BANKIA” en AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 289-320.
468. MARINUCCI, G., "La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2-3, 2007, pp. 445-469.
469. MARIO MORELLO, A., *El proceso justo. Del garantismo formal a la tutela efectiva de los derechos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
470. MARIO MORELLO, A., VESCOVI, E., “La eficacia de la justicia. Valor supremo del procedimiento, en el área de la cautela”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, núm. 4, 1984, pp. 541-545.
471. MARIO MORELLO, A., VESCOVI, E., “Medidas provisionales y medidas cautelares”, en AA.VV., E. Rey Cantor; A. Rey Anaya (coord.) *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, Capítulo IV, pp. 147-203, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2047/12.pdf>
472. MARKOFF, G., “Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century”, *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, núm. 15, pp. 797-842.
473. MARQUES DA SILVA, G., *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Verbo, Lisboa/Sao Paulo, 2009.
474. MARQUEZ LASSO, D. E., *El concepto de abuso del Derecho comunitario en materia tributaria*, Tesis Doctoral, Universidad de Santiago de Compostela, disponible en <http://www.stellvest.com/spanish/downloads/el-concepto-de-abuso-del-derecho-comunitario-e.pdf>
475. MARTÍN GARCÍA, P., “Presencia física de las partes en la fase de instrucción: exigencia del derecho de defensa”, *La prueba en el proceso penal*, Manuales de Formación Continuada, núm. 12, Madrid, 2000, pp. 179-207.
476. MARTÍNEZ GARAY, L.; MIRA BENAVENT, J., “Derechos fundamentales de las personas jurídicas: ilegalidad e inconstitucionalidad en la instrucción del caso Herrera”, *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico. Sobre el concepto de persona*, diciembre de 2013, pp. 295-306.
477. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., *La representación orgánica y voluntaria de las sociedades de capital (Delimitación y concurrencia)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.
478. MARTÍNEZ PÉREZ, M.; SANDE MAYO, M^a. J., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.) M^a. J., Sande Mayo

- (coord.) *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 373-396.
479. MARTÍNEZ RUIZ, J., “Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 CP”, *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, 1999, disponible en http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-11.html
480. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, 3º ed., Valencia, 2011.
481. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 3º ed., Valencia, 2011.
482. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico*, Iustel, Madrid, 2012.
483. MARTIÑÓN CANO, G., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas trasnacionales. Reflexiones sobre tres problemas y tres propuestas de solución” en AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 321-335.
484. MASSIMO CUOMO, A., “Entre arbitrariedad y razonabilidad: Hacia una teoría crítica del neoconstitucionalismo”, *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3, 2012, pp. 44-60.
485. MAZZONE, J., “The Waiver Paradox”, *Northwestern University Law Review*, vol. 97, núm. 2, 2003, pp. 801-878.
486. McDONALD, W. F., “The Prosecutor Domain” en AA.VV., W. F., McDonald (ed.) *The prosecutor*, Sage, Beverly Hills, Londres, 1979, pp. 15-51.
487. MIJANGOS GONZÁLEZ, J., “Prueba ilícita”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 5, 2013, pp. 223-231.
488. MINKES J., MINKES, L. (eds.), *Corporate and white-collar crime*, Sage, Los Ángeles, 2008.
489. MIR PUIG, S., “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 06-01, 2004, pp. 1-17.
490. MIRANDA ESTRAMPES, M., *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Zaragoza, 1997.
491. MIRÓ LLINARES, F.; “Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código Penal (Al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial)” en AA.VV., L. A. Soler Pascual (dir.) *Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los Consejos de Administración. Actuar en nombre de otro*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 91, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 187-264
492. MOLINA MANSILLA, Mª del C.; MOLINA MANSILLA, L., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: su status procesal. Especial consideración a las medidas cautelares”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 96-97, septiembre-octubre 2012, pp. 53-65.

493. MONSALVE DEL CASTILLO, R., BERENGUER MORALES, Y; BIETE RIVAS, A., “Capacidad para ser parte de una sociedad extinguida”, *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9, 2013, pp. 93-104.
494. MONTERO AROCA, J., “La ausencia del imputado en el proceso penal”, *Estudios de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 535-570.
495. MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
496. MONTERO AROCA, J., *Proceso penal y libertad: ensayo polémico sobre el nuevo proceso penal*, Aranzadi, Navarra, 2008.
497. MONTERO AROCA, J., *La paradoja procesal del Siglo XXI. Los poderes del juez penal (libertad) frente a los poderes del juez civil (dinero)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
498. MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A., BARONA VILAR, S., *Derecho jurisdiccional. Vol. III. Proceso penal*, 22ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
499. MONTERO AROCA, J.; ORTELLS RAMOS, M., GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A., *Derecho jurisdiccional. Vol. III. Proceso penal*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
500. MONTESANO, M., “La responsabilita’ amministrativa degli Enti collettivi. La societa’ unica Imputata: la prima sentenza di condanna Pronunciata al termine del Dibattimento”, *Rivista 231: La responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, núm. 1, 2008, pp. 177-182.
501. MONTIEL, J. P., “Sentido y alcance de las investigaciones internas en la empresa” en AA.VV., S. Mir Puig; M. Corcoy Bidasolo; V. Gómez Martín (dirs.); J. C. Hortal Ibarra; V. Valiente Ibáñez (coords.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Montevideo/Buenos Aires, 2014, pp. 487-517.
502. MORALES GARCÍA, O., “La persona jurídica ante el Derecho y el Proceso penal”, *Actualidad jurídica Uria Menéndez*, núm. extra. 1, (Homenaje al profesor D. Juan Iglesias Prada), 2011, pp. 142-154.
503. MORCILLO MORENO, J., *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho administrativo. Las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*, La Ley, Madrid, 2007.
504. MORENILLA RODRÍGUEZ, J. M., “Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Poder Judicial* núm. extra. 2 (Ejemplar dedicado de la Justicia penal) Madrid, 1987, pp. 191-216.
505. MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 1982.
506. MORENO CATENA, V., “La fundamentación de las medidas cautelares y de las medidas de protección en el proceso penal” en AA.VV., J. L., Gómez Colomer; S. Barona Vilar; P. Calderón Cuadrado (coords.) *El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca. Liber Amicorum, en homenaje y para celebrar su LXX cumpleaños*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 1111-1136.

507. MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal penal*, 6º ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
508. MORENO VERDEJO, J., “La conformidad” en AA.VV., I. Serrano Butragueño; A. Del Moral García (coords.) *El juicio oral en el proceso penal. Especial referencia al procedimiento abreviado*, 2º. ed., Comares, Granada, 2010, pp. 1-71
509. MOTA BELLO, J. F., “Aspectos procesales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 24, 2012, pp. 61-74.
510. MUERZA ESPARZA, J., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el proceso”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 822, 9 de junio de 2011, p. 2.
511. MUÑOZ CONDE, F., “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, *Revista Penal*, núm. 14, 2004, pp. 96-123.
512. MUÑOZ ROJAS, T., *El imputado en el proceso penal*, Publicaciones del estudio general de Navarra, XVI, Pamplona, 1958.
513. 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”, *Cuadernos digitales de Formación*, núm. 25, CGPJ, Madrid, 2011, pp. 1-27.
514. NEILA NEILA, J. M., *La responsabilidad penal ante delitos cometidos por administradores sociales y personas jurídicas. Adaptada a la Ley de Sociedades de Capital, a la reforma del Código Penal de 2010 y a las medidas de agilización procesal de 2011; así como al RDL 9/2012, de 16 de marzo*, Bosch, Barcelona, 2012.
515. NEIRA PENA, A. Mª, “A xustiza restaurativa e a mediación penal”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Revista jurídica interdisciplinar internacional*, núm. 15, Servizo de Publicacións da Universidade da Coruña, A Coruña, 2011, pp. 531-553.
516. NEIRA PENA, A. Mª, “Estudio comparado del estatus procesal de la persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español”, publicación *on line* disponible en <http://aadproc.org.ar/> and <http://procesal2012.org>, 2012
517. NEIRA PENA, A. Mª, “Primer auto de procesamiento contra personas jurídicas: comentario del Auto de 11 de octubre de 2011 del Juzgado Central de Instrucción 6 de la AN”, *Diario La Ley*, 7768, 3 de enero de 2012.
518. NEIRA PENA, A. Mª, “Las penas aplicables a personas jurídicas” en AA.VV. P. Faraldo Cabana; L. Mª. Puente Aba (coords.), *Las penas privativas de derechos y otras alternativas a la privación de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 393-426.
519. NEIRA PENA, A. Mª, “Corporate Criminal Liability: Tool or obstacle to prosecution?” in AA.VV. D. Brodowski, M. Espinoza de los Monteros de la Parra, K.

- Tiedemann, J. Vogel (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer Suiza, 2014, pp. 197-210.
520. NEIRA PENA, A. M^a., “La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo del proceso penal en los ordenamientos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 21, núm. 1, 2014, pp. 157-201.
521. NEIRA PENA, A. M^a., “Medidas limitativas del derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad en el seno de la empresa: *compliance programs* y persecución penal” en AA.VV., V. Gimeno Sendra; M.T. Regueiro García (dirs.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*, Universitas, Madrid, 2015, pp. 487-506.
522. NEIRA PENA, A. M^a., “Reseña al auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 19 de mayo de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, pp. 300-302.
523. NIETO MARTÍN, A., “Conflicto de intereses y transparencia” en AA.VV., L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (coords.) *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 103-116.
524. NIETO MARTÍN, A.; “¿Americanización o europeización del derecho penal económico?”, *Revista Penal*, núm. 19, enero 2007, pp. 120-136.
525. NIETO MARTÍN, A.; *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.
526. NIETO MARTÍN, A., “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa”, *Política criminal*, núm. 5, 2008, A3-5, pp.1-18, disponible en http://www.politicacriminal.cl/n_05/a_3_5.pdf
527. NIETO MARTÍN, A., “La privatización de la lucha contra la corrupción” en AA.VV., L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (dirs.) *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 191-210.
528. NIETO MARTÍN, A.; “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8120, 5 de julio de 2013.
529. NIEVA FENOLL, J., *La incoación de oficio de la instrucción penal*, Bosch, Barcelona, 2001.
530. NIEVA FENOLL, J., *La sustitución procesal*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.
531. NIEVA FENOLL, J., *Fundamentos de Derecho procesal penal*, B de F, Buenos aires, 2012.
532. NOYA FERREIRO, M^a. L., *La intervención de las comunicaciones orales directas en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
533. OESTERLE, D. A., “Early Observations on the Prosecutions of the Business Scandals of 2002-03: On Sideshow Prosecutions, Spitzer’s Clash with Donaldson over

- Turf, the Choice of Civil or Criminal Actions, and the Tough Tactic of Coerced Cooperation”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, vol. 1, 2004, pp. 443-486.
534. ORTELLS RAMOS, M., “La ausencia del imputado en el proceso penal. Consideración especial de la incomparecencia”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 2-3, 1978, pp. 433-492.
535. OTERO GONZÁLEZ, M. P., *Justicia y secreto profesional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
536. PALAZZO, F., *Introduzione ai principi del diritto penale*, G. Giappichelli, Torino, 1999.
537. PARDO IRANZO, V., *La prueba documental en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
538. PAULSEN, E., “Imposing limits on prosecutorial discretion in corporate prosecution agreements”, *The New York University Law Review*, vol. 82, núm. 5, 2007, pp. 1434-146.
539. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; ALFARO AGUILA-REAL, J., “Artículo 38”, en AA.VV., M^a. E., Casas Bahamonde; M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (dirs.) M. Pérez Manzano; I. Borrajo Iniesta (coords.) *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 980-1000.
540. PEDRAZ PENALVA, E., *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Trivium, Madrid, 1985.
541. PEDRAZ PENALVA, E., “Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad” en AA.VV., *La reforma del Proceso Penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1989, pp. 321-385.
542. PEDRAZ PENALVA, E., “Jurisdicción y competencia en los procesos penales contra las personas jurídicas”, *La Ley Penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 101, marzo-abril de 2013, pp. 64-84.
543. 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” en AA.VV., F. J. Álvarez García; J. L. González Cussac (dirs.) A. Manjón-Cabeza Olmeda; A. Ventura Püschel (coords.) *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del código penal (Conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la reforma del Código penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 19-30.
544. PELAYO JIMÉNEZ, R. C., “Intervención de las comunicaciones entre abogado y cliente: intromisión ilegítima en el derecho a la defensa”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 795, 2010, pp. 1-6.
545. PELLEGRINI GRINOVER, A., “El principio del doble grado y el principio de la revisión de las decisiones judiciales-el juicio único de los tribunales superiores brasileros” en AA.VV., G. Priori Posada (coord.) *Proceso y Constitución. El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación. Ponencias del Quinto Seminario*

- Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, Palestra, Lima, 2015, pp. 381-389.
546. PEÑA LÓPEZ, F., “Concurrencia y prelación de créditos concursales” en AA.VV., A.-J. Pérez-Cruz Martín (dir.), *Estudios de Derecho Concursal*, Tórculo, Santiago de Compostela, 2005, pp. 497-556.
547. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998.
548. PÉREZ GIL, J; “Cauces para la declaración de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA. VV., F. J. Álvarez García; J. L. González Cussac (dirs.) *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 583-590.
549. PÉREZ GIL, J., “El proceso penal contra personas jurídicas: entre lo vigente, lo proyectado y lo imaginado” en AA.VV., J. Pérez Gil; R. de Román Pérez, (coords.), *Estudios jurídicos sobre la empresa y los negocios: una perspectiva multidisciplinar*, Universidad de Burgos, Burgos, 2011, pp. 383-405.
550. PÉREZ GIL, J., "Entre los hechos y la prueba: reflexiones acerca de la adquisición probatoria en el proceso penal", *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 4, (Ejemplar dedicado a: La reforma de la justicia penal), 2014, pp. 223-248.
551. PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.
552. PÉREZ MACHÍO, A. I., “Modelos tradicionales de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.) Norberto J. de la Mata Barranco (coord.) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 21-48.
553. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “Aproximación al estudio del nuevo “recurso de anulación”. Análisis del reformado arto. 797 de la LECrim”, *Justicia*, 1990-III, pp. 623-699.
554. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *La participación popular en la Administración de Justicia: el Tribunal del Jurado*, Montecorvo S.A., Madrid, 1992.
555. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “La prueba de alcoholemia en el nuevo Reglamento General de Circulación”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1992, pp. 1069-1073.
556. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “La competencia del Tribunal de Jurado”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 49, 1998, pp. 543-578.
557. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., “Consideraciones críticas sobre la reforma procesal penal de 2002”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 7, 2003, pp. pp. 617-622.
558. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *El interrogatorio del acusado. Reflexiones a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Civitas, Navarra. 2011.
559. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., *Introducción al Derecho Procesal*, Andavira, 3º ed, Santiago de Compostela, 2012.

560. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., *Constitución y poder judicial*, Andavira, Santiago de Compostela, 2013.
561. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., “Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. La imprescindible relación ente órganos constitucionales. Análisis de la situación en España” en AA.VV., G. Priori Posada (coord.) *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso*”, Lima, 2013, pp.115-158.
562. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J., FERREIRO BAAMONDE, X-X.; “La ilegalización de DM3 y Askatasuna: problemas jurídico-procesales”, *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 4, abril 2009, pp. 68-77.
563. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J.; FERREIRO BAAMONDE, X-X.; PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEOANE SPIEGELBERG, J. L., *Derecho Procesal Penal*, 3ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2014.
564. PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A-J; GARCÍA FALCONÍ, R; GUEVARA BÁRCENES, A., *El proceso penal. Derechos y garantías en el proceso penal. (Tomo I)*, Lima, 2014.
565. PIETH, M.; IVORY, R. (eds.) *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Series: Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice, vol. 9, 2011.
566. PINTOS, J.; PASTOR PRIETO, S., “La economía y el derecho: una colaboración difícil pero provechosa”, *Revista de Economía*, núm. 13, 1992, pp. 96-100.
567. PODGOR, E. S., “Defensive Territoriality: A New Paradigm for the Prosecution of Extraterritorial Business Crimes”, *The Georgia Journal of International and Comparative Law*, núm. 31, 2002, pp. 1-30.
568. PORTAL MANRUBIA, J., “La persona jurídica ante la jurisdicción penal tras la última reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal* 6, octubre 2010, pp. 167-182.
569. PORTAL MANRUBIA, J., “Medidas cautelares contra la persona jurídica según la nueva reforma del Código Penal”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, septiembre 2011, pp. 149-170.
570. PORTAL MANRUBIA, J., “El enjuiciamiento penal de la persona jurídica”, *Diario La Ley*, núm. 7769, 4 de enero de 2012.
571. PORTAL MANRUBIA, J., “El proceso penal contra la persona jurídica en su ausencia”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, mayo 2012, pp. 153-173.
572. POYNDER, J., *Literary Extracts from english and other Works collecting during half a century together with some original matter*, vol. 1, John Hatchard & Son, Londres, 1844
573. PRATS CANUT, J. Mª., “De las consecuencias accesorias” en AA.VV., G. Quintero Olivares (dir.), J. M. Valle Muñiz (coord.) *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996, pp. 609-632.
574. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.; *Derecho Procesal Civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Volumen I, Madrid, 1968.

575. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES FERNÁNDEZ-HEREDIA, E., *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1987.
576. PROTO PISSANI, A., “Necesidad de deshacer los nudos y los equívocos de la expresión “tutela jurisdiccional diferenciada”, *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, vol. 5, núm. 1, 2014, pp. 169-184.
577. PUJADAS TORTOSA, V., *Teoría general de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008.
578. QUINTERO OLIVARES, G., “Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas” en AA.VV., Mª. A. García García (dir.) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 115, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 157-198.
579. QUINTERO OLIVARES, G., “La libertad y otros problemas en el derecho penal y en el proceso penal: hacia la unión metodológica entre el derecho penal y el derecho procesal” en AA.VV., R. Castillejo Manzanares (dir.) Mª. J., Sande Mayo (coord.) *Temas actuales en la persecución de los hechos delictivos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 21-51.
580. QUINTERO OLIVARES, G., “La responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 859, 7 de marzo de 2013, p. 8.
581. RAGUÉS I VALLÉS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
582. RAGUÉS I VALLÉS, R., “Consideraciones sobre la prueba del dolo”, *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 4, 2004, pp. 13-26.
583. RAGUÉS I VALLÉS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
584. RAMON RIBAS, E., *La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa*, Comares, Granada, 2009.
585. RAMOS MÉNDEZ, F.; *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1978.
586. RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil. Tomo I*. 5ª ed., Barcelona, 1992.
587. RAMOS MÉNDEZ, F., *Derecho procesal civil*, Tomo I, 5º ed., Bosch, Barcelona, 1992.
588. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento criminal. Décima lectura constitucional*, Atelier, Barcelona, 2011.
589. RAMOS ROMEU, F., *Las medidas cautelares civiles. Análisis jurídico-económico*, Atelier, Barcelona, 2006.
590. RAMRAJ, V. V., “Disentangling Corporate Criminal Liability and Individual Rights”, *Criminal Law Quarterly*, vol. 45, 2001, pp. 29-52.

591. RANGEL GARCÍA-ZARCO, R., “Novedades en materia de partes en el borrador de Código Procesal Penal”, *Diario La Ley*, núm. 8174, 21 de octubre de 2013.
592. RENEDO ARENAL, M^o. A., *Problemas del imputado en el proceso penal*, Ramón Areces, Madrid, 2007.
593. RENEDO ARENAL, M^o. A., “Algunos problemas procesales que plantea la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Justicia: revista de derecho procesal* (Ejemplar Homenaje a la profesora doctora M^a del Carmen Calvo Sánchez), núm. 1-2, 2011, pp. 159-168.
594. RENZETTI, S., *Le misure cautelari interdittive applicabili agli enti giuridici*, 2008, tesis doctoral, disponible en http://amsdottorato.cib.unibo.it/1150/1/Tesi_Renzetti_Silvia.pdf
595. REVILLA GONZÁLEZ, J. A., *El interrogatorio del imputado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
596. RIBA TREPAT, C., “Análisis crítico de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita”, *Justicia*, 1997, núm. 3, pp. 911-949.
597. RIGO, F., “Il giudizio” en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milán, 2002, pp. 351- 377.
598. RIOS LÓPEZ, Y., “La función directiva del juez en la determinación de la certeza de los hechos” en AA.VV., X. Abel Lluch; J. Picó i Junoy (dirs.) Y. Río López (coord.) *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 127-176.
599. RIQUERT, M. A., *Cuestiones de Derecho penal y Procesal penal tributario*, Ediar, Buenos Aires, 1999.
600. RIVES SEVA, A. P., *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal. Análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 2010.
601. RIVES SEVA, A. P., *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 4^o ed., Aranzadi, Navarra, 2008.
602. ROBLES PLANAS, R., “¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, 2006.
603. ROBLES PLANAS, R., “Pena y persona jurídica: crítica del art. 31 bis CP”, *Diario La Ley*, núm. 7705, 29 de septiembre de 2011.
604. RODÈS MATEU, A., *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: estudio de su configuración constitucional y de su restablecimiento en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, Barcelona, 2009.
605. RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, J. M^a., *El derecho penal en la actividad económica planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ábaco, Buenos Aires, 2000.
606. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El consenso en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

607. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
608. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *Justicia gratuita: un imperativo constitucional. Doctrina, jurisprudencia, legislación y formularios, con especial referencia a los procesos de amparo constitucional*, Comares, Granada, 2000.
609. 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*, núm. 24, 2011.
610. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Análisis de la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España” en AA.VV., A. J. Pérez Cruz Martín; X. Ferreiro Baamonde (co-dirs.) A. Neira Pena (coord.) *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional), A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011*, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, pp. 197-232.
611. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., “Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Revista Penal*, núm. 35, enero 2015, pp. 139-172.
612. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *La confesión del imputado derivada de prueba ilícitamente obtenida perspectiva jurisprudencial*, Bosch, Barcelona, 2005.
613. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “Identificación del terminal y sujeto pasivo en la intervención judicial de comunicaciones”, (I y II) *Diario La Ley*, núm. 6585, 7 y 8 de noviembre de 2006.
614. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., “El principio de la expectativa razonable de confidencialidad en la STC 241/2012, de 17 de diciembre”, *Diario La Ley*, núm. 8122, 9 de julio de 2013.
615. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Nuevos aspectos dogmáticos y procesales del Principio ‘Societas delinquere potest’” en J. Hurtado Pozo; B. Del Rosal Blasco; R. Simons Vallejo, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 165-176.
616. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico?”, *Diario La Ley*, núm. 7561, 3 de febrero de 2011
617. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica: el delito de sospecha blindado y la responsabilidad objetiva impura en la Circular 1/2010 de la FGE”, *Diario La Ley*, núm. 7694, 14 de septiembre de 2011.
618. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., “La protección de los whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales”, en AA.VV., L. Arrollo Zapatero; A. Nieto Martín, (coords.) *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 447-484.

619. ROMA VALDÉS, A.; I., Escoz García (coord.) *Responsabilidad de las personas jurídicas. Manual sobre su tratamiento penal y procesal. Adaptado a 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 y a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal*, 2011, Rasche, Madrid, 2012.
620. ROMERO PAREJA, A., "Intervención de las comunicaciones", *Diario La Ley*, núm. 7816, 12 de marzo de 2012.
621. ROSADO IGLESIAS, G. *La titularidad de derechos fundamentales por la persona jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
622. ROXIN, C.; *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I. Fundamentos: la estructura de la teoría del delito (D. M., Luzón Peña; M. Díaz y García Conlledo; J. Vicente Remesal (trads.) Civitas, Madrid, 1997.
623. ROXIN, C., "Observaciones sobre la adecuación social en el derecho penal", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año VII, núm. 12, 2001, pp. 81-94.
624. RUIZ SIERRA, J., "El aforamiento de los políticos: garantía o privilegio", *Artículos doctrinales: Proceso Penal*, disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/65-Derecho-Procesal-Penal/755-el-aforamiento-de-los-politicos-garantia-o-privilegi.html>
625. RUSCONI, M., *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el derecho penal moderno principio de culpabilidad, víctima e ilícito penal, riesgo permitido, el comportamiento alternativo conforme a derecho, responsabilidad de las personas jurídicas, in dubio pro reo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
626. SALAS CARCELLER, A., "La legitimación" en AA.VV., A. Salas Carceller (dir.) *Las partes. Problemática procesal*, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. XIX, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 61-86.
627. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., "El coimputado que colabora con la justicia penal. Con atención a las reformas introducidas en la regulación española por las Leyes Orgánicas 7/ y 15/2003", *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 7, 2005, pp. 1-33, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc>
628. SÁNCHEZ MELGAR, J., "Reflexiones en torno a la confesión como atenuante: la utilidad como razón de política criminal", *Diario La Ley*, núm. 7862, 28 de mayo de 2012.
629. SÁNCHEZ MELGAR, J., *Inviolabilidad e inmunidad de diputados y senadores*, La Ley, Madrid, 2013.
630. SÁNCHEZ MELGAR, J., *Inviolabilidad e inmunidad de Diputados y Senadores. Derecho procesal parlamentario: excepciones al régimen ordinario de protección de los derechos de los ciudadanos*, La Ley, Madrid, 2013.
631. SÁNCHEZ ULLED, E. J., "Estrategias de investigación en los delitos económicos complejos. La criminalidad económica organizada" en AA.VV., M. A. Gimeno Jubero (dir.) *Derecho penal económico*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 72, CGPJ, Madrid, 2006, pp. 11-48.
632. SANGUINÉ, O., "Derechos fundamentales de las personas jurídicas en el proceso penal" en AA.VV., M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal*

- de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 413-495.
633. SANTALÓ RÍOS, A., “Medidas cautelares en el ámbito proceso penal”, *Revista del Ministerio Fiscal*, núm. 8, 2000, pp. 205-214.
634. SANTANA VEGA, D. M., “Principio de oportunidad y sistema penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 2, 1994, pp. 105-136.
635. SANZ LLORENTE, F. J., *La representación procesal y el poder para pleitos*, Comares, Granada, 1995.
636. SBERT PÉREZ, H., *La investigación del patrimonio del ejecutado*, Atelier, Barcelona, 2008.
637. SCALFATI, A., “Le norme in materia di prova e di giudizio” en AA.VV., G. Garuti (dir.) *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Cedam, Padova, 2002, pp. 349-372.
638. SEGURA ORONICH, A., *El imputado y el testigo ante el juez psicología del interrogatorio*, Cedecs, Barcelona, 1998.
639. SENKO, M., “Prosecutorial Overreaching in Deferred Prosecution Agreements”, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, vol. 19, núm. 1, 2009, pp. 163-194.
640. SENTÍS MELENDO, S., “Desarrollo del proceso. Deberes del juez y cargas de las partes”, pp. 997-1013, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art23.pdf>
641. SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969.
642. SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación”, *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, núm. 2, 1987, pp. 289-314.
643. SERRA DOMÍNGUEZ, M., RAMOS MÉNDEZ, F., *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Industrias gráficas M. Pareja, Barcelona, 2010.
644. SERRANO CAÑAS, J. M., *El conflicto de intereses en la administración de sociedades mercantiles*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2008.
645. SERRANO ZARAGOZA, O., “Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal”, *Diario La Ley*, núm. 8415, 6 de noviembre de 2014.
646. SIEBER, U., “Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AA.VV., L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (dirs.) *El Derecho Penal económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 63-108.
647. SIERRA GARAVITO, S. P., “Concepción del ser humano en la organización del S. XXI”, *Revista de la Facultad de Trabajo Social*, núm. 25, 2009, pp. 148-167.

648. SILBERT E. J.; DOUFEKIAS JOANNOU, D., “Under pressure to catch the crooks: the impact of corporate privilege waivers on the adversarial system”, *American Criminal Law Review*, vol. 43, 2006, pp. 1225-1240.
649. SILVA SÁNCHEZ, J. M^a., “La aplicación judicial de las consecuencias accesorias para las empresas”, *Indret. Revista para el análisis del derecho*, núm. 2, 2006.
650. SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La reforma del Código Penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, núm. 7464, 9 de septiembre de 2010.
651. SILVA SÁNCHEZ, J-M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español” en AA.VV., J-M, Silva Sánchez (dir.), R. Montaner Fernández (coord.) *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15-42.
652. SILVA SÁNCHEZ, J-M.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “El artículo 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de multa?”, *Indret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2006.
653. SILVA VELASCO, M., “Derechos fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal”, *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, pp. 244-259, <http://www.teleley.com/revistaperuana/11silva-68.pdf>
654. SIMONS VALLEJO, R., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 165-176.
655. SOLÉ RAMÓN, A. M^a., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Hacia una nueva regulación de la persona jurídica como sujeto activo del derecho penal y del proceso penal”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 13, 2010.
656. SPANGHER, G., *I procedimenti speciali. Le impugnazioni. Il processo penale minorile. Accertamento della responsabilità degli enti*, Cedam, Padova, 2012.
657. SPIVAK, P.; RAMAN, S., “Regulating the new regulators: current trends in Deferred Prosecution Agreements”, *American Criminal Law Review*, vol. 45, núm. 2, 2008, pp. 159-193.
658. STEFANI, G.; LEVASSEUR, G.; BOULOC, B., *Procédure pénale*, 19^a ed., Dalloz, Paris, 2004.
659. STONE, A., “Case note. Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd. Corporations and the privilege against self-incrimination”, *University of New South Wales Law Journal*, vol. 17, núm. 2, 1994, pp. 628-647.
660. SUTHERLAND, E. H., “White-collar Criminality”, *American Sociological Review*, vol. 5, núm. 1, febrero 1940, pp. 1-12.
661. TAMARIT SUMALLA, J. M., “Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código penal: un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AA.VV., J. L. Díez Ripollés (coord.) *Libro homenaje al Profesor Doctor D. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 1153-1172.
662. TARUFFO, M., *Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, Alicante, 2008.

663. TARUFFO, M., *La prueba, Artículos y Conferencias*, Metropolitana, Santiago, 2009, disponible en <https://letrujil.files.wordpress.com/2012/01/la-prueba-michele-taruffo.pdf>
664. TARUFFO, M., *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*, Marcial Pons, Madrid, 2010.
665. TARUFFO, M., “Globalizing procedural justice. Some general remarks” en AA.VV., A-J., Pérez-Cruz Martín; X.X., Ferreiro Baamonde (co-dirs.) A. M^a Neira Pena (coord.) *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada: Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Servicio de Publicaciones de la Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, pp. 17-29.
666. TERRADILLOS BASOCO, J. M., *Derecho penal de la empresa*, Madrid, Trotta, 1995
667. TIEDEMANN, K., *Poder económico y delito*, Bosch, Barcelona, 1985.
668. TIEDEMANN, K., “Die “Bebüssung von Unternehmen nach dem 2” Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 41, 1988, pp. 1172 y ss.
669. TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico y nuevas formas de criminalidad*, M.A. Amanto Vásquez (trad.) Idemsa, Perú (Lima), 2000.
670. TIEDEMANN, K., *Derecho penal económico. Introducción y parte general*, Grijley, Perú, 2009.
671. TIEDEMANN, K., *Manual de Derecho penal económico. Parte especial con importantes textos legales y reglamentos*, Grijley, Perú, Lima, 2012.
672. TILLIPMAN, J., “Foreign Corrupt Practices Act Fundamentals”, *Briefing Papers (Thomson West)*, núm. 8-10, septiembre 2008, pp. 1-24
673. TILLMAN, R., “Too big to jail”, *Western Criminology Review*, núm. 14, 2013, pp. 31-37.
674. TIRADO, I., *Los administradores concursales*, Aranzadi, Navarra, 2005.
675. TOLLEFSON, C., “Corporate Constitutional Rights and the Supreme Court of Canada”, *Queen’s Law Journal*, vol. 19, 1993, pp. 309-349.
676. TOMÁS Y VALIENTE, F., *La tortura judicial en España*, Ariel, Barcelona, 2000.
677. TOMÉ GARCÍA, J. A.; GARCÍA LUBÉN BARTHE, P., *Temario de derecho procesal penal, adaptado al nuevo programa de las pruebas selectivas para el ingreso en las carreras judicial y fiscal*, 4^a ed., Colex, Madrid, 2010.
678. TONINI, P., *Manuale di procedura penale*, 9^o ed., Giuffrè, Milán, 2008.
679. TORO PEÑA, J. A., *La persona jurídica en el proceso penal. (Aspectos civiles, europeos, penales y procesales)*, Dykinson, Madrid, 2012.
680. TORRES ROSELL, N., *La denuncia en el proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1991.

681. TRAINOR, S. A., "A comparative Analysis of a Corporation's Right against Self-Incrimination", *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, Issue 5, May 1995, pp. 2139-2186.
682. TRAPERO BARREALES, M., "Tercera sesión: aspectos procesales y otras cuestiones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas" en AA.VV. J. Dopico Gómez-Aller (dir.) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 159-168.
683. UBERTIS, G., *Dibattimento senza imputato e tutela del diritto di difesa*, Giuffrè, Milán, 1984.
684. URRAZA ABAD, J., "Análisis de la reforma del Código Penal (I): La responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Res Pública. El portal jurídico Vasco*, 30 de septiembre de 2010, disponible en <http://rpublica.org/contenidos/704-la-responsabilidad-criminal-de-las-personas-juridicas>
685. VANEK, D., "Prosecutorial discretion", *Criminal Law Quarterly*, vol. 30, 1988, pp. 219-237.
686. VARELA CASTRO, L., "Proceso penal y publicidad", *Jueces para la democracia*, núm. 11, 1990, pp. 37-44.
687. VARGHA, J., *Die Verteidigung in Strafsachen*, Manz'sche k. u. k. Hof-Verlag und Univiversitäts Buchhandlung, Viena, 1879.
688. VARRASO, G., "La partecipazione e l'assistenza delle persona giuridiche, delle società e delle associazioni nel procedimento penale" en AA.VV., *La responsabilità amministrativa degli enti. D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Ipsoa, Milan, 2002, pp. 231-256.
689. VARRASO, G., *Il procedimento per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Giuffrè, Milán, 2012.
690. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal. Estudio sobre la utilización del imputado como fuente de prueba en el proceso penal español*, Bosch, Barcelona, 1985.
691. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., "Discrecionalidad y derecho procesal", *Justicia: revista de derecho procesal*, núm. 3-4, 1995, pp. 51-62.
692. VEGAS TORRES, J., "Derechos de la persona jurídica imputada: defensa, no autoincriminación y privilegio de comunicaciones entre abogado y cliente", *Diario La Ley*, 10 de abril de 2012.
693. VEGAS TORRES, J., *Obtención de pruebas en ordenadores personales y derechos fundamentales en el ámbito de la empresa*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011.
694. VEGAS TORRES, J., "El proyecto de ley de medidas de agilización procesal", *Otrosí*, núm. 7, julio-septiembre 2011, 5ª Época, pp. 29-33.
695. VELASCO NÚÑEZ, E., *Delitos cometidos a través de Internet: cuestiones procesales*, La Ley, Madrid, 2010.

696. VELASCO NÚÑEZ, E., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos sustantivos y procesales”, *Diario La Ley*, núm. 7883, 19 de junio 2012.
697. VELASCO NÚÑEZ, E., “Medidas cautelares sobre la persona jurídica delincente”, *Diario La Ley*, núm. 8169, 14 de octubre de 2013.
698. VELÁZQUEZ MARTÍN, A., *La intervención judicial de bienes y empresas. Estudio procesal*, Aranzadi, Navarra, 2009.
699. VELÁZQUEZ VIOQUE, D., “Responsabilidad penal de las empresas. ¿Cómo probar el debido control?”, *Diario La Ley*, núm. 7794, 9 de febrero de 2012.
700. VERGER GRAU, J., *El incidente de nulidad de actuaciones*, Bosch, Barcelona, 1982.
701. VERGER GRAU, J., *La rebeldía en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1989.
702. VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona, 1994.
703. VERGER GRAU, J., “De la rebeldía y rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde” en AA.VV., A. M^a. Lorca Navarrete (dir.) V. Guilarte Gutiérrez (coord.) *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tomo II. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2377-2394.
704. VERGER GRAU, J., “La rebeldía en la nueva ley de enjuiciamiento civil”, *Revista Xurídica Galega*, núm. 30, 2001, pp. 293-321.
705. VIADA LOPEZ-PUIGCERVER, C., *Lecciones de Derecho Procesal*, Alpe, Madrid, 1950.
706. VIADA LÓPEZ-PUIGCERVER, C., “El auto de procesamiento: su significación actual” en *Estudios de Derecho procesal en honor de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México, 1975, núm. 24 1978, pp. 1153-1164, disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/24/art/art30.pdf>
707. VIAÑA REMIS, E., “El mercado de la corrupción” en AA.VV., L. Arroyo Zapatero; A. Nieto Martín (coords.) *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo: eurodelitos de corrupción y fraude*, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, Cuenca, 2006, pp. 485-498.
708. VICENTE BALLESTEROS, T., *El proceso de revisión penal*, Bosch, Barcelona, 2013.
709. VIDAL CASTAÑÓN, A., “¿Argumentación o pretexto? (A propósito de la fundamentación jurídica del Tribunal Supremo español para condenar a los partícipes en determinados casos donde no se castiga al autor del hecho principal)”, *Diario La Ley*, núm. 8321, 29 de mayo de 2014.
710. VITTORINI, P., “Le norme sull'esecuzione” en AA.VV., F. Bernasconi (dir.), *Il processo penale di societate*, Giuffrè, Milán, 2006, pp. 369-430.
711. WEBER, M., *El político y el científico*, Alianza, Madrid, 1992.

712. WRAY, C. A.; HUR, R. K., “The power of the corporate charging decisions over corporate conduct”, *Yale Law Journal Pocket Part*, núm. 116, 2007, pp. 306 -311.
713. YZQUIERDO TOSADA, M., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)” en AA.VV., L. F., Reglero Campos; J. M., Busto Lago (coords.), *Tratado de responsabilidad civil*, Capítulo XXII, 5ª ed., Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 1366-1498.
714. ZABALA LÓPEZ GÓMEZ, C., “La responsabilidad penal de las sociedades cotizadas en los Estados Unidos de América en la época post-Enron: los pactos de no acusar y de retraso de la acusación” *Diario La Ley*, núm. 7065, 27 de noviembre de 2008.
715. ZARZALEJOS NIETO, J., “La competencia judicial y el procedimiento adecuado en los procesos penales contra personas jurídicas” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 139-152.
716. ZARZALEJOS NIETO, J., “La conformidad de la persona jurídica imputada” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 269-285.
717. ZARZALEJOS NIETO, J., “La participación de la persona jurídica imputada en la fase intermedia y de juicio oral” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 237-267.
718. ZARZALEJOS NIETO, J., “Apuntes sobre la ejecución de penas impuestas a personas jurídicas” en J. Banacloche Palao; J. Zarzalejos Nieto; C. Gómez-Jara Díez, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 287-298.
719. ZUBIRI, X., *Tres dimensiones del ser humano: individual, social, histórica*, Fundación Xavier Zubiri, Madrid, 2006.
720. ZUCCONI GALLI FONSECA, E., *Pregiudizialità e rinvio (contributo a la studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, Bologna University Press, Bologna, 2011.
721. ZUGALDÍA ESPINAR, M., “Vigencia del principio *societas delinquere non potest*” en J. Hurtado Pozo; B. Del Rosal Blasco; R. Simons Vallejo, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 243-267.
722. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
723. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
724. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, *Revista Derecho y Proceso penal*, monográfico, núm. 3, 2000, pp. 1-265.

725. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Principales problemas de imputación" en AA. VV., M^o. A. García García (dir.) *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho comparado y Derecho comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 115, CGPJ, Madrid, 2007, pp. 65-124
726. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminalidad organizada. La problemática de las sanciones" en AA. VV., *El anteproyecto de modificación del Código Penal de 2008. Algunos aspectos*, Cuadernos penales José María Lidón, núm. 6, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 2009, pp. 303-326.
727. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Aranzadi, 3^a ed, Navarra, 2009.
728. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L. *criminalidad organizada. Consideraciones de urgencia sobre la reforma al CP de 2010*" en AA.VV., F. Muñoz Conde; J. M. Lorenzo Salgado; J. C. Ferré Olivé; E. Cortés Bechiarelli; M. A. Núñez Paz, Miguel Ángel (dirs.) M. A. Núñez Paz (ed. y coord.) *Un Derecho Penal comprometido. Libro homenaje al prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1153-1181

Anexo. Legislación, jurisprudencia e informes

1.- Legislación

1.1.- Tratados internacionales

Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1979. Convenio de 4 de noviembre 1950, ratificado por Instrumento de 26 de septiembre 1979. RCL 1979\2421. Cita en texto: CEDH

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pacto Internacional de 19 de diciembre 1966, ratificado por Instrumento de 13 de abril 1977. RCL 1977\893. Cita en texto: PIDCP

Protocolo núm. 7 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Estrasburgo, 22 de noviembre de 1984, ratificado por instrumento publicado en el B.O.E. 15/10/2009.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 17 de julio 1998, ratificado por Instrumento de 19 de octubre 2000. RCL 2002\1367.

Convenio penal sobre la corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa) hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999, ratificado por Instrumento de 26 de enero 2010. RCL 2010\2115.

Convención de las NN.UU. contra la corrupción, hecha en Nueva York el 31 de octubre de 2003, ratificada por Instrumento de 9 de junio 2006. RCL 2006\1444.

1.2.- Normas comunitarias

Tratado de la Unión Europea, consolidado según Tratado de Lisboa, de 7 de febrero 1992, ratificado por Instrumento de 13 de diciembre 2007. RCL 2009\2299. Cita en texto: TUE

Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, consolidado según Tratado de Lisboa) de 25 de marzo 1957, ratificado por Instrumento de 13 de diciembre 2007. RCL 2009\2300. Cita en texto: TFUE

D.M. 2000/383/JAI del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda, con miras a la introducción del euro (DOUE L 140 de 14.6.2000) modificada por D. M. 2001/888/JAI, de 6 de diciembre (DOUE L 329, de 14 de diciembre de 2001).

Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 que aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOUE L 294, de 10 de noviembre de 2001)

Reglamento (CE) núm. 2157/2001 del Consejo, de 8 de octubre de 2001 por el que se aprueba el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea (SE) (DOUE L 294, de 10 de noviembre de 2001)

D.M. 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo (DOUE L 149, de 02 de junio de 2001)

D.M. 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo modificada por D.M. 2008/919/JAI, de 28 de noviembre (DOUE L 330, de 9 diciembre de 2008)

D.M. 2003/577/JAI, del Consejo, de 22 de julio, relativa a la ejecución en la UE de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y de aseguramiento de pruebas (DOUE L 196, de 2 de agosto de 2003)

D.M. 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal (DOUE L 29, de 27 de enero de 2003)

D.M. 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado (DOUE L 192, 31 julio 2003)

Directiva 2005/60/CE, de 26 de octubre para la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo (DOUE L 309, de 25 de noviembre de 2005)

D.M. 2005/214/JAI, de 24 de febrero de 2005, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias (DOUE L 76, de 22 de marzo de 2005)

D.M. 2006/783/JAI, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso (DOUE L 328 de 24 de noviembre de 2006)

Decisión del Consejo 2008/201/CE, de 25 de septiembre de 2008, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las NN.UU. contra la corrupción (DOUE L 287 de 29 de octubre de 2008).

D.M. 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada (DOUE L 300 de 11 de noviembre de 2008)

Carta de los derechos fundamentales de la U.E. (DOUE C 364 de 18 de diciembre de 2000). Cita en texto CDFUE

Directiva 2013/48/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, sobre el derecho a la asistencia de letrado en los procesos penales y en los procedimientos relativos a la orden de detención europea, y sobre el derecho a que se informe a un tercero en el momento de la privación de libertad y a comunicarse con terceros y con autoridades consulares durante la privación de libertad (DOUE L 294, de 6 de noviembre de 2013)

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (DOUE L 281, de 23 de noviembre de 1995)

1.3.- Leyes nacionales

R.D. de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (B.O.E. núm. 160, de 17 de Septiembre de 1882) Cita en texto: LECrim

R.D. de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (B.O.E. núm. 206, de 25 de julio de 1889) Cita en texto: CC

D. 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el CP, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre (B.O.E. núm. 297, de 12 de diciembre de 1973) Cita en texto: CP del año 1973

Ley 39/1975, de 31 de octubre, sobre designación de Letrados asesores del órgano administrador de determinadas Sociedades mercantiles (B.O.E. núm. 263, de 3 de noviembre de 1975)

Constitución Española de 1978. (B.O.E. núm. 311, de 29 de diciembre de 1978) Cita en texto: CE

RD de 3 de febrero de 1881, aprobando la Ley de Enjuiciamiento Civil (B.O.E. núm. 36, de 5 de febrero de 1881) Cita en texto: LEC 1881

L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (B.O.E. núm. 115, de 14 de mayo de 1982)

Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de Desarrollo Regional (B.O.E. núm. 137, de 9 de junio de 1982)

Ley 26/1984 de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (B.O.E. núm. 176, de 24 de julio de 1984)

L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (B.O.E. núm. 157, de 02 de julio 1985)
Cita en texto: LOPJ

L.O. 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (B.O.E. núm. 63, de 14 de marzo de 1986)

L.O. 7/1988, de 28 de diciembre, de los Juzgados de lo Penal, y por la que se modifican diversos preceptos de las Leyes Orgánica del Poder Judicial y de Enjuiciamiento Criminal (B.O.E. núm. 313, de 30 de diciembre de 1988)

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. núm. 285, de 27/11/1992).

R.D.L. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (B.O.E. núm. 154, de 29 de junio de 1994). Cita en texto: TRLGSS.

L.O. 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales (B.O.E. núm. 307, de 24 de diciembre de 1994).

R.D.L. 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (B.O.E. núm. 75, de 29/03/1995). Cita en texto: ET

L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (B.O.E. núm. 122, de 23 de mayo de 1995). Cita en texto: LOTJ

L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (B.O.E. núm. 152, de 23/06/2010). Cita en texto: CP

R.D.L. 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia (B.O.E. núm. 97, de 22 de abril de 1996).

Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (B.O.E. núm. 90, de 15/04/1997) Cita en texto: LOFAGE

L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (B.O.E. núm. 298, de 14 de diciembre de 1999) Cita en texto: LOPD

Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (B.O.E. núm. 7, de 08 de enero de 2000) Cita en texto: LECiv

R.D. 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (B.O.E. núm. 164, de 10 de julio de 2001) Cita en texto: EGAE

Código Deontológico de la Abogacía Española adaptado al Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, aprobado en el Pleno de 27 de noviembre de 2002 y modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002. Cita en texto: Código Deontológico de la Abogacía Española

L.O. 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (B.O.E. núm. 73, de 26 de marzo de 2002) Cita en texto: LORDA

L.O. 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (B.O.E. núm. 154, de 28 de Junio de 2002) Cita en texto: LOPP

Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (B.O.E. núm. 310, de 27 de diciembre de 2002).

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (B.O.E. núm. 164, de 10 de Julio de 2003) Cita en texto: LC

Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (B.O.E. núm. 276, de 18 de noviembre de 2003) Cita en texto: LGS

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (B.O.E. núm. 289, de 3 de diciembre de 2003)

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (B.O.E. núm. 302, de 18 de Diciembre de 2003) Cita en texto: LGT

Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (B.O.E. núm. 171, de 19 julio de 2006)

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (B.O.E. núm. 159, de 04 de julio de 2007) Cita en texto: LDC

RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (B.O.E. núm. 33, de 07 de febrero de 2009)

Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (B.O.E. núm. 82, de 4 de abril de 2009) Cita en texto: LMESM

Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (B.O.E. núm. 266, de 4 de noviembre de 2009)

Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (B.O.E. núm. 103, de 29 de abril de 2010)

L.O. 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (B.O.E. núm. 152, de 23 de junio de 2010)

R.D.L. 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (B.O.E. núm. 161, de 03 de julio de 2010) Cita en texto: TRLSC

Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la UE de resoluciones judiciales de decomiso (B.O.E. núm. 61, de 10 de marzo de 2010)

Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (B.O.E. núm. 245, de 11 de octubre de 2011) Cita en texto: LMAP

R.D. 1611/2011, de 14 de noviembre, por el que se modifica el R.D. 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (B.O.E. núm. 290, de 2 de diciembre de 2011)

R.D.L. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (B.O.E. núm. 276, de 16 de noviembre de 2011)

L.O. 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del CP en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social (B.O.E. núm. 312, de 28 diciembre de 2012)

Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa (B.O.E. núm. 226, de 17 de septiembre de 2014)

Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE (B.O.E. núm. 282, de 21 de noviembre de 2014)

Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades (B.O.E. núm. 288, de 28 de noviembre 2014)

L.O. 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del CP (B.O.E. núm. 77, de 31 de marzo de 2015)

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (B.O.E. núm. 101, de 28 de abril de 2015)

L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (B.O.E. núm. 174, de 22 de julio de 2015)

L.O. 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas (B.O.E. núm. 239, de 6 de octubre de 2015).

Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales (B.O.E. núm. 239, de 6 de octubre de 2015).

1.4.- Leyes extranjeras

Estados Unidos. *U.S. Constitution* de 17 de septiembre de 1787

Holanda. *Wetboek van Strafrecht* del año 1881

Italia. *Codice penale italiano* de 1931. Cita en texto: CPP italiano

Estados Unidos. *Federal Rules of Criminal Procedure* de 21 de marzo de 1946

Alemania. *Gerichtserfassungsgesetz* de 1950. Cita en texto: GVG

Estados Unidos: *Model Penal Code* del año 1962

Estados Unidos. Foreign Corrupt Practices Act del año 1977. Cita en texto: FCPA

Estados Unidos. *Federal Rules of Evidence* del año 1975

Reino Unido. Interpretation Act del año 1978

Estados Unidos. *Arms Export Control Act* del año 1976

Estados Unidos. *Export Administration Act* del año 1979

Canadá. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 1º parte de la Constitución canadiense de 1982

Alemania: *Strafprozeßordnung* del año 1987. Cita en texto: StPO

Italia. *Codice di Procedura Penale*. D. del Presidente de la República n. 447, de 22 de septiembre de 1988. Cita en texto: CPP italiano

Australia. *Evidence Act*. Act. n. 2 del año 1995, con las modificaciones introducidas por Ley n. 132 del año 2011.

Italia: D. Lgs. de 8 de junio de 2001, n. 231 "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità jurídica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*", G.U. núm. 140, de 19 de junio de 2001. Cita en texto D. Lgs. 231

Italia: D.P.R. de 14 de noviembre de 2002, n. 313, "*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti. (Testo a)*", publicado en G.U. n. 36, de 13 de febrero de 2003, suplemento ordinario n.22. Cita en texto: D.P.R. n. 313, de 14 de noviembre de 2002

Estados Unidos. *Sarbanes-Oxley Act*. Pub. L. No. 107-204, 116 Stat. 745, de 30 de julio de 2002. Cita en texto: SOX

Francia: Code Pénale francés, ordenanza nº 2005-759, de 4 de julio de 2005. Cita en texto; C.P. francés

Austria: Ley Federal sobre responsabilidad de las asociaciones por delito (*Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlungen Verbandsverantwortlichkeitsgesetz* del año 2005. Cita en texto: VbVG

Francia: *Code de Procédure Pénale*. Ley nº 2005-1550, de 12 de diciembre de 2005. Cita en texto: CPP francés

Suiza: Codice di diritto processuale penale, de 5 de octubre de 2007. Cita en texto: CPP suizo

Reino Unido. *Corporate Homicide Act* del año 2007

Chile: Ley núm. 20.393 que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho, promulgada el 25 de noviembre de 2009. Cita en texto: Ley 20.393

Estados Unidos. Dodd-Frank Act, de 21 de julio de 2010

2.- Resoluciones judiciales

2.1.- Jurisprudencia del TEDH

STEDH de 16 de julio de 1971. Caso Ringeisen c. Alemania

STEDH de 13 de mayo de 1980. Caso Ártico c. Italia

STEDH de 22 de octubre 1981. Caso Dudgeon c. Reino Unido.

STEDH de 26 de marzo de 1982. Caso Adolf c. Austria

STEDH de 13 de julio de 1983. Caso Zimmermann y Steiner c. Suiza

STEDH de 21 de febrero de 1984. Caso Öztürk c. República Federal Alemana

STEDH de 9 de abril de 1984. Caso Goddi c. Italia

STEDH de 2 de agosto de 1984. Caso Malone c. Reino Unido

STEDH de 27 de noviembre de 1987. Caso Ben Yaacoub c. Bélgica

STEDH de 23 de abril de 1987. Caso Erckner y Hofauer c. Austria

STEDH de 19 de diciembre de 1989, Kamasinski c. Austria

STEDH de 21 febrero 1990. Caso Hakansson y Sturesson c. Suecia

STEDH de 28 noviembre 1991. Caso S. contra Suiza

STEDH de 12 de octubre de 1992. Caso T. c. Italia

STEDH de 25 de febrero de 1993. Caso Funke c. Francia

STEDH de 17 de diciembre de 1996. Caso Saunders c. Reino Unido

STEDH de 8 de febrero de 1996. Caso John Murray c. Reino Unido

STEDH de 30 de julio de 1998. Caso Valenzuela Contreras c. España

STEDH de 21 de enero de 1999. Caso Van Geyseghem c. Bélgica

STEDH de 18 febrero 1999. Caso Laino c. Italia

STEDH de 8 junio 1999. Caso Nunes Violante c. Portugal

STEDH de 16 de febrero de 2000. Caso Amman c. Suiza

STEDH de 20 de junio de 2000. Caso Foxley c. Reino Unido

STEDH de 30 noviembre 2000. Caso Kwiatkowska c. Italia

STEDH de 30 de enero de 2001. Caso Vaudelle c. Francia

STEDH de 13 de febrero de 2001. Caso Krombach c. Francia

STEDH de 25 de septiembre de 2001. Caso Kiziloz c. Turquía

STEDH de 3 de mayo de 2001. Caso J. B. c. Suiza

STEDH de 25 de julio de 2002. Caso Sovtransavto Holding c. Ucrania

STEDH de 10 de noviembre de 2004. Caso Sejdicovic c. Italia.

STEDH de 24 de marzo de 2005. Caso Stoichkov c. Bulgaria

STEDH de 31 marzo 2005. Caso Casp Mariani c. Francia
STEDH de 5 de octubre de 2006. Caso Viola c. Italia
STEDH de 11 de julio de 2006. Caso Jallohc c. Alemania
STEDH de 13 de marzo de 2007. Caso Castravet c. Moldavia
STEDH de 3 de abril de 2007. Caso Copland c. Reino Unido
STEDH de 24 de mayo de 2007. Caso Da Luz Domingues Ferreira c. Bélgica
STEDH de 28 de junio de 2007. Caso *Association for European integration and Human Rights and Ekimdzhev* c. Bulgaria
STEDH de 29 de junio de 2007. Caso O’Halorand y Francis c. Reino Unido
STEDH de 28 de febrero de 2008. Caso Demebukov c. Bulgaria
STEDH de 28 de abril de 2008. *Caso Hutten-Czapska* c. Polonia
STEDH de 18 enero 2011. Caso Mgn Limited c. Reino Unido
STEDH de 31 de enero de 2012. Caso Stoyanov c. Bulgaria

2.2.- Jurisprudencia comunitaria

STJCE, 18 de mayo 1982, Caso *AM & S Limited*, C 155/79 Rec. 417
STJCE, de 10 de julio de 1986, Caso *Segers*, Asunto 79/85
STJCE de 18 de octubre de 1989, Caso *Orkem/Comisión*, Asunto 374/97
STJUE (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, *Caso Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals/Comisión y otros, rec. C-550 P/2007*

2.2.- Jurisprudencia Constitucional

STC 2/1981, de 30 de enero
STC 25/1981, de 14 de julio
STC 30/1981, de 24 de julio
STC 30/1982, de 1 de junio
STC 41/1982, de 2 de julio
STC 77/1983, de 3 de octubre
STC 74/1983, de 30 de julio
STC 2/1983, de 24 de enero
STC 48/1984, de 4 de abril
STC 70/1984, de 11 de junio
STC 110/1984, de 26 de noviembre

STC 114/1984, de 29 noviembre
STC 36/1984, de 14 de marzo
STC 22/1984, de 17 de febrero
STC 87/1984, de 27 de julio
STC 5/1985, de 23 de enero
STC 44/1985, de 22 de marzo
ATC 257/1985, de 17 de abril
ATC 241/1985, de 17 de abril de 1985
STC 88/1985, de 19 de julio
STC 96/1985, de 29 de julio
STC 103/1985, de 4 de octubre
STC 107/1985, de 7 de octubre
STC 137/1985, de 17 octubre
STC 141/1985, de 22 octubre,
STC 7/1986, de 21 de enero
STC 149/1986, de 26 de noviembre
STC 112/1987, de 2 de julio
STC 144/1987, de 23 de septiembre
STC 151/1987 de 2 de octubre
STC 196/1987, de 11 diciembre
ATC 837/1988, de 4 de julio
STC 23/1989, de 2 febrero
ATC 171/1989, de 3 abril
STC 196/1989, de 27 de noviembre
STC 8/1990, de 18 de enero
STC 76/1990, de 26 de abril
STC 123/1991, de 3 de junio
STC 120/1990, de 27 de junio
STC 149/1991, de 4 de julio
STC 76/1992, de 14 de mayo
STC 167/1992, de 26 de octubre
STC 241/1992, de 21 de diciembre
STC 12/1993, de 18 de enero
STC 103/1993, de 22 de marzo
STC 292/1993, de 18 de octubre

STC 16/1994, de 20 de enero
STC 34/1994, de 31 de enero
STC 57/1994, de 28 de febrero
STC 99/1994, de 11 de abril
STC 108/1994, de 11 de abril
STC 146/1994, de 12 de mayo
STC 181/1994, de 20 de junio
STC 50/1995, de 23 de febrero
STC 29/1995, de 6 de febrero
STC 128/1995, de 26 de julio
STC 139/1995, 26 septiembre
SSTC 197/1995, de 21 de diciembre
STC 30/1996, de 27 de febrero
STC 49/1996, de 26 de marzo
STC 79/1999 de 26 de abril
STC 207/1996, de 16 de diciembre
STC 10/1997, de 14 de enero
STC 44/1997, de 10 de marzo
STC 66/1997, de 7 de abril
STC 471/1997, de 7 de abril
STC 98/1997, de 20 de mayo
STC 135/1997, de 21 de julio
STC 154/1997, de 29 de septiembre
STC 161/1997, de 2 de octubre
STC 186/1997, de 10 de noviembre
STC 228/1997, de 16 de diciembre
STC 25/1998, de 23 de febrero
STC 117/1998, de 2 de junio
STC 49/1999, de 5 de abril
STC 69/1999, de 26 abril
STC 162/1999, de 27 de septiembre
STC 177/1999, de 11 de octubre
STC 36/2000, de 14 de febrero
STC 47/2000, de 17 de febrero
STC 65/2000 de 13 de marzo

STC 91/2000, de 30 de marzo
STC 98/2000, de 10 de abril
STC 134/2000, de 16 de mayo
STC 163/2000, de 12 de junio
STC 186/2000, de 10 de julio
STC 207/2000, de 24 de julio
STC 14/2001, de 29 de enero
STC 64/2001, de 17 de marzo
STC 67/2001, de 17 de marzo
STC 129/2001, de 4 de junio
STC 152/2001, de 2 de julio
STC 191/2001, de 1 de octubre
STC 10/2002, de 17 enero
STC 70/2002, de 3 de abril
STC 137/2002, de 3 de junio
STC 191/2003, de 27 de octubre
STC 198/2003, de 10 de noviembre
STC 2/2003, de 16 de enero
STC 22/2003, de 10 de febrero
ATC 61/2003, de 19 de febrero
STC 56/2003, de 24 de marzo
STC 95/2003, de 22 de mayo
STC 184/2003, de 23 de octubre
STC 181/2004, de 2 de noviembre
STC 18/2005, de 1 de febrero
STC 93/2005, de 18 de abril
STC 93/2005, de 20 de abril
STC 127/2005, de 23 de mayo
STC 165/2005, de 20 de junio
STC 249/2005, de 10 de octubre
STC 275/2005, de 7 de noviembre
STC 334/2005, de 20 de diciembre
STC 13/2006, de 16 de enero
ATC 18/2006, de 24 de enero
STC 34/2006, de 13 de febrero

STC 68/2006, de 13 de marzo
STC 81/2006, de 13 marzo
STC 104/2006, de 3 de abril
STC 150/2006, de 22 de mayo
STC 170/2006, de 5 de junio
STC 219/2006, de 3 de julio
STC 253/2006, de 11 de septiembre
STC 281/2006, de 9 de octubre
ATC 394/2006, de 7 de noviembre
ATC 383/2006, de 2 de noviembre
ATC 26/2007, de 5 febrero
STC 38/2008, de 12 de abril
STC 178/2007, de 23 de julio
STC 230/2007, de 5 noviembre
STC 220/2007, de 8 de octubre
STC 258/2007, de 18 diciembre
STC 91/2008, de 21 de julio
STC 6/2009, de 12 de enero
STC 70/2009, de 23 marzo
STC 142/2009, de 15 de junio
STC 197/2009, de 28 septiembre
STC 67/2011, de 16 mayo
STC 12/2012, de 30 enero
STC 74/2012, de 16 de abril
STC 96/2012, de 7 de mayo
STC 241/2012, de 17 diciembre
STC 122/2013 de 20 de mayo
STC 153/2013 de 9 septiembre
ATC 180/2013, de 17 de septiembre
STC 170/2013, de 7 de octubre
STC 171/2013, de 7 de octubre
STC 216/2013, de 19 diciembre
STC 137/2014 de 8 de septiembre
STC 7/2015, de 22 de enero
STC 8/2015, de 22 de enero

STC 18/2015, de 16 febrero

STC 54/2015, de 16 marzo

2.3.- Jurisprudencia ordinaria

STS (Sala 2ª) de 27 de septiembre de 1982, RJ 1982\4969

STS (Sala 2ª) de 21 de septiembre 1987, RJ 1987\6608

STS (Sala 2ª) de 27 de junio de 1990, RJ 1990\5718

STS (Sala 2ª) de 17 de enero de 1991, RJ 1991\129

STS (Sala 2º) de 14 de enero de 1992, RJ 1992\154

STS (Sala 2ª) de 23 abril de 1992, RJ 1992\6783

ATS (Sala 2ª) de 18 de junio de 1992, RJ 1992\6102

STS (Sala 2ª) núm. 1749/1992, de 15 julio, RJ 1992\6371

STS (Sala 2ª) de 5 marzo 1993, RJ 1994\700

STS (Sala 2ª) núm. 659/1993, de 22 de marzo, RJ\1993\2487

STS (Sala 2ª) núm. 711/1993, de 24 de marzo, RJ 1993\2502

STS (Sala 2ª) núm. 2206/1993, de 11 de octubre, RJ 1993\7371

STS (Sala 2ª) núm. 2539/1993, de 14 de noviembre, RJ 1993\8575

STS (Sala 2ª) 2773/1993, de 9 de diciembre, RJ 1993\9272

ATS (Sala 2ª) de 23 de noviembre de 1994. Causa especial 2270/1994.

STS (Sala 2º) núm. 157/1995, de 8 de febrero, RJ 1995\713

STS (Sala 2ª) núm. 206/1995, de 10 de febrero, RJ 1995\814

STS (Sala 2ª) núm. 204/1995, de 15 de febrero, RJ 1995\865

STS (Sala 1ª) de 8 junio 1995, RJ 1995\4908

STS (Sala 2ª) núm. 860/1995, de 6 de julio, RJ 1995\5387

STS (Sala 2ª) núm. 1089/1995, de 6 de noviembre, RJ 1995\80156

STS (Sala 2ª) núm. 1017/1997, de 11 de julio, RJ 1997\5753

STS (Sala 2ª) núm. 530/1996, de 18 de julio, RJ 1996\591

STS (Sala 2ª) núm. 340/1997, de 7 de marzo, RJ 1997\1958

STS (Sala 2ª) núm. 627/1997, de 8 de mayo, RJ 1997\4040

STS (Sala 2º) núm. 1529/1997, de 1 de diciembre, RJ 1997\9061.

STS (Sala 2º) núm. 1533/1997, de 1 de diciembre, RJ 1997\8707,

STS (Sala 2ª) núm. 1463/1997, de 2 de diciembre, RJ 1997\8762

STS (Sala 2ª) 1505/1997, de 9 de diciembre, RJ 1997\8938

STS (Sala 2ª) núm. 579/1998, de 22 de abril, RJ 1998\3811

STS (Sala 2ª) núm. 633/1998, de 26 de junio, RJ 1998\5598
STS (Sala 2ª) núm. 971/1998, de 27 de julio, RJ 1998\6990
STS (Sala 2ª) núm. 1052/1998, de 21 de septiembre, RJ 1998\7497
STS (Sala 2ª) núm. 1522/1998, de 2 de diciembre, RJ 1998\10077
STS (Sala 2ª) núm. 1178/1998, de 10 de diciembre, RJ 1998\10336
STS (Sala 2ª) núm. 43/2000, de 25 de enero, RJ 2000\210
STS (Sala 2ª) núm. 453/2000, de 14 de marzo, RJ 2000\1196
STS (Sala 2ª) núm. 566/2000, de 5 de abril, RJ 2000\1445
STS (Sala 2ª) núm. 667/2000, de 12 de abril, RJ 2000\3037

AAP Barcelona (Sección 3ª) de 25 de abril 2000, ARP 2000\1342

STS (Sala 2ª) núm. 1989/2000, de 3 de mayo, RJ 2002\254
STS (Sala 1ª) núm. 1/2001, de 17 enero, RJ 2001\1314
STS (Sala 2ª) núm. 1197/2001, de 20 junio, RJ 2001\7264
STS (Sala 2ª) núm. 2026/2001, de 28 de noviembre, RJ 2001\10328
SAP Vizcaya (Sección 6ª) núm. 26/2002, de 21 de febrero, JUR 2002\228238
STS (Sala 2ª) 591/2002, de 1 de abril, RJ 2002\5444
SSTS (Sala 2ª) núm. 630/2002, de 16 de abril, RJ 2002\4210
STS (Sala 2ª) 866/2002, de 16 de mayo, RJ 2002\6382
STS (Sala 2ª) núm. 867/2002, de 29 de julio, RJ 2002\6357
STS (Sala 2ª) núm. 1789/2002, de 31 de octubre, RJ 2002\9912
ATS (Sala 2ª) de 20 de enero 2003, RJ 2003\251
STS (Sala 2ª) núm. 539/2003, de 30 de abril, RJ 2003\3085
STS (Sala Especial del art. 61 LOPJ) de 3 mayo de 2003, RJ 2003\4452
STS (Sala 2ª) núm. 759/2003, de 23 de Mayo, RJ 2003\6378
STS (Sala 2ª) 49/2003, de 9 de junio, RJ 2003\7159
STS (Sala Especial del art. 61 LOPJ) de 5 octubre de 2003, RJ 2003\6403
STS (Sala 2ª) núm. 930/2004, de 19 de julio, RJ 2004\7969
STS (Sala 1ª, Sección 1ª), núm. 979/2004, de 19 octubre, RJ 2004\6078
AAP de Castellón (Sección 1ª) núm. 390/2004, de 28 diciembre, ARP\2004\754.

STS (Sala 2ª) núm. 183/2005, de 18 de febrero, RJ 2005\5295
STS (Sala 2ª) núm. 442/2005, de 11de abril, RJ 2005\4351
STS (Sala 2ª) núm. 690/2005, de 3 de junio, RJ 2005\7845
SAP Barcelona (Sección 16ª, Civil) núm. 463/2005, de 21 septiembre, AC 2006\119
ATS (Sala 2ª) de 25 de noviembre 2005, RJ 2006\402

STS (Sala 2º) 260/2006, de 9 de marzo, RJ 2006\920
STS (Sala 2ª) núm. 514/2006, de 5 de mayo, RJ 2006\3149
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 487/2007, de 29 mayo, RJ 2007\3597
STS (Sala 2º, Sección 1ª) 457/2007, de 29 de mayo, RJ 2007\4816
STS (Sala 4ª, Sección 1ª) de 26 septiembre de 2007, RJ 2007\7514
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1045/2007, de 17 de diciembre, RJ 2007\8844
SAN (Sala de lo Penal, Sección 3ª), de 19 de diciembre de 2007
STS (Sala 2ª) núm. 54/2008, de 8 de abril, RJ 2008\1325
SAP Valencia (Sección 5ª) núm. 182/2008, de 6 de junio, JUR 2008\309822
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) 398/2008, de 23 de junio, RJ 2008\4732
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 363/2008, de 23 de junio, RJ 2008\5478
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 799/2008, de 25 de noviembre, RJ 2008\7276
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) 938/2008, de 3 de diciembre, RJ 2009\172
ATSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal) de 11 de febrero de 2010
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 7/2009, de 7 de enero, RJ 2009\1314
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 352/2009, de 31 de marzo, RJ 2009\2937
ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1105/2009, de 14 de mayo, JUR 2009\255287
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 480/2009, de 22 mayo, RJ 2010\662
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1246/2009, de 30 de noviembre, RJ 2009\5963
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1197/2009, de 1 diciembre, RJ 2010\182
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 236/2010, de 16 de marzo, RJ 2010\2421
STS (Sala 3ª, Sección 1ª) de 23 abril de 2010, RJ\2010\3636
STS (Sala 3ª, Sección 1) de 23 abril de 2010, RJ 2010\4721
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 410/2010, de 11 de mayo, RJ 2010\5184
STS (Sala 2ª) núm. 1020/1999 de 23 junio, RJ 1999\5836.
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 606/2010, de 25 de junio, RJ\2010\7169
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 607/2010, de 30 de junio, RJ 2010\7181
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 798/2010, de 24 de septiembre, RJ 2010\7633
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 922/2010, de 28 de octubre, RJ 2010\8177
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) 971/2010, de 12 de noviembre, RJ 2010\9001
STS (Sala 3ª, Sección 2ª) 22 de noviembre de 2010, RJ 2011\1018
STS (Sala 1ª, Sección 1ª) núm. 740/2010, de 24 noviembre, RJ 2011\580
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 88/2011, de 11 de febrero, RJ 2011\1943
ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) de 18 mayo 2011, JUR 2011\184268
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 520/2011, de 31 de mayo, RJ 2011\4062

AJCI núm. 2, de 30 agosto de 2011, ARP\2011\970
STS (Sala 4ª, Sección 1ª) de 6 de octubre de 2011, RJ 2011\7699
AJCI núm. 6, 11 de octubre de 2011, Rec. 19/2011.
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1100/2011, de 27 de octubre, RJ 2012/1099
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) 79/2012, de 9 de febrero, RJ\2012\199
STS (Sala 1ª, Sección 1ª), núm. 121/2012, de 7 marzo, RJ 2012\5269
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 199/2012, de 15 de marzo, RJ 2012\4720
SAP Valencia (Sección 1ª, Penal) núm. 323/2012, de 30 mayo, ARP\2012\704
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 598/2012, de 5 de julio, RJ/2013/2300
AJCI núm. 4, de 30 de julio de 2012
SJI núm. 2 de Marchena, de 10 de octubre de 2012
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 740/2012, de 10 de octubre, RJ 2012\9473
STS (Sala 1ª, Sección 1ª) núm. 947/2012, de 28 noviembre, RJ 2012\10871.
STS (Sala 2ª, Sección 1ª), núm. 974/2012, de 5 diciembre, RJ 2013\217
ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) de 6 marzo 2013, JUR 2013\110602
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 200/2013, de 12 marzo, RJ 2013\2723
STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo C-A, Sección 3ª) núm. 420/2013, de 15 marzo, JT\2013\928
AJCI núm. 5, de 4 de abril de 2013
AJCI núm. 5, de 16 de abril de 2013
AJCI núm. 5, de 26 de abril de 2013, DD.PP. núm. 275/08
AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª) núm. 19/2013, de 8 de mayo
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 474/2013, de 24 de mayo, RJ 2013\4415
AJCI núm. 6, de 27 de septiembre de 2013. Sumario 11/2013
ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) de 8 de octubre 2013, RJ 2013\7102
SAP Sevilla (Sección 4ª, Penal) núm. 562/2013, de 5 noviembre, ARP\2013\1367
AJCI núm. 5, de 22 de enero de 2014, ARP 2014\11
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 26/2014, de 30 de enero, RJ 2014\800.
STS (Sala 2ª) núm. 46/2014, de 11 de febrero, RJ 2014\1326
SAP Madrid (Sección 13ª, Penal) 52/2014, de 18 febrero, AC 2014\240
AJCI núm. 5, de 20 de febrero de 2014, ARP 2014\41
SAP de Barcelona, de 19 de febrero de 2014
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 277/2014, de 7 de abril, RJ\2014\2181
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 251/2014, de 13 de abril, RJ 2015\1852
STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 394/2014, de 7 de mayo, RJ 2014\3296

STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 371/2014, de 7 mayo, RJ 2014\2373
 STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 383/2014, de 16 de mayo, RJ 2014\2812
 AAN (Sala de lo Penal, Sección 2ª), de 19 de mayo de 2014, DD.PP. 26/2012
 STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 528/2014, de 16 de junio, RJ\2014\3451
 AJCI núm. 6, de 30 de junio de 2014, DD.PP. 26/2012
 STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 596/2014, de 23 de julio, RJ 2014\6426;
 ATS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 1708/2014, de 9 de octubre, JUR 2015\23485
 ATS (Sala 2ª, Sección 1ª), de 13 de noviembre de 2014, JUR 2014\272065
 STS (Sala 1ª, Sección 1ª) núm. 678/2014, de 20 de noviembre, RJ 2014\6116
 AAN (Sala de lo Penal, Sección 4ª) núm. 260/2014, de 17 de diciembre, ARP 2014\1700
 STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 881/2014, de 15 de diciembre, RJ 2014\6845
 SAP de Madrid (Sección 3ª) núm. 742/2014, de 17 diciembre, JUR 2015\58575
 STS (Sala 3ª, Sección 6ª) de 6 de febrero de 2015, RJ 2015\656
 STS (Sala 2ª, Sección 1ª) núm. 514/2015, de 2 de septiembre, JUR 2015\224389

2.4.- Acuerdos no jurisdiccionales del TS

TS (Sala 2ª) Acuerdo no jurisdiccional del 27 de noviembre de 1998

TS (Sala 2ª) Acuerdo no jurisdiccional del Pleno, de 25 de febrero de 2000, competencia frente a sentencias dictadas por A.N, AA.PP. y TT.SS.J, naturaleza, contenido y efectos, JUR 2002\77548

TS (Sala 2ª) Acuerdo no Jurisdiccional de 3 de febrero de 2005, sobre los criterios de atribución de la competencia: por razón del territorio y el principio de ubicuidad, JUR 2005\73172

TS (Sala 2ª) Acuerdo no Jurisdiccional de 16 de diciembre de 2008 sobre la validez de la declaración en el plenario del coimputado juzgado con anterioridad que acude como testigo al juicio de otro acusado, JUR 2009\45633

2.5.- Resoluciones judiciales extranjeras

Estados Unidos. *Paul v. Virginia*, 80 U.S. (8 Wall.) 168 (1868)

Reino Unido. *Triplex Safety Glass Co. Ltd v. Lance Gaye Safety Glass* (1934) Ltd [1939] 2 KB 395, 409

Estados Unidos. *United States v. Hilton Hotels Corporation*, 467 F. 2d, 1000 (9th Cir. 1972)

Estados Unidos. *Bellis v. U.S.* 417 U.S. 85 (1974)

- Estados Unidos. *Amway Corp.* 1989, 1 S.C.R 21, 56 D.L.R. (4th) 309
- Estados Unidos. *Hale v. Henkel*, 201 U.S. 43 (1906)
- Estados Unidos. *Blackmer v. United States*, 284 U. S. 421 (1932)
- Estados Unidos. *United States v. Armco Steel Corporation* 252 F. Supp. 364 (S. D. Cal. 1966)
- Estados Unidos. *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967)
- Estados Unidos. *Upjohn Corporation. v. United States* 499 U.S. 383 (1981)
- Estados Unidos. *Braswell v. United States*, 487 U.S. 99 (1988)
- Estados Unidos. *Wheat v. United States*, 486 U.S. 153, (1988)
- Canadá. *Irwin Toy Ltd. V. Quebec (A.G.)*, 1989, 1 S.C.R., 927, 58 D.L.R. (4th) 577, 632-633
- Canadá. *Wholesale Travel Group Inc.*, 1991, 3 S.C.R. 154, 84, D.L.R. (4th) 161, 177-178
- Australia. *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Co. Pty. Ltd.*, (1993) 178 CLR 477
- Estados Unidos. *United States v. Nippon Paper Industries Co.* 109 F.3d 1 (1st Cir. 1997)
- Estados Unidos. *Arthur Andersen LLP v. United States*, 544 U.S. 696 (2005)
- Italia. Corte Cassazione. *Cass. Pen. Sez. VI*, 23 de junio de 2006-2 de octubre de 2006, n. 32627.
- Estados Unidos. *SEC v. Willbros Group, Inc.*, et al., No. 4:08-cv-01494 (S.D. Tex. 2008)
- Italia. Corte Costituzionale, S. 29/2009, 26/01/2009, depósito 06/02/2009, G. U. 11/02/2009, n. 6, norma impugnada art. 238 bis CPP

3.- Informes, Dictámenes, Acuerdos y otros materiales

Comité de Ministros del Consejo de Europa. Resolución (75) 11, de 21 de mayo de 1975 sobre los criterios aplicables en los juicios en rebeldía

Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendación (81) 12, de 25 de junio de 1981 sobre la criminalidad en materia económica.

Comité de Ministros del Consejo de Europa. Recomendación (87) 18, de 17 de septiembre de 1987, para la simplificación de la Justicia penal

FGE. Circular 1/1989, de 25 de marzo de 1989, sobre el procedimiento abreviado introducido por la L.O. 7/88, de 28 de diciembre. Boletín Ministerio Justicia 1522/1989.

FGE. Instrucción 1/1996, 15 de enero de 1996, sobre competencias y organización de la Fiscalía especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/ins01_1996.pdf?idFile=6f49660a-5ddd-4d0d-a2b6-601a2434da2a

FGE. Consulta 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros copartícipes. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CO01-2000.pdf?idFile=790a80c7-b466-48ed-8544-952ecf0519a9

DGRN Resolución de 14 de febrero de 2001. Disponible en <http://portaljuridico.lexnova.es/doctrinaadministrativa/JURIDICO/128852/resolucion-dgrn-de-14-de-febrero-de-2001-denegacion-de-inscripcion-escritura-de-compraventa>

Relazione Ministeriale al D. Lgs n. 231/2001. Disponible en http://www.aodv231.it/pagina_sezione.php?id=10

DGRN. Resolución de 25 de marzo de 2004

Comisión Europea. Libro Verde sobre la aproximación, el reconocimiento mutuo y la ejecución de penas en la UE /COM/2004/0334 final /, documento 52004DC0334, de 30 de abril de 2004, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52004DC0334>

Consejo de Ministros. Acuerdo sobre Directrices de técnica normativa de 22 de julio de 2005. Resolución de 28 de julio de 2005 de la Subsecretaría del Consejo de Ministros por el que se da publicidad al citado acuerdo (B. O. E. núm. 180, de 29 de julio de 2005).

Pleno del C.G.P.J. Acuerdo de 15 noviembre de 2005, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (B. O. E. núm. 231 de 27 de noviembre de 2005)

CNMV. Código Unificado de Buen Gobierno aprobado por Resolución del 22 de mayo de 2006, disponible en https://www.cnmv.es/DocPortal/Publicaciones/CodigoGov/Codigo_unificado_Esp_04.pdf

C.G.P.J. Informe de 3 de noviembre de 2006 a propósito del Anteproyecto de reforma del CP aprobado en el Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006 y publicado en el BOCG de 15 de enero de 2007 (núm. expte. 97/2015)

Consejo Fiscal. Informe al Anteproyecto de reforma del CP aprobado en el Consejo de Ministros el 14 de julio de 2006 y publicado en el BOCG de 15 de enero de 2007 (núm. expte. 97/2015)

AEPD. Informe 2007/0128 sobre creación de sistemas de denuncias internas en las empresas (mecanismos de “whistleblowing”). Disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/otras_cuestiones/common/pdfs/2007-0128_Creaci-oo-n-de-sistemas-de-denuncias-internas-en-las-empresas-mecanismos-de-whistleblowing.pdf

AEPD. Informe 0247/2008, sobre el uso de los correos electrónicos de los trabajadores por parte de las empresas según la LOPD. Disponible en http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/informes_juridicos/cesion_datos/common/pdfs/2008-0247_Acceso-por-el-empresario-al-correo-electr-oo-nico-de-los-trabajadores.pdf

DGRN. Resolución de 14 de febrero de 2008

CGPJ. Informe al Proyecto de RD por el que se modifica el RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia. Disponible en www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-proyecto-de-Real-Decreto-por-el-que-se-modifica-el-RD-95-2009--de-6-de-febrero--por-el-que-se-regula-el-sistema-de-registros-administrativos-de-apoyo-a-la-Administracion-de-Justicia-y-se-crea-el-Fondo-Documetal-de-Requisitorias

FGE. Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del CP efectuada por L.O. 5/2010. Disponible en https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/CIRCULAR%201.2011%20PERSONA%20JUR%C3%8DDICA%20DEFINITIVA.pdf?idFile=e28272cb-5b4f-47d5-a4ec-3854aea806e3

GIMENO SENDRA, V.; GIMENO BEVIÁ, J., Dictamen de 18 de abril de 2012 solicitado por el Consejo General de la Abogacía sobre los “Código de buena conducta de las personas jurídicas”, pp. 1-56. Disponible en <http://www.icava.org/documentacion/persjuridica.pdf>, última consulta 10/08/2015.

Consejo de Estado. Dictamen al Anteproyecto de L.O. por la que se modifica el CP (núm. expte. 358/2013) aprobado el 27 de junio de 2013

OCDE. Informe anual del año 2013, que lleva por título Working Group on Bribery, Annual report on activities undertaken in 2012, disponible en <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/AntiBriberyAnnRep2012.pdf>, última consulta 12/01/2015

Observatorio de Responsabilidad Social Corporativa. Informe del 29 de mayo 2014, titulado “La responsabilidad Social Corporativa en las memorias anuales de las empresas del IBEX35”, disponible en <http://observatoriorsc.org/las-empresas-del-ibex35-omiten-riesgos-en-las-memorias-de-rsc/>

Consejo de Estado. Dictamen al Anteproyecto de L.O. de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas (núm. expte. 97/2015) aprobado el 5 marzo de 2015. Disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2015-97>

CGPJ. Secretaría General. Informe al Anteproyecto de L.O. de modificación de la LECrim para la agilización de la justicia penal, el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de integración tecnológica (núm. expte. 97/2015) aprobado por Acuerdo del 12 de enero de 2015. Disponible en <http://pdfs.wke.es/2/1/8/8/pd0000102188.pdf>