



## TÍTULO

**LA RESPONSABILIDAD PENAL EN LA PERSONA JURÍDICA**

## AUTOR

**Francisco Estepa Domínguez**

Tutora  
Curso

©

©

**Esta edición electrónica ha sido realizada en 2012**

Patricia Benavides Velasco

Experto Universitario en Derecho Societario

Francisco Estepa Domínguez

Para esta edición, la Universidad Internacional de Andalucía



## Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas

### Usted es libre de:

- Copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra.

### Bajo las condiciones siguientes:

- **Reconocimiento.** Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciadore (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o apoyan el uso que hace de su obra).
  - **No comercial.** No puede utilizar esta obra para fines comerciales.
  - **Sin obras derivadas.** No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.
- 
- *Al reutilizar o distribuir la obra, tiene que dejar bien claro los términos de la licencia de esta obra.*
  - *Alguna de estas condiciones puede no aplicarse si se obtiene el permiso del titular de los derechos de autor.*
  - *Nada en esta licencia menoscaba o restringe los derechos morales del autor.*

# **LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA**

Francisco Estepa Domínguez

PROYECTO FINAL III EXPERTO EN DERECHO SOCIETARIO

**UNIA**

## INDICE

### **I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN**

### **II. IMPUTABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA.**

#### 1.1. DERECHO COMPARADO.

#### 2.2. DERECHO ESPAÑOL.

##### 2.2.1. Posiciones doctrinales.

##### 2.2.2. Antecedentes legislativos.

### **III. LEY ORGÁNICA 5/2.010 DE 22 DE JUNIO: RÉGIMEN REGULADOR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PERSONA JURIDICA.**

#### 3.1. AMBITO DE APLICACIÓN

##### 3.1.1. Concepto de “persona jurídica”.

##### 3.2.2. Personas jurídicas excluidas.

#### 3.2. SISTEMA “NUMERUS CLAUSUS” DE DELITOS

#### 3.3. VÍAS DE IMPUTACIÓN: MODELO DE RESPONSABILIDAD DE LA LEY 5/2.010.

##### 3.3.1 Responsabilidad por acción directa.

##### 3.3.2. Responsabilidad por acción descontrolada.

##### 3.3.3. Relación entre la responsabilidad de la persona física y la persona jurídica.

#### 3.4. CAUSAS DE EXCLUSIÓN, MODIFICACIÓN Y TRANSMISIÓN DE RESPONSABILIDAD.

##### 3.4.1. Causas de exclusión de responsabilidad: cumplimiento “deber de cuidado”: programas de cumplimiento

- 3.4.2 Circunstancias atenuantes.
- 3.4.3. Circunstancias agravantes.
- 3.4.4. Transmisión de responsabilidad penal.

### 3.5. LAS PENAS DE LA PERSONA JURÍDICA

## **IV. ESTATUTO PROCESAL PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.**

- 4.1. Tribunal competente: competencia objetiva.
- 4.2. Presencia y actuación de la persona jurídica en el proceso penal.
  - 4.2.1. Determinación del lugar a efectos de la comunicación de la condición jurídica de imputada.
  - 4.2.2. El representante de la persona jurídica.
  - 4.2.3. Diligencias de investigación. Especial referencia al interrogatorio de la persona jurídica.
  - 4.2.4 Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

## **V. BREVE REFERENCIA AL AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚM. 6 DE ONCE DE OCTUBRE DE 2.011.**

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

### I. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Ha sido un principio firmemente asentado en nuestro Ordenamiento jurídico aquel que proclama la incapacidad de la persona jurídica para ser sujeto activo de un delito (*societas delinquere non potest*). Más tal cuestión ha dado un giro radical a raíz de la Ley Orgánica 5/2.010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que viene a introducir la admisibilidad de dicha responsabilidad. Tal reconocimiento legal tiene su origen en razones de aproximación a los sistemas penales de los Estados de la Unión Europea<sup>1</sup>, en los cuales desde hace tiempo se ha asumido la transformación que ha sufrido el crimen en nuestras sociedades, en cuanto superación de la idea del delito como acto individual y reconocimiento de que el mismo muchas veces es un acto complejo, en el que intervienen agrupaciones de personas organizadas en estructuras regularmente complejas, con lineamientos de división del trabajo y en cuyo seno se concentran grandes dosis de poder<sup>2</sup>.

Pero tal reforma legislativa ha sido objeto de crítica por gran parte de la Doctrina, y ello debido principalmente:

---

<sup>1</sup> El propio Preámbulo de la LO 5/2.010 hace referencia a «*los numerosos instrumentos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas*». Entre otros podemos citar, Recomendación núm. 18 del Consejo de Europa de 1.988, Decisiones Marco 2.005/667, 2.005/222, 2.004/757, 2.004/68.

<sup>2</sup> Tal como refiere la Circular 1/2.011 de la Fiscalía General del Estado, un estudio reciente del Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional detectó que ya en el período 1974-1985, más del 80% de los delitos susceptibles de ser encuadrados en lo que se ha dado en llamar el *Derecho penal económico*, se cometían a través de empresas

- En cuanto a la técnica legislativa empleada, se ha optado por introducir en el Libro I del Código Penal el artículo 31bis - el cual se proyecta a la Parte Especial del citado cuerpo legal mediante el sistema de cláusula específica, tal como veremos más adelante -, que fija el estatuto básico responsabilidad penal de las personas jurídicas, junto a otras normas dispersas<sup>3</sup> que tratan principalmente sobre el sistema de penas aplicables, sin que se haya procedido a una reelaboración profunda de toda la Parte General, necesaria en un sistema penal como el nuestro en el que la teoría general del delito y la teoría del fundamento y fin de la pena están acuñados partiendo de la idea de que los delitos lo cometen solamente personas físicas. *Se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas con absoluta indiferencia de la definición legal del delito recogida en el artículo 10, del principio de responsabilidad subjetiva consagrado en el artículo 5, ambos del Código Penal, y de los principios de culpabilidad y de personalidad de la pena proclamados por el Tribunal Constitucional.*
- Pronosticando RODRIGUEZ MOURULLO, en este sentido, que tal circunstancia producirá graves distorsiones en el sistema penal.
- Desde el prisma del contenido material de la reforma en sí, algunos autores como MORALES PRATS han criticado igualmente la introducción de tal responsabilidad de los entes colectivos, al entender que la misma es incompatible con el principio de responsabilidad penal con el hecho propio, principalmente porque no se esclarecen los propios criterios de imputación específica de la persona jurídica. Si bien a este respecto,

---

<sup>3</sup> El art. 33.7 sobre las penas susceptibles de imponerse a las personas jurídicas; los arts. 52 y 53 sobre la determinación y forma de pago de la pena de multa; el art. 66 bis sobre medición y determinación de las penas imponibles a las personas jurídicas; el art. 116.3, sobre la declaración de la posibilidad de coexistencia en la persona jurídica de responsabilidad civil y penal y el art. 130, que excluye como causa de extinción de la responsabilidad penal de la persona jurídica el hecho de la transformación o fusión de la misma

QUINTERO OLIVARES afirma que es intolerable político-criminalmente una impunidad provocada por la personalidad colectiva, y así hay importantes formas de criminalidad que solamente pueden ser desarrolladas por sociedades, de manera que si bien no les falta parte de razón a tales críticas doctrinales ello no puede llevar a negar de plano la posibilidad de exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

- Por último, MORALES PRATS, entre otros, ha señalado el hecho de que la introducción del estatuto de responsabilidad penal en las personas jurídicas no ha ido acompañada por la regulación de un adecuado régimen procesal, del que carecía la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con el consiguiente riesgo de vulneración de garantías. Como veremos, tal circunstancia ha sido mitigada en gran parte por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que modificó la LECr al respecto y entró en vigor el 1 noviembre 2.011, esto es casi un año después de la reforma del Código Penal.

Pero lo cierto es que una vez adoptada la decisión de política criminal y siendo ya, en consecuencia, parte de nuestro Ordenamiento Jurídico vigente la citada Ley Orgánica 5/2.010 ha pasado ya el tiempo de debates sobre el modelo adoptando, debiendo centrarse la cuestión en los problemas que puedan surgir en la aplicación práctica de dicha materia novedosa en nuestro Derecho, así como señalar posibles pautas de interpretación al respecto. Esta finalidad, junto con la de proporcionar una visión de conjunto de la nueva regulación sobre responsabilidad penal de personas jurídicas, es el objeto del presente trabajo.

## II. IMPUTABILIDAD DE LA PERSONA JURIDICA.

### 2.1 DERECHO COMPARADO.

La imputabilidad es, en la palabras de CONDE-PUMPIDO, la capacidad de actuar culpablemente, esto es cuando el sujeto que ha realizado el acto reúne las condiciones necesarias para que el mismo le sea atribuido a título de dolo o culpa.

En relación a la admisibilidad de la imputabilidad de las personas jurídicas han existido en el Derecho comparado diversas posiciones doctrinales, que podemos agrupar básicamente en tres corrientes:

- a) Teoría de la ficción (SAVIGNY<sup>4</sup>): propugna que los entes colectivos no pueden ser sujetos activos de delitos, ya que solo en la persona natural se da la unidad de conciencia y voluntad, la cual es un atributo de la condición humana, que no concurre en los entes colectivos (ficción jurídica creada por el ser humano).
  
- b) Teoría de la voluntad legal (MICHOUUD, entre otros): según la cual los entes colectivos solo pueden ser sujetos activos de contravenciones o faltas de carácter civil. Coincide con la teoría de la ficción al sostener que a la persona jurídica le falta la voluntad natural, pero supone una superación de esta al propugnar que precisamente por tal falta de voluntad natural la ley ha de asignarle una voluntad (voluntad legal). Y en base a dicha voluntad originada por la norma puede imputárseles la comisión de contravenciones de carácter civil o administrativo, más nunca de ilícitos penales ya los entes colectivos son abstracciones (no ficciones) y no pueden cometer delitos propiamente dichos como lo haría una persona natural.

---

<sup>4</sup> Planteada en su obra "Tratado de Derecho Romano", publicada en 1.840

- c) Teoría de la voluntad real (BESELLER, WEISKE, DERNBURG, BIERKE): los entes colectivos si pueden ser sujetos activos de delitos. Se puede sintetizar esta corriente doctrinal en la idea de que el concepto de persona es identificable no con el de hombre sino con el de sujeto de derechos, lo cual implica que haya sujetos de derecho diferentes a la persona natural.

Vistas las principales corrientes doctrinales, por lo que se refiere a la perspectiva del derecho comparado de nuestro entorno se observa que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene una asentada tradición en los Derechos de corte anglosajón. En cuanto al derecho europeo continental el abanico de posiciones es variado, va desde los países que prevén sanciones propias del Derecho penal (Holanda, Francia<sup>5</sup>, Noruega, Finlandia, Dinamarca, Belgica y Suiza<sup>6</sup>), los países que optan por sanciones administrativas (Alemania, Italia y Portugal) y, finalmente, los países que optan por sanciones de naturaleza discutida pero en todo caso no pertenecientes al núcleo del Derecho penal, calificadas como “accesorias” (Suecia) o que bien optan por sanciones *quasi-penales* (Polonia e Italia).

Una vez admitida, en su caso, la responsabilidad penal de la persona jurídica existen en el Derecho comparado tres modelos de imputabilidad de la misma, a saber:

- a) El modelo vicarial o de transferencia de responsabilidad<sup>7</sup>, en virtud del

---

<sup>5</sup> Como presupuesto legal para poder imputar a la persona jurídica se requiere la previa concreción de la responsabilidad de la persona física que ha actuado en su nombre y su declaración de culpabilidad.

<sup>6</sup> Con un sistema de responsabilidad subsidiaria de la persona jurídica, solo opera cuando no pueda establecerse una persona física responsable.

<sup>7</sup> Teoría de la identificación: cuando actúa la persona física que representa a la empresa cometiendo un delito, entonces también lo está cometiendo la empresa misma. Este modelo de imputación implica la atribución de responsabilidad por hechos ajenos, sin necesidad de fundamentar reproche alguno frente a la propia persona jurídica (responsabilidad objetiva).

cual se transfiere a la empresa la culpabilidad de la persona natural que ha actuado (Reino Unido y Francia).

- b) El modelo de culpabilidad de empresa, busca los fundamentos de la responsabilidad en factores que tienen que ver con la propia corporación (Austria y Suiza).
- c) Modelo mixto, aúna factores de los dos anteriores. En su versión más extendida parte de la transferencia de responsabilidad, como criterio de imputación, para a continuación elegir y graduar la sanción atendido a la culpabilidad de empresa (Estados Unidos<sup>8</sup>). En este país la doctrina del “respondeat superior” estima que la transferencia de culpabilidad se produce bajo tres condiciones: la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa y con el fin de beneficiarla

## **2.2. DERECHO ESPAÑOL.**

### **2.2.1. Posiciones doctrinales.**

Tal como hemos referido anteriormente, ha sido una constante en nuestro Derecho, desde la época romana, la de negar la imputabilidad penal de los entes colectivos. Centrándonos en los tiempos actuales, igualmente la Doctrina mayoritaria ha mantenido una postura contraria a admitir la posibilidad de reprochar penalmente a las personas jurídicas sus acciones u omisiones, y ello en base a argumentos de diversa índole:

- Por la propia naturaleza de las personas jurídicas: para LACRUZ BERDEJO a las personas jurídicas les faltan la conciencia y la voluntad en sentido
- 

<sup>8</sup> La doctrina del “respondeat superior” estima que la transferencia de culpabilidad se produce bajo tres condiciones: la actuación culpable del agente, dentro de los fines de la empresa y con el fin de beneficiarla.

psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación, facultades humanas que necesariamente han de tomar prestadas a hombres. En igual sentido, MUÑOZ CONDE sostiene que desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales. También para BAJO FERNANDEZ, para quien tal y como se concibe penalmente la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena.

Tal corriente doctrinal es acorde con la postura jurisprudencial al respecto, Sirva de cita, por todas, la STS de 23 de julio de 2009, dictada bajo ponencia de Alberto Jorge Barreiro: *“Frente a ello ha de contraargumentarse que, en primer lugar, los principios de culpabilidad, de personalidad de las penas y de responsabilidad individual constituyen un obstáculo muy importante para que se pueda considerar, en nuestro ordenamiento jurídico, como autora de un delito a una persona jurídica. Así lo constata la jurisprudencia que aplica la máxima *societas delinquere non potest* (SSTS 2052/2001, de 7-11, 1612/2002, de 1-4, 774/2005, de 2-6)”*.

- Por exigencias de nuestra Carta Magna ya que, por un lado, la sanción a la persona jurídica afecta a los socios inocentes, lo que atentaría al principio de culpabilidad o de personalidad de las penas y ,por otro, exige el grave riesgo de conculcación del principio *“non bis in idem”*, ya que en las PYMES donde la dirección suele estar en manos de los accionistas y/o socios principales, quienes además son generalmente las personas penalmente responsables, resulta evidente que existirá una doble sanción en el caso de que cometido el ilícito penal se condene por el mismo tanto a la persona natural que ha obrado en nombre de la persona jurídica como a ésta.

Frente a tales planteamientos, es cierto que igualmente han existido autores - si

bien minoritarios hasta la fecha - que han venido reclamando el reconocimiento de personalidad penal a los entes colectivos. El máximo exponente de tal corriente ha sido ZUGALDÍA ESPINAR, quien ha afirmado que *“la Sociedad Anónima es un magnífico medio para lavarse las manos. Si las cosas van mal, acháquenselas a la corporación y, como societas delinquere non potest el Ministerio Punitivo del Estado no encuentra una percha en la que colgar el sombrero de la responsabilidad”*. Dentro de esta línea de admisibilidad de la imputabilidad de los entes colectivos podemos destacar igualmente a SILVINA BACIGALUPO, quien propugna una reformulación del concepto de derecho en el Derecho penal para incorporar a la persona jurídica como sujeto responsable penalmente. *Sujeto* no es el que produce el resultado, sino aquél que sea competente, es decir, quien tenga el *deber de*.

### **2.2.2. Antecedentes legislativos.**

Salva la excepción del artículo 499 bis<sup>9</sup> del Código Penal anterior, introducido por ley 44/1971, no existía en nuestro Derecho penal la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Más para evitar lagunas de impunidad en relación a los delitos cometidos utilizándolas, se introdujo en el Código Penal de 1.973, mediante la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, el artículo 15 bis que inserta en nuestro Derecho la regla de las “actuaciones en nombre de otro”, por la que se extiende a este otro las condiciones cualificantes y necesarias para integrar el tipo que en él no concurren pero sí posee la persona jurídica en nombre de quien actúa<sup>10</sup>. Dicha regla fue interpretada por algunos autores como la plasmación de una cierta responsabilidad objetiva en nuestro

---

<sup>9</sup> Que tras describir una serie de conductas punibles en materia de libertad y seguridad en el trabajo concluía afirmando que *“Cuando los hechos previstos en los números anteriores fueran realizados por personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que los hubieran cometido o que, conociéndolos y pudiendo hacerlo, no hubieran adoptado medidas para remediarlos. En su caso procederá la responsabilidad civil subsidiaria de la empresa”*.

<sup>10</sup> Por ej. la condición de *obligado tributario* en una defraudación penalmente relevante del Impuesto sobre Sociedades.

Ordenamiento. Más los Tribunales pronto zanjaron la cuestión y así el Tribunal Supremo en la Sentencia número 816/2006, de 26 de junio, expresó que *“La introducción del artículo 15 bis del Código Penal tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y solo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Más, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica del citado precepto, no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos”*

Posteriormente tal criterio de actuación en nombre de otro fue prácticamente reproducida en el artículo 31 del Código Penal de 1.995. Precepto al que se añadió un apartado 2 en virtud de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre. El sentido que el legislador otorgó a esta modificación del art. 31 CP, se recogió en la Exposición de Motivos (II.L): *“Se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad, esta será responsable del pago de manera directa y solidaria.”*

Igualmente, el citado Código Penal de 1.995 preveía en el artículo 129 la posibilidad de acordar en aquellos delitos en los que se hubieran utilizado empresas o sociedades para facilitar su comisión una serie de consecuencias accesorias<sup>11</sup>. Dichas medidas, en cuanto orientadas a prevenir la continuidad en la

---

<sup>11</sup> “a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.  
b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.  
c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.  
d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder

actividad delictiva, quedaban así asimiladas a una medida de seguridad aplicable al ámbito de las personas jurídicas.

### III. LEY ORGÁNICA 5/2.010 DE 22 DE JUNIO: RÉGIMEN REGULADOR DE LA RESPONSABILIDAD PENAL PERSONA JURIDICA.

Los fundamentos esenciales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas se hayan contenidos en el artículo 31 bis, el cual dispone:

*“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.*

*En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.*

*2. 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 apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la*

---

*de cinco años.*

*e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años”.*

*suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.*

*3. 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, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.*

*4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:*

*a. Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*

*b. 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.*

*c. Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*

*d. 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.*

*5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o*

*presten servicios de interés económico general.*

*En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.”*

A la vista de la nueva regulación y siguiendo a GONZALEZ-CUELLAR SERRANO y JUANES PECES podemos afirmar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas presenta tres caracteres definitorios, cuales son:

- 1) Autonomía: Para la imposición de la responsabilidad penal no es necesaria la condena de la persona física autora del delito, ni siquiera su enjuiciamiento.
- 2) Sistema de cláusula específica: La responsabilidad penal se circunscribe a una serie de delitos de la Parte Especial, que constituyen un “numerus clausus” de supuestos.
- 3) Predominio de la sanción pecuniaria: La sanción más frecuente es la multa.

### **3.1. AMBITO DE APLICACIÓN**

#### **3.1.1. Concepto de “persona jurídica”.**

El artículo 31 bis se refiere genéricamente a la «persona jurídica» sin añadir matiz o particularidad alguna. A tal efecto y como afirma la Circular 1/2.011 de la FGE no es suficiente acudir a la enumeración contenida en el artículo 297 del Código

Penal<sup>12</sup> ya que como el mismo precepto indica su aplicación se costrañe a los delitos societarios contenidos en el Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal. El criterio lógico para obtener el concepto de “persona jurídica” será acudiendo respecto de las personas jurídico-privadas a la teoría general sobre personas jurídicas que contempla nuestro ordenamiento jurídico, especialmente a los artículos 35 del Código Civil (señala como personas jurídicas a las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley y a las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados) y 116 del Código de Comercio (“... contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, .. será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código”).

Siendo la personalidad jurídica un requisito imprescindible para que el ente colectivo en cuestión pueda ser imputable penalmente, entendemos que tanto las sociedades de capital irregulares como aquellas en formación pueden ser sujetos activos con relevancia penal, y así siguiendo la interpretación mantenida por la FGE tales sociedades adquieren personalidad jurídica desde el momento de la adopción del acuerdo social de constitución, si bien tal personalidad no será la propia de las sociedades mercantiles sino la de la sociedad colectiva o civil, según la sociedad hubiera iniciado o continuado sus actividad (ex 33 y 39 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Por su parte, las personas jurídicas de Derecho público siempre que no actúen en el ejercicio de sus actividades públicas serán igualmente destinatarias de las normas penales.

---

<sup>12</sup> 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

En relación a estos entes de Derecho público y en base a la prolija legislación específica que los contempla y regula, entiendo que podrían darse situaciones de ilícitos penales cometidos por tales entidades durante el trámite de constitución de las mismas en las que, a diferencia de las sociedades mercantiles en formación o irregulares, no se les podrá exigir responsabilidad penal, ello sin perjuicio de la posibilidad de imposición de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código Penal, piénsese por ejemplo en una Junta de Compensación que inicie obras de urbanización ante de estar debidamente inscrita en el Registro Administrativo de Entidades Urbanísticas Colaboradoras y en ejecución de tales obras cometa un delito del artículo 319.4 del Código Penal<sup>13</sup>. Pensando en el caso andaluz, conforme el artículo 134.1 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, la Junta de Compensación es *“un ente corporativo de derecho público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar desde su inscripción en el Registro de Entidades Urbanísticas Colaboradoras”*. El citado precepto es claro sobre el momento de adquisición de personalidad jurídica de tales entes, sin que exista en la legislación urbanística aplicable ninguna regla similar a la contenida en el apartado 1 del artículo 39 de la Ley de Sociedades de Capital, anteriormente visto.

Por último, ha de resaltarse la idea de que para que la persona jurídica pueda o merezca ser objeto de imputación será necesario que la misma tenga una identidad sustancial de carácter permanente. En aquellos casos en que la persona jurídica esté completamente huérfana de toda actividad, organización, patrimonio, etc... (por ejem. caso de las sociedades pantalla) realmente estaremos ante un mero instrumento en manos de una persona física, lo cual podrá ser objeto de reproche penal mediante la utilización de la Doctrina del levantamiento del velo, en cuanto medio de localización de la verdad material. Ciertamente, el límite a partir del cual se considerará que la persona jurídica es una entidad totalmente

---

<sup>13</sup> Sobre la ordenación del territorio y el urbanismo.

independiente —y por tanto no instrumento— de la persona física es un límite normativo que, probablemente, irá variando a lo largo del tiempo.

### **3.2.2. Personas jurídicas excluidas.**

Contiene el artículo 31 bis. 5 del Código Penal un listado de personas jurídicas excluidas del régimen de responsabilidad penal:

*a) El Estado y Administraciones Públicas territoriales e institucionales:*

Excepción lógica, en cuanto el Estado es titular del ius puniendi, siendo absurdo la posibilidad de admitir una autopenalización del mismo.

*b) Organismos reguladores:*

Siendo una expresión ajena a nuestro Derecho, entiende la Doctrina que con ella se está haciendo referencia a las llamadas «administraciones independientes» (Comisión Nacional Mercado Valores, Comisión Nacional de la Energía, Comisión Nacional de la Competencia, etc..)

*c) Agencias y Entidades Públicas Empresariales:*

Se refiere a los entes descritos en el artículo 43 de la LOFAGE. y en el artículo 166 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas Mención innecesaria, ya que estarían excluidas de responsabilidad penal al estar integrados en la administración pública institucional.

*d) Partidos Políticos y Sindicatos:*

Exclusiones que han sido objeto de crítica por la Doctrina, debido a la ausencia de causa que justifique tal exclusión. Respecto a los partidos políticos, afirma MORALES PRATS que no es lógica la mención ya que la Ley de Partidos Políticos prevé sanciones penales a los mismos (art. 10 y ss LPP). En cuanto a

los sindicatos, nos encontramos ante un muro infranqueable, en expresión de QUINTERO OLIVARES.

No obstante, algunos autores (GÓMEZ-JARA DÍEZ) han argumentado que tanto partidos políticos como sindicatos vienen contemplados en la Constitución como instituciones que desempeñan una función pública cuasi estatal, motivo por el cual, en cierto sentido, tan laxo probablemente como impropio, pueden considerarse Estado —con la correspondiente exclusión—.

*e) Organizaciones internacionales de derecho público.*

*f) Organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y potestades administrativas:*

Sería el caso de la denominada administración corporativa (colegios profesionales, cámaras de comercio, etc..) y las llamadas administraciones independientes (Banco de España, Agencia Española de Protección de Datos, etc..)

*g) Sociedades mercantiles estatales.*

Excluidas cuando ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Se ha señalado la posible laguna creada al referirse a las sociedades estatales, guardándose silencio respecto de las autonómicas, provinciales o locales. Pero lo cierto que una interpretación lógica lleva necesariamente a considerar excluidas éstas igualmente, ya que en cuanto instituciones del Estado que son en último término

### 3.2. SISTEMA “NUMERUS CLAUSUS” DE DELITOS

El artículo 31 bis del Código Penal opta por un sistema de “cláusula específica”, de tal manera que las personas jurídicas solo podrán incurrir la comisión de los delitos que expresamente lo prevean. Tales delitos en cuestión son:

Delito	Artículo del Código Penal
Tráfico ilegal de órganos	156 bis
Trata de seres humanos	177 bis
Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores	189 bis
Delitos contra la intimidad y allanamiento informático	197
Estafas y fraudes del artículo 251	251 bis
Insolvencias punibles	261 bis
Daños informáticos	264
Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores	288
Blanqueo de capitales	302
Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social	310 bis
Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros	318 bis
Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal	319
Delitos contra el medio ambiente	327, 328
Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes	343
Delitos de riesgo provocado por explosivos	348
Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas	369 bis
Falsedad en medios de pago	399 bis
Cohecho	427
Tráfico de influencias	430
Corrupción de funcionario extranjero	445
Financiación del terrorismo	576 bis

Algunos autores como RODRÍGUEZ RAMOS abogan por la supresión del régimen de numerus clausus por uno abierto que permita imputar todos los delitos a las personas jurídicas, si cumplen los requisitos típicos del artículo 31 bis 1.

### 3.3. VÍAS DE IMPUTACIÓN: MODELO DE RESPONSABILIDAD DE LA LEY 5/2.010.

El legislador español ha optado por un sistema mixto en el que la persona jurídica responde - en palabras del profesor QUINTERO OLIVARES- tanto por *acción directa*, cuando han sido las personas que tienen el poder de decisión máximo en

la persona jurídica las que han realizado los actos, por si mismos o a través de sus empleados, que generan el delito; *acción descontrolada*, cuando el delito se comete debido a que los dirigentes de la persona jurídica no ejercieron sobre sus subordinados los controles a los que estaban obligados para evitar que aquello sucediera.

### **3.3.1 Responsabilidad por acción directa.**

Para que opere esta responsabilidad se requiere que el hecho de referencia (delito cometido por la persona física) se haya realizado:

- a) Por sus representantes legales o administradores de hecho o de derecho.
- b) En nombre o por cuenta de persona jurídica
- c) En su provecho.

Veamos cada uno de tales requisitos.

#### **A) COMISIÓN DEL DELITO POR LOS ADMINISTRADORES.**

##### *i. Representante legal y administrador de derecho.*

Como representante legal ha de entenderse al que lo es según así, así por ejem. en relación a las sociedades mercantiles habrá que estar a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Extraña la doble referencia del legislador al representante legal y al administrador de derecho, en cuanto generalmente la condición de representante legal corresponde al administrador de derecho<sup>14</sup>. Puede entenderse que el legislador renuncia a la precisión en aras a evitar lagunas de punibilidad.

---

<sup>14</sup> Ej. art. 209 Texto Refundido Ley Sociedades de Capital: “es competencia de los administradores la gestión y la representación de la sociedad en los términos establecidos en esta Ley” y 233 TRLSC “en la

Exigiendo la norma que se trate del administrador de derecho el que ejecute el acto ¿responderá la persona jurídica en el supuesto de que el mismo se haya extralimitado en sus funciones de las que esté formalmente investido? ¿respecto de las cuales no tiene en Derecho competencia? Igualmente tal actuación hará surgir la responsabilidad penal en la persona jurídica, ya que si no como administrador de derecho tal actuación se encuadraría dentro del concepto de administrador de hecho y, en segundo lugar, penalmente basta para ser considerado administrador de derecho el de “tener un título jurídico válido para administrar la sociedad o, en general, pertenecer al órgano de administración” (STS 13 de julio de 2.010)

Por otro lado, una cuestión que entiendo importante es la relativa a la validez de las reglas mercantiles sobre exoneración de responsabilidad de los consejeros que hubieren votado en contra y se opusieron a la ejecución de un acto adoptado por el consejo de administración<sup>15</sup>. Sólo en el caso de que el miembro del órgano de administración hiciera todo lo posible para evitar o reducir el peligro (entendiendo inclusive, la denuncia ante las Autoridades) permitiría excluir su responsabilidad penal. Más no ocurriría tal cosa en el supuesto de que intentara evitar el acuerdo votando en contra del mismo, en cuanto podría ser encuadrable en el ámbito de la comisión por omisión del artículo 11 del Código Penal.

*ii. Administrador de hecho.*

Sobre el concepto de administrador de hecho se mantienen en la Doctrina tres posturas:

---

sociedad de capital la representación de la sociedad, en juicio o fuera de él, corresponde a los administradores en la forma determinada por los estatutos”

<sup>15</sup> Art. 237 TRLSC “todos los miembros del órgano de administración que hubiera adoptado el acuerdo o realizado el acto lesivo responderán solidariamente, salvo los que prueben que, no habiendo intervenido en su adopción y ejecución, desconocían su existencia o, conociéndola, hicieron todo lo conveniente para evitar el daño o, al menos, se opusieron expresamente a aquél”.

- a) Postura *privatista*, falta de requisitos formales.
- b) Postura más amplia, también anclada en razonamientos privatistas, cualquier órgano que teniendo o no el nombre concreto de administrador, realice actos de administración.
- c) Tercera posibilidad, pasa por abandonar razonamientos mercantilistas, toda persona física o jurídica que ejerza realmente las funciones de gestión o administración de la sociedad, imponiendo su voluntad como voluntad decisoria, incluso en el caso de que no ostente en la sociedad cargo alguno.

Esta tercera postura es la asumida por la Fiscalía General de Estado en la Circular 1/2010, en donde incide en la idea de función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento.

Para QUINTERO OLIVARES esta posición es correcta, pero exige más, no cualquier puede estar en condiciones de actuar *como si fuera* la persona jurídica misma, y ahí se sitúa el problema de seleccionar o configurar la *clase de persona física que puede determinar con su conducta la responsabilidad de la persona jurídica*. Parecería excesivo que la conducta de cualquier sujeto perteneciente a la sociedad en cualesquiera condición baste para provocar la responsabilidad penal de ésta. Así pues, para el citado autor es necesario además: (1) el dominio del hecho no sobre las decisiones significativas, sino *sobre la concreta decisión que haya dado lugar a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico* (2) no basta con que alguien sea el detentador del poder, sino que se requiere que el suceso criminal haya acontecido en su ámbito de decisión o de previsión *normal* (*normalidad*, que en el seno de la empresa se sepa que esa clase de decisiones son de las de que dependen de la voluntad de ese sujeto).

A favor de la postura de QUINTERO OLIVARES tenemos que el proyecto de ley de reforma del Código Penal inicialmente presentado ante el Congreso de los Diputados por el Gobierno, establecía la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos *“por sus representantes legales, los*

administradores de hecho o de derecho **o los empleados con facultades de obligar a dicha persona jurídica**<sup>16</sup>. Mención esta última a empleados con facultades bastantes que desapareció en el texto definitivamente aprobado.

## B) DELITO COMETIDO EN NOMBRE O POR CUENTA DE LA PERSONA JURÍDICA.

Exige que el administrador o el representante realicen su conducta en el ejercicio de funciones representativas o en interés de la sociedad.

## C) EN PROVECHO DE LA PERSONA JURIDICA

Tal como refiere la FGE, en un principio podría plantearse tal requisito o exigencia desde una perspectiva subjetiva, en cuyo bastaría con que el sujeto tuviera el propósito de favorecer a la sociedad, más tal interpretación choca con el hecho de que en tal caso la norma habría acuñado las expresiones *con la intención de beneficiar* o *para beneficiar*. Así pues, concluye la FGE interpretando que tal elemento se trata de concebir la acción con una finalidad de conseguir un beneficio o ventaja, la cual se enjuiciará según la idoneidad ex ante de la conducta para su consecución, con independencia de que finalmente se consiga o no el mentado beneficio.

En todo caso se requiere el provecho a favor de la persona jurídica, y así aquel administrador desleal que actúa en provecho propio, utilizando su posición en la persona jurídica para perjudicar a un tercero, no puede generar responsabilidad penal para la persona jurídica. Ahora bien, en este punto se pueden producir una serie de problemas de interpretación sobre la posibilidad o no de concurrencias simultaneas de provechos: puede que el representante esté guiado principalmente por su provecho personal pero que éste pase por el provecho de la persona

---

<sup>16</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados), de 27 de noviembre de 2.009, página 12

jurídica — p.e. persiguiendo ascender en la jerarquía empresarial lleva a cabo actuaciones delictivas que reportan pingües beneficios a la persona jurídica—. Entiendo que en tal caso, dándose los elementos del tipo, sería exigible la responsabilidad penal de la persona jurídica y ello sin perjuicio de los tipos penales que fueren imputables a la persona física.

### **3.3.2. Responsabilidad por acción descontrolada.**

<sup>17</sup>Esta responsabilidad prevista en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal incluye algunas exigencias idénticas a las referidas acerca de la responsabilidad por acción directa (por cuenta y en provecho), a las que se añade el defecto de organización sobre los empleados, autores físicos del ilícito penal. De tal manera que las conductas delictivas de los empleados, unidas a un fallo de supervisión por parte de dichos representantes legales, pueden, asimismo, desencadenar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

### **3.3.3. Relación entre la responsabilidad de la persona física y la persona jurídica.**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas no se configura como una responsabilidad autónoma, sino que es consecuencia de la actuación de personas físicas (administradores, representantes o empleados). Se trata de una responsabilidad por actuación de otro. Si bien no ha existido inconveniente alguno en admitir tal concepto para imponer sanciones administrativas a los entes colectivos<sup>18</sup>, lo cierto es que - tal como referimos al principio del presente trabajo -

---

<sup>17</sup> *las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.*

<sup>18</sup> Art. 130 LRJ-PAC: “Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.

esta idea de responsabilidad derivada de la otra parece en principio difícil de asumir en una tradición jurídica penal erigida sobre la idea de la responsabilidad penal es personal, propia e intransferible.

La cuestión principal es la relación existente entre la responsabilidad penal de la persona jurídica con la de las personas físicas que han ejecutado la acción típica, oscilando las soluciones entre la exclusiva responsabilidad de la persona jurídica y, en el extremo opuesto, la completa responsabilidad de ésta y de la persona física. La primera opción tiene su clara ventaja en no potenciar el desplazamiento hacia la responsabilidad de la persona jurídica exclusivamente. Pero en cambio tiene el inconveniente de que la acumulación de penas puede dar lugar a castigos desproporcionados determinados por un mismo delito.

El Código Penal ha optado por el sistema de doble responsabilidad. Y ello para evitar el riesgo de la tentación de transferencia de responsabilidad a la persona jurídica exclusivamente. Dicha regulación configura ambas responsabilidades (de la persona física y de la persona jurídica) como estancas e independientes entre sí, de tal manera que conforme el art. 31.bis.3 la concurrencia en las personas físicas autores del hecho de referencia de circunstancias que afecten a su culpabilidad o agraven su responsabilidad no modifican la responsabilidad penal de la persona jurídica, inclusive ni el caso de que dichas personas hayan fallecido.

Hasta tal punto se configura la independencia de ambas responsabilidades que inclusive en el supuesto de que el autor del hecho de referencia sea desconocido<sup>19</sup>, ello no es óbice para exigir la correspondiente responsabilidad penal a la persona jurídica, conforme señala el art. 31.bis.2 del CP. Tal criterio sobre la exigibilidad de responsabilidad penal al ente colectivo a pesar de la

---

<sup>19</sup> por ejem. situaciones como la indeterminación de la persona que ordenó el vertido tóxico que en todo caso se produjo.

indeterminación del autor es objeto de crítica por la Doctrina al entender que se está imponiendo una presunción de sentido inverso a la de la presunción de inocencia y así la misma parte del presupuesto inicial de que no obstante ser desconocido el autor material del acto de consecuencias delictivas, el mismo habrá sido autorizado o decidido por los Administradores de hecho o de derecho de la persona jurídica. A esta crítica opone QUINTERO OLIVARES que hubiera sido mucho más censurable que la dificultad para individualizar a un responsable físico fuera determinante de la impunidad tanto de éste como de la persona jurídica.

Por último, otra cuestión de interés al tratar la relación entre la responsabilidad penal de la persona física y jurídica es aquella que se suscita por la posible pluralidad de personas físicas responsables. Tal situación se podrá plantear en relación con los actos ilícitos que emanen de grandes organizaciones. Y así ZUÑIGA afirma que un estudio pormenorizado de la actuación en el seno de organizaciones complejas, como las de tipo empresarial, demuestra que, debido a la complejidad del modo de producción industrial y comercialización de los productos, la división del trabajo existente dentro de las organizaciones, la distribución de funciones (de tipo horizontal o vertical), la delegación de las mismas, la existencia del deber de obediencia, el principio de confianza que rige los eslabones de funcionamiento de la cadena organizacional, los comportamientos que pueden dar lugar a lesiones de bienes jurídicos, son conductas de carácter complejo, donde se produce una fragmentarización de la decisión y de la ejecución de las actividades.

En tal caso, la esencia del problema será la de determinar *cuantas personas físicas* han de responder por ese delito que también genera responsabilidad de la persona jurídica. Logicamente el presupuesto de partida será aquel en que los directivos han dictado una orden cuyo cumplimiento implica a la comisión de un delito, que a su vez ha cometido un subordinado plenamente consciente - de no ser así, sería un caso normal de autoría mediata - de la significación jurídica de lo que hacía. Entiende QUINTERO OLIVARES que en tal caso no puede ser aceptable que los que detentan el poder de decisión queden reducidos a

inductores de lo que ha hecho un subordinado, ya que (1) que rebaja a los superiores a partícipes y, (2) abre el interrogante sobre que hacer con la llamada inducción en cadena. Así las cosas solo queda la posibilidad de entender que en esas situaciones, considerando el compartido poder de decisión que tienen superiores y subordinados, lo correcto es calificar la conducta de todos y cada uno de coautoría del hecho, concluye el meritado autor.

### **3.4. CAUSAS DE EXCLUSIÓN, MODIFICACIÓN Y TRANSMISIÓN DE RESPONSABILIDAD.**

#### **3.4.1. Causas de exclusión de responsabilidad: cumplimiento “deber de cuidado”: programas de cumplimiento**

Se ha criticado por la Doctrina el que, habiendo optado el legislador por el sistema de transferibilidad de la responsabilidad penal de la persona física a la persona jurídica, se niegue de plano la posibilidad de que, concurriendo en la primera una circunstancia excluyente de la responsabilidad criminal, no le sea transferible a la segunda. Constituye un absurdo que si la persona física que perpetra una conducta típica en nombre o por cuenta de una persona jurídica, y en provecho de ésta, pero amparado por una causa de justificación, singularmente el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber (art. 20.7 C.P.), no cometa delito alguno, mientras que sí se le atribuiría responsabilidad penal a la persona jurídica a pesar de echarse en falta la nota de antijuridicidad en la conducta. En este sentido, se ha afirmado que tal criterio de política legislativa supone la estocada final al principio de culpabilidad desde el momento en que no será posible transferir el miedo insuperable de la persona física (art. 20.6 C.P.) a la jurídica, esto es, que a pesar de que a aquélla no le fuera exigible respetar el precepto penal infringido (no le fuera exigible otra conducta) la persona jurídica responderá como si a ella si le fuera exigible, cuando lo cierto es que la acción es única (las personas jurídicas no actúan por sí mismas).

Solo una causa de exclusión es predicable respecto de las personas, sería el caso de que resultara que la persona jurídica obró con el *debido control* sobre el autor del ilícito penal, no obstante lo cual el mismo fue cometido (planes de prevención empresarial), de tal manera que si dichas medidas se han establecido antes de la comisión de los hechos, deberá considerarse una causa de exclusión de su responsabilidad por no haber sido culpable la persona jurídica de la actuación delictiva (VICENTE JOSE MARTIN PARDO). La primera cuestión polémica que nos surge es la de determinar si la articulación de planes de prevención jurídica en la empresa va a conllevar que se le exonere a ésta de responsabilidad, tanto en los delitos cometidos por directivos como por empleados. Ya que la referencia a que se le sanciona «por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso» solo se incluye en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis CP que se refiere a las actuaciones de los empleados, pero no consta en el párrafo primero que se refiere a la actuación delictiva de los directivos. En tal sentido, entiende MAGRO SERVET que la mención antes citada se aplica en ambos casos, ya que el párrafo segundo del apartado 1 comienza señalando que: «*En los mismos supuestos (...)*» es decir, que el apartado anterior, añadiendo que se elimina la responsabilidad de la empresa cuando se acredita la implantación del debido plan de control.

Tal como refiere la FGE el *debido control* constituye un concepto normativo que habrá de dotarse de contenido valorativamente a través de la actividad probatoria y en contacto con las circunstancias concurrentes en cada caso. En tal sentido - indica la Circular FGE - resultará útil la *política corporativa* o la llamada *organización empresarial* como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto.

Sobre el contenido concreto de tal *política corporativa de control* sin perjuicio de que en último término dependerá de las circunstancias de cada organización, lo

cierto es que la práctica forense tiene señaladas ya algunas pautas al respecto, y así:

En primer lugar procederá una fase de análisis o auditora que nos servirá para conocer a partir del análisis de las actividades de la empresa y el organigrama de la misma, los procesos de la misma susceptibles de generar ilícitos penales.

En base a la información obtenida se realizará el correspondiente Plan de Control o Prevención. Sobre su contenido concreto entiendo serán de ayuda sin duda las reglas ya establecidas en nuestra legislación<sup>20</sup>, sin perjuicio que no estaría de más el que a semejanza de países como los Estados Unidos, en los que el “Corporate Defense” tiene una larga tradición, se elaboraran recomendaciones concretas por parte del Estado (En EEUU las autoridades federales elaboran recomendaciones concretas, como son las emanadas de la “United States Sentencing Commission”, que suponen una guía de armonización de los controles establecidos por las diferentes legislaciones federales. Las referidas autoridades establecen directrices para articular programas de “Corporate Defense”, que son plasmadas en los códigos de conducta y en los procedimientos internos de las compañías).

Una vez redactado e implantado el correspondiente programa específico corresponderá bien a los directivos de la empresa bien al órgano creado ad hoc al efecto la labor de vigilar por el cumplimiento del programa y su constante actualización, ya que acreditado el plan de control, se eximirá de responsabilidad a la empresa tanto en la actuación de directivos como de empleados, siempre que se acredite ante el Juez de Instrucción tanto la existencia del programa como su funcionamiento efectivo. Ya que, dado que se funda este sistema de exigencia de responsabilidad en la objetivización por la existencia del riesgo de que en la empresa sea posible la actuación delictiva por sus directivos y/o empleados, es

---

<sup>20</sup> Entre otras, Ley 19/93 de Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales; Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental; RD 604/2006 de Prevención de Riesgos Laborales; Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas; Ley de Protección de Datos; RD 54/2005 de Blanqueo de Capitales; RD 629/1993 de Normas de Actuación en Mercado de Valores.

carga de la empresa estar en condiciones de demostrarlo. La Fiscalía deberá demostrar la acción delictiva y que esta se lleva a cabo en provecho de la empresa, pero de ésta lo es, si quiere exonerarse de responsabilidad, que el sistema implantado funciona. Es lo que se denomina la técnica de la preconstitución de la prueba, es decir, estar en condiciones de probar con antelación a que ocurra el hecho delictivo que el plan de prevención está en vigor y que, además, está funcionando tanto para directivos como para empleados.

Por lo expuesto, está claro que la Ley Organica 5/2010 obligará a las empresas con mayor complejidad o con filiales o sucursales a intensificar sus programas formativos o planes de prevención jurídica que le eviten responsabilidades por hechos ajenos. En este sentido y, como se pregunta DEL ROSAL, ¿la imputación objetiva de un resultado se habrá de predicar de una sola organización o de toda la red de organizaciones en las que la organización está inmersa? Destaca este autor que el problema se da, así, en estructuras complejas de empresas que actúan en el ámbito de una red de empresas matrices y filiales. Y es que, para el citado autor con la Ley en la mano, la actuación delictiva de uno de ellos se aplicaría a todo el conjunto, ya que la norma no distingue entre empresas complejas o sencillas, de ahí que la obligación de implantar el plan de prevención es mayor cuando más grande es la organización o distribución interna de la empresa por sistema de sucursales o delegaciones.

### **3.4.2 Circunstancias atenuantes.**

Se recogen cuatro atenuantes específicas en el artículo 31.bis.4 del Código Penal. Veamos cada una de ellas:

- a) *Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.*

Dos problemas parecen plantearse *a priori* en la interpretación de esta atenuante: el primero, cuándo se entiende que una persona jurídica tiene conocimiento de que se dirige contra ella un procedimiento judicial; el segundo, qué autoridades pueden

considerarse válidas a los efectos de la limitación de la aplicación de esta atenuante.

En cuanto al primer problema, entiende GOMEZ JARA DIEZ que la notificación a un empleado cualquiera de la persona jurídica no puede resultar suficiente a los efectos de generar el requerido conocimiento, sino que la notificación debe dirigirse al representante legal. Asimismo, el inicio de un procedimiento penal contra alguna de las personas físicas y su correspondiente notificación, no puede considerarse válido a estos efectos.

Por lo que al segundo problema se refiere, ante la falta de concreción de la norma, entiendo que debería ser suficiente la confesión a las autoridades administrativas. Igualmente entiende GOMEZ JARA DIEZA que cuando se trate de investigaciones llevadas a cabo por la Fiscalía, dado que en sentido estricto no se ha iniciado un procedimiento judicial, la confesión, una vez iniciado el procedimiento de Fiscalía, y con anterioridad de la remisión a la autoridad judicial, debería considerarse válida a estos efectos.

*b) 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.*

Son muchos los problemas que están surgiendo en en la práctica internacional a la hora de aplicar este tipo de atenuante, con clara conculcación de garantías constitucionales. Entre otros podemos señalar el hecho de que las empresas suelen renunciar expresamente a la confidencialidad abogado/cliente e incluso las empresas, en contra de sus contratos previamente firmados, se niegan a abonar los gastos de defensa de sus empleados.

Para GÓMEZ-JARA DÍEZ, no debe obviarse que, cualquier tipo de prueba que se aporte por la empresa (en su afán de colaboración con la administración de justicia) que pueda reflejar asimismo la responsabilidad penal de las personas físicas, debe ser considerada nula, pues de lo contrario, se estaría favoreciendo la

vulneración indiscriminada de los derechos procesales de las personas físicas en pro de la atenuación de la responsabilidad penal empresarial. Se hace eco este autor, del importante debate de la doctrina estadounidense en torno a los acuerdos de «persecución diferida» o «no persecución de organizaciones empresariales» . Se trata de acuerdos unilaterales de las personas jurídicas con la fiscalía, que ésta se encarga de redactar y controlar su cumplimiento, limitándose aquéllas a prestar su consentimiento. No se trata de pactos de conformidad, ni de condena. La empresa se limita a reconocer la comisión de un ilícito, y accede a cooperar con el fiscal en la investigación, pagando las multas, reestructurando su operativa empresarial, y cumpliendo con otras condiciones, como el nombramiento de un «supervisor empresarial» a cargo de aquélla. Pasado un período de tiempo (entre 1 a 3 años) si la empresa no ha infringido el acuerdo, el fiscal accederá a retirar los cargos (*Non Prosecution Agreements*), sin necesidad de que aquélla admita ningún tipo de culpabilidad. Frente a ello, los *Deferred Prosecution Agreements*, donde la fiscalía presenta cargos, pero difieren su persecución, mientras la empresa coopera.

Habrá que esperar un cierto tiempo para comprobar si tales prácticas, entiendo que gravísimas, se reproducen en nuestro país.

c) *Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.*

Ninguna especialidad presenta esta atenuante, que viene a ser una reproducción de la prevista para las personas físicas en el artículo 21.5 del Código Penal.

d) *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.»*

Dicha circunstancia modificativa constituye una manifestación muy específica de los programas de prevención anteriormente referidos. En términos generales, si indicábamos que el establecimiento de estas medidas de manera previa a la

comisión del delito exoneraba a la persona jurídica de responsabilidad, si la implementación de las mismas se produce una vez iniciado el procedimiento, entonces se produce una atenuación de su responsabilidad.

### **3.4.3. Circunstancias agravantes.**

El Código Penal no prevé – a diferencia de las atenuantes – agravantes específicas para las personas jurídicas y guarda silencio sobre la aplicabilidad de las circunstancias agravantes genéricas del artículo 22. La Doctrina se encontrándose dividida acerca de la aplicabilidad o no de tales agravantes genéricas.

### **3.4.4. Transmisión de responsabilidad penal.**

Dispone el artículo 130.2 del Código Penal 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. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella»*

Para parte de la Doctrina tal precepto violenta el derecho fundamental a la presunción de inocencia, presumiendo que toda transformación de la empresa es fraudulenta, destinada a eludir su eventual responsabilidad penal. Además de poder causar tal precepto arrolladores efectos perversos, incluyendo éstos daños colaterales a terceros de buena fe (trabajadores, proveedores, accionistas, etc.).

Igualmente, entiendo a partir de ahora las *Due Diligence* en fusiones y adquisiciones deberán incluir un apartado penal inexistente hasta el momento. Es decir, en cualquier operación de fusión o adquisición de una sociedad, hay que analizar internamente la persona jurídica para evaluar el riesgo de imputación en

un procedimiento y eventual condena, dado que el mismo se transmite a las posteriores sociedades fusionadas, adquiridas o escindidas.

### **3.5. LAS PENAS DE LA PERSONA JURÍDICA**

Doctrinalmente se cuestiona, si las sanciones penales a las personas jurídicas cumplen los fines propios de las penas. Lo cierto, en opinión ECHARRI CASI, es que tienen al igual que aquellas efectos preventivos, tanto de prevención general, pues sirve de admonición para las demás personas jurídicas, que se plantearan la posibilidad de si conviene o no llevar a cabo determinado tipo de operaciones o actividades. Como de prevención especial, pues la persona jurídica que haya sufrido la sanción, deberá adoptar las medidas correctivas necesarias para evitar la reiteración de situaciones delictivas.

El artículo 33.7 del Código Penal incluye el catálogo de penas aplicables a las personas jurídicas, cuales son:

*a) Multa por cuotas o proporcional.*

Se sitúa como pena principal. No se descubre nada nuevo si se indica que la pena de multa es la pena por excelencia en los sistemas de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este planteamiento no solo deriva del hecho de que los costes estatales asociados a la ejecución de dicha pena son menores, sino de que, en términos generales, se ha considerado que las empresas calculan escrupulosamente los costes y beneficios derivados de su actuación y, en consecuencia, pueden ser disuadidas de manera sumamente eficaz —más que los propios individuos— mediante la imposición de multas u otras sanciones.

*b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.*

El artículo 66.bis del Código Penal recorta de forma importante las posibilidades de imposición de la misma.

En cuanto a su ejecución será título inscribible el testimonio judicial de la sentencia que recaiga, con expresión de su firmeza (art. 239.1 Reglamento de Registro Mercantil). A las sociedades irregulares o en formación, que no estuvieren inscritas, les será de aplicación lo dispuesto en el art. 322.2 y 3 RRM, practicándose la inscripción en virtud del correspondiente mandamiento judicial en el que conste, al menos, el domicilio de la entidad y la identificación de los socios.

*c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

La falta de referencia a las actividades en que se produjo el delito de la persona física que trajo consigo la responsabilidad de la jurídica ha llevado a la Doctrina a preguntarse si es posible restringir tal suspensión a éstas o ha de entenderse que se refiere a toda la actividad.

*d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.*

Igualmente aquí se plantea si será obligatorio el cierre de todos los locales o establecimientos o puede limitarse el cierre a alguno de ellos.

Es dudosa la posibilidad de que esta pena pueda acceder al Registro Mercantil, dado que la base patrimonial de la empresa no tiene acceso al mismo, salvo que se trate de sucursales, en cuyo caso serán inscribibles a tenor de los arts. 295 y ss. RRM, en relación con el art. 94.6 RRM.

*e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser*

*temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.*

Esta pena puede conllevar una modificación forzosa total o parcial, del objeto social de la entidad, y por ende, debe igualmente inscribirse en el Registro Mercantil ex art. 94.2. Estas medidas, no son fácilmente ejecutables en la práctica, y por ello, se debe garantizar el derecho de separación de los socios previsto en la Ley de Sociedades de Capital, ya que la modificación no se ha producido en virtud de un acuerdo social, sino por razones ajenas a su voluntad, no pudiendo obligar a éstos a permanecer en una sociedad, cuyo objeto social ha variado sustancialmente respecto del momento de su constitución, cuando mostraron su adhesión, pues no cabe duda que objeto social es un factor determinante para ello

Por otro lado, el Registrador deberá denegar la inscripción de cualquier actividad incompatible con la prohibición contenida en sentencia.

- f) 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, por un plazo que no podrá exceder de quince años.*
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.*

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, deberá determinar 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.

La intervención de una empresa debe inscribirse al amparo de los arts. 94.9 y 12

RRM, siendo título suficiente el mandamiento de intervención, en el que se exprese la firmeza de tal resolución, siendo mientras se alcanza aquélla, objeto de anotación preventiva.

Referir por último 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.

#### **IV. ESTATUTO PROCESAL PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.**

Es conocido, que nuestra Constitución no ha previsto una expresamente a las personas jurídicas como titularidades de derechos fundamentales de la persona jurídica, a diferencia de otros ordenamientos constitucionales. Pero no lo es menos que, entre sus normas, se legitima a la persona jurídica para recurrir en amparo en protección de los mismos (art. 162.1 b)), siendo así que el art. 53.2 CE establece que: «cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección Primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios...». Ha sido, pues, la doctrina constitucional la que se ha encargado de ir concretando la extensión de la titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, entre los cuales ha reconocido expresamente el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, respecto del que proclama que corresponde a todas las personas físicas y a las personas jurídicas en la medida en que la prestación de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden (STC 123/1996, de 8 de julio).

Además del derecho a la tutela judicial efectiva, sin duda alguna las personas jurídicas - tras la admisibilidad de su imputabilidad - son titulares dentro del procedimiento penal del derecho de defensa, el cual es definido por GIMENO SENDRA como un derecho público constitucional que asiste a toda persona a quien se le pueda atribuir la comisión de un hecho punible, mediante cuyo ejercicio

se garantiza al imputado la asistencia técnica de un abogado defensor y se les concede a ambos la capacidad de postulación necesaria para oponerse eficazmente a la pretensión punitiva y poder hacer valer dentro del proceso el derecho constitucional a la libertad del ciudadano. Dicho esto la pregunta que surge es la de si nuestro ordenamiento dispone de los instrumentos adecuados para garantizar en su plenitud tal derecho de defensa a la persona jurídica dentro del proceso penal.

Tal como referimos al principio del presente trabajo, una de las objeciones más repetidas que se ha hecho sobre la novedosa regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en que la misma no ha ido acompañada de una reforma de la legislación procesal a efectos de dotar a la misma del correspondiente estatuto.

Por lo que se refiere a la Doctrina, la misma - como hemos indicado anteriormente - ha sido casi unánime en la crítica sobre este punto. Para DEL MORAL GARCIA y HERNANDEZ GARCIA resulta preocupante el escaso o nulo interés con el que legislador afronta las reformas procesales que paralelamente deben acompañar a las modificaciones sustantivas como la que es objeto de análisis.

En cuanto al Derecho comparado, la situación ha sido heterogénea y así tenemos desde el caso francés, donde escuetamente el legislador ha indicado que las personas jurídicas deben ser tratadas – en cuanto sea posible - como las personas físicas, y introduciendo un la denominada *mandataire de justice* como instrumento para resolver los conflictos de intereses defensivos que puede producirse entre el legal representante y la corporación. En cambio, otros ordenamientos como el austríaco o italiano han previsto la promulgación de leyes especiales al respecto.

Volviendo a la situación patria, en aras de solventar el vacío legislativo al respecto, se promulgó la Ley 37/2.011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que entró en vigor el 1 de noviembre de 2.011 (casi un año después que la Ley Orgánica 5/2.010), que viene a modificar la Ley de Enjuiciamiento Criminal a

efectos de dar respuesta a las implicaciones procesales que se deriven del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. En concreto se regulan cuestiones relativas al régimen de la competencia de los tribunales, derecho de defensa de las personas jurídicas, intervención en el juicio oral y conformidad, así como su rebeldía. Más la interrogante que a plantear - como ya he anticipado - es la de si tal regulación dota de un auténtico estatuto procesal a la persona jurídica imputada o podrán surgir cuestiones conflictivas en la práctica, llegándose incluso al riesgo de vulneración de derechos fundamentales. Sirvan las presentes líneas para tratar someramente la cuestión así como las modificaciones introducidas por la citada Ley 37/2.011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal .

#### **4.1. Tribunal competente: competencia objetiva.**

La ley 37/2.011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, introduce el artículo 14 bis de la LECr, según el cual:

*«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.»*

Parece que el legislador quiere simplificar las reglas de atribución de competencia objetiva, optando por una continuidad en la aplicación de las reglas generales al respecto previstas en el artículo 14 anterior.

#### **4.2. Presencia y actuación de la persona jurídica en el proceso penal.**

Es una cuestión vital la de la representación de la persona jurídica en el proceso penal, no la referida a su representación procesal mediante los oportunos profesionales jurídicos, sino a la representación legal de la misma en las distintas fases del proceso penal, y que obviamente, *a priori*, debe corresponder a sus

administradores de hecho o de derecho. Pero como apunta ECHARRI el primer problema que puede plantearse es el relativo a la identificación de los verdaderos responsables de las personas jurídicas en cuestión en aquellos casos de existencia de cargos superpuestos y hasta ficticios (testaferros, hombres de paja, sociedades superpuestas o fantasma), así como aquellos otros en que los representantes legales hayan desaparecido, se hayan ocultado a fin de eludir las consecuencias penales, o incluso que se encuentren imputados en esa misma causa penal en la que se pretende la responsabilidad del ente colectivo.

Al efecto dispone el artículo 119 LECr que:

*«1. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades:*

*a) La citación 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 para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.*

*b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.*

*c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.*

*d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.»*

Una vez leído el precepto, a mi juicio merece una crítica totalmente negativa. El legislador utiliza un criterio meramente formalista (comunicación a domicilio social y designación representante por sociedad) más propio o al menos admisible en el ámbito mercantil pero ciertamente insuficiente en materia penal.

#### 4.2.1. Determinación del lugar a efectos de la comunicación de la condición jurídica de imputada.

En primer lugar, por lo que se refiere al lugar en el que practicar la comunicación sobre la imputación, como hemos visto el meritado artículo se costrañe exclusivamente al domicilio social, criterio que entiendo totalmente desafortunado, y así en aquellos casos en el que no pueda practicarse la referida citación por no ser coincidente el domicilio social con el real<sup>21</sup>, podría darse el caso de que la persona jurídica fuera declarada en rebeldía, conforme el citado precepto 119 en relación con el artículo 839 bis LECr<sup>22</sup> - introducido por la Ley 37/2.011 -, con el

---

<sup>21</sup> entendiéndose por tal aquel donde se esté llevando a cabo la actividad empresarial o bien aquel donde se produzcan la toma de decisiones

<sup>22</sup> «Artículo 839 bis.:

1. 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.

2. 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 compareceren el plazo que se haya fijado, con Abogado y Procurador, ante el Juez que conoce de la causa.

3. La requisitoria de la persona jurídica se publicará en el «Boletín Oficial del Estado» y, en su caso, en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» o en cualquier otro periódico o diario oficial relacionado con la naturaleza, el objeto social o las actividades del ente imputado.

4. Transcurrido el plazo fijado sin haber comparecido la persona jurídica, se la declarará rebelde, continuando los trámites procesales hasta su conclusión.»

consiguiente problema de imposibilidad de celebrar el juicio oral para el caso de que la pena solicitada sea superior a dos años s de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración exceda de seis años, conforme el artículo 786 de nuestra Ley de Ritos.

Rebeldía que no se produciría de haber ampliado el lugar para la citación. Máxime cuando el propio legislador en el artículo 554.4º de la LECr<sup>23</sup> amplía el concepto de domicilio de la persona jurídica más allá al social a efectos de entrada y registro, disponiendo que « *Se reputan domicilio, para los efectos de los artículos anteriores [...] tratándose de personas jurídicas imputadas, 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*».

Habría bastado, según mi criterio, para evitar los problemas que seguramente surgirán en la práctica sobre esta cuestión, por un lado, una ampliación de la definición auténtica de domicilio a efectos de registro, incluyendo además aquel lugar donde se tomen decisiones y/o sea el lugar de la efectiva administración de la sociedad, o bien, la remisión del 119.1a) al 544.4 de la LECr, a efectos de criterio subsidiario para la determinación del domicilio efectos de comunicación de la noticia de la imputación a la persona jurídica.

Más censurable aún es el criterio legal adoptado, cuando se observa que otras leyes de naturaleza mercantil - en las que no hay en juego derechos fundamentales de manera tan manifiesta como es el ámbito penal - si prevén la cuestión, por ejemplo los artículos 9 y 10 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, que tras discriminar entre domicilio social y real (aquel en donde se halla el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radica su principal establecimiento o explotación) permite a los terceros elegir entre

---

<sup>23</sup> Igualmente introducido por la Ley 37/2.011

uno y otro para el caso de discordancia de los mismos. O inclusive la propia Ley Concursal, en cuyo artículo 10 fija la competencia territorial del Juez de Lo Mercantil en relación al lugar donde tenga el deudor el centro de sus intereses principales (lugar donde el deudor ejerce de modo habitual y reconocible por terceros la administración de tales intereses), el cual no tiene porqué coincidir con el domicilio social, al no ser iuris et de iure la presunción al efecto establecida en la citada norma de la Ley Concursal.

#### 4.2.2. El representante de la persona jurídica.

En segundo término, el artículo 119 LECr otorga sin más a la entidad la facultad de designar representante. En defecto de designación expresa corresponde a los administradores la representación en juicio de la persona jurídica. ¿qué pasará cuando ambos estén imputados y halla un conflicto de intereses? ¿o cuándo se trate de una sociedad unipersonal en la que la gestión corresponda igualmente al socio único y surja igualmente el conflicto de intereses? ¿o cuando en tales casos de imputación del órgano de administración, el mismo sea a la vez socio o accionista mayoritario de la sociedad y pueda imponer su voluntad en la correspondiente Junta?.

El tema en modo alguno es baladí y así pensemos, entre otros, que (I) dicho representante llegado el caso podría prestar la conformidad del artículo 787 de la LECr, (II) su incomparecencia no impedirá la celebración de la vista (art. 786.bis. 2 LECr) (III) y que el mismo podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba (art. 786.bis.1 LECr)

En mi opinión, bien en sede de LECr bien en sede de legislación mercantil, mediante la correspondiente modificación de las mismas se tendrían que haber introducido para estos casos de imputación de personas jurídicas unos mecanismos de designación de representantes de éstas, a fin garantizar una adecuada representación de la misma en las distintas fases del proceso, y en las distintas comparecencias judiciales que hayan de llevarse a efecto.

En este sentido, algunos autores (MARTINEZ RUIZ o DE LA FUENTE HONRUBIA) han sugerido la posibilidad de que fuera tal designación del representante en estos casos o al menos el procedimiento para su designación una previsión obligatoria de los estatutos sociales . Otra solución es la apuntada por el art. 706.43 *Code de Procedure Pénale* de designar a otra persona distinta para representar a la persona jurídica, o bien la designación de un mandatario judicial por parte del Juez o Tribunal previo informe del Ministerio Fiscal, al modo de un «defensor judicial». La norma procesal francesa en el párrafo segundo del precepto citado, prevé una representación convencional o estatutaria - tal como hemos apuntado antes - en la medida que dispone que *«la persona jurídica puede ser representada por cualquier persona que ostente, conforme a la ley o a sus estatutos, una delegación de poderes a este efecto»* .

Igualmente interesante es la solución sugerida por GASCON INCHAUSTI y consistente en una aplicación analógica en tales casos del artículo 206.3.II de la Ley de Sociedades de Capital, norma que regula la legitimación para la impugnación de acuerdos societarios según la cual la acción habrá de dirigirse contra la sociedad pero *«cuando el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad y la junta no tuviere designado a nadie a tal efecto, el juez nombrará la persona que ha de representarla en el proceso, entre los socios que hubieren votado a favor del acuerdo impugnado»*. Esta opción permitiría al tribunal elegir como representante al administrador no imputado, si bien no sería una solución aplicable para los casos de administrador único o cuando todos los administradores estuvieren imputados.

#### **4.2.3. Diligencias de investigación. Especial referencia al interrogatorio de la persona jurídica.**

Sobre la práctica de diligencias de investigación en general establece el artículo 120 de la LECr que:

*«1. Las disposiciones de esta Ley 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.*

*2. 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.»*

Nuevamente este precepto nos señala la importancia de la designación del representante de la persona jurídica, ya que una vez designado su incomparecencia no impedirá la práctica de diligencias de investigación.

En cuanto al interrogatorio de la persona jurídica dispone el artículo 409.bis LECr:

*«Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración 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. A dicha declaración 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.*

*No obstante, 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.»*

Leída la norma se observa otra vez que no está prevista solución alguna para el caso de conflicto de intereses entre la persona jurídica y su representante cuando ambos estén imputados y les interesen estrategias procesales diferentes.

Por otro lado al predicarse respecto de la persona jurídica el derecho a no declarar contra sí mismo que proclama el art. 24.2 de la Constitución, entiendo decae toda obligación de colaboración de la persona jurídica una vez imputada en el proceso penal, pero ¿Sería ilícita la prueba obtenida en un expediente administrativo previo en el que se ha reclamado a la persona jurídica documentación, informes o exhibición de libros? Lo traigo a colación ya que el tema se suscitó en en la jurisprudencia constitucional. La sentencia 68/2006, de 13 de marzo del TC zanjó el problema sometido a su consideración<sup>24</sup> argumentando que in casu el sujeto pasivo del expediente era una Sociedad y no su gerente que fue el finalmente condenado en el posterior proceso penal. El derecho a la no autoincriminación no excluye la posibilidad de realizar prueba sobre el sospechoso pero sí repele la imposición al sospechoso de la carga de colaborar con su propia inculpación mediante actuaciones como el requerimiento para aportar elementos probatorios directos (como documentación). No es eso compatible con el derecho a no autoincriminarse. La prueba obtenida así bajo apercibimiento de desobediencia sería ilícita, como lo sería la que se ha recabado de esa forma en un expediente administrativo previo. Es ese el supuesto contemplado también en otro precedente, la sentencia del TC 18/2005, de 1 de febrero consideró legítima la condena por delito contra la Hacienda Pública por cuanto la documentación utilizada como prueba recabada en la previa inspección tributaria fue proporcionada por la sociedad y no por la persona física finalmente condenada. Pero lo cierto es que la situación a cambiado a partir de la Ley Organica 5/2.010 en cuanto reconoce la posibilidad de responsabilidad penal a las sociedades. En tal caso ¿Qué solución procedía sobre la prueba así obtenida?. Mi opinión es que dado el carácter de *norma odiosa* del derecho penal debe propugnarse la postura más favorable al imputado e inadmitir tales pruebas.

---

<sup>24</sup> utilización para la condena penal de la documentación e información reclamada durante la sustanciación del expediente administrativo previo

#### **4.2.4 Derecho a la asistencia jurídica gratuita.**

El derecho de asistencia jurídica gratuita se trata de un derecho público subjetivo, de carácter estrictamente procesal por su finalidad y estructura y rango constitucional, en virtud del cual la parte procesal, actual o futura, que acredite insuficiencia de recursos para ejercer su derecho a la acción u oponer resistencia, que en su caso litigue por derechos propios y que tenga posibilidad de éxito en el proceso, viene eximida, totalmente o en una parte, de abonar los gastos que el proceso origine, los de asesoramiento previo, y los honorarios y derechos que correspondan a los profesionales o funcionarios que en él intervienen (GOMEZ COLOMER)

De entrada, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (LAJG) parte de una consideración general que es la de excluir a la persona jurídica de su ámbito de aplicación, salvo que se trate de personas jurídicas de interés general tales como las asociaciones declaradas de utilidad pública y las fundaciones inscritas en el Registro correspondiente, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 2 c LAJG). No obstante, Tal como ha indicado CHOCHRÓN GIRALDEZ, , desde el punto de vista constitucional tiene declarada la jurisprudencia que tal derecho de asistencia jurídica gratuita ha de entenderse comprendido en el derecho a la tutela judicial efectiva «al estar proscrita la indefensión en cuanto imposibilidad de que una persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar, supuesto para el que el artículo 119 de la Constitución garantiza la gratuidad de la justicia» (STC 138/1988, de 8 de julio). En esa línea, cuando el artículo 24.1 de la Constitución reconoce a «todas las personas» el derecho a obtener la tutela judicial efectiva, establece una fórmula amplia para determinar el sujeto activo de tal derecho, esto es, para determinar la titularidad del derecho fundamental, lo que en expresión del Tribunal Constitucional ha sido entendido como «el derecho de todos a la jurisdicción» (STC 54/1994, de 24 de febrero). Ese amplio reconocimiento a la prestación de la actividad jurisdiccional incluye pues «a las personas físicas y a las personas jurídicas, y entre estas últimas, tanto a las de derecho privado como a las de derecho público, en la

medida en que la prestación de la tutela efectiva de los jueces y tribunales tiene por objeto los derechos e intereses legítimos que les corresponden» ( STC 64/1988, de 12 de abril ).

Considerado desde esta perspectiva, no se alcanza a comprender que la LAJG resuelva a priori no ofrecer ninguna cobertura a las personas jurídicas, incluso cuando acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar, máxime ahora que la persona jurídica puede ser señalada como penalmente responsable y por consiguiente ser parte procesal con la plenitud de derechos que son inherentes a su condición de imputada, en especial aquéllos que constituyen específica manifestación del derecho a la defensa en el proceso penal. En tal sentido entiendo que el actual artículo 31 bis del Código Penal, establece un presupuesto 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.

#### **V. BREVE REFERENCIA AL AUTO DEL JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NÚM. 6 DE ONCE DE OCTUBRE DE 2.011.**

A modo de epílogo, quisiera concluir el presente trabajo haciendo una mención a la primera resolución judicial de los Tribunales españoles que ha abordado la responsabilidad penal de la persona jurídica. Se trata del Auto de procesamiento dictado por el Magistrado don Eloy Velasco Nuñez (titular del Juzgado Central de Instrucción 6) de fecha once de octubre de 2.011

El meritado auto declarada procesadas a diversas sociedades - aparte de una pluralidad de personas físicas - por un delito contra la salud pública (tráfico de cocaína, art. 368 CP) a través de grupo organizado (art. 369.bis CP), en cuanto indiciariamente tales mercantiles intervenían el operaciones de simulación de comercio internacional entre empresas cuya finalidad real era la de importar droga a España.

Se acude en la resolución a la doctrina del levantamiento del velo, para establecer la vinculación participativa ex art. 31.bis CP de los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de las sociedades procesadas, en cuanto de diversas diligencias de investigación (conversaciones telefónicas indica el auto) se desprende que aquellos ejercen el mando real y toman las decisiones que son obedecidas por los empleados y testaferros. Tal hecho es merecedor - a juicio del Magistrado – de responsabilidad, en la esfera penal, de las señaladas sociedades.

Por último, se adopta como medida cautelar la de clausura y suspensión temporal por dos años de las actividades de las mercantiles procesadas y ello debido a su concreta utilización en la maniobra de cobertura mercantil transnacional simulada.

## **VI. BIBLIOGRAFIA.**

### **Libros**

1. MORALES PRATS, FERMIN (Coordinador). Comentarios al Código Penal Español. Ed. Aranzadi. 2011. 6ª ed.
2. QUINTERO OLIVARES, GONZALO (Coordinador). Reforma Penal 2010: análisis y comentarios. Ed. Aranzadi. 2010. 1ª ed.
3. ORTIZ DE URBINA GIMENO, IÑIGO (Coordinador), Memento Práctico Penal Económico y de Empresa 2011-2012. Ed. Francis Lefebvre. 2011. 1ª ed

### **Resoluciones.**

1. Auto de 11 de octubre de 2.011, del Juzgado Central de Instrucción núm. 6. Id Cendoj: 28079270062011200001.
2. Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado.

## Revistas y otros

1. PARÉS HIPÓLITO, M<sup>a</sup> JESUS. Algunas reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Publicado en [www.tuobra.unam.mx](http://www.tuobra.unam.mx).
2. MIR PUIG, SANTIAGO. Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología .ISSN 1695-0194
3. CAMPANER MUÑOZ, JAIME. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en España a raíz de la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2.010, de 22 de junio: una visión crítica. Publicado en [http://fee.uib.es/digitalAssets/151/151122\\_cirerol\\_2.pdf](http://fee.uib.es/digitalAssets/151/151122_cirerol_2.pdf)
4. MARTINEZ PARDO, VICENTE JOSE. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista Internauta de Práctica Jurídica. Núm. 26, año 2011
5. RODRIGUEZ MOURULLO, GONZALO. La responsabilidad penal de las personas jurídicas y los principios básicos del sistema. Abogados (Revista del Consejo General de la Abogacía Española). Septiembre 2.010.
6. GUERRA GARCIA, YOLANDA. Breve introducción al tema de la responsabilidad de las personas jurídicas. parte de la investigación "Corrupción el enemigo interno, análisis socio jurídico" de la línea de Investigación de Administración y Responsabilidad del Estado, Convocatoria 2004-2006.
7. GOMEZ JARA-DIEZ, CARLOS. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal. diario LA LEY 14962/2010
8. ECHARRI CASI, FERMIN J. Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: una nueva perspectiva de las garantías constitucionales. Diario La Ley, Nº 7632, Sección Doctrina, 18 May. 2011
9. MAGRO SERVET, VICENTE. Hacia la necesidad de implantación del plan de prevención jurídica en las empresas. Diario La Ley, Nº 7633, Sección Doctrina, 19 May. 2011
10. CHOCRÓN GIRÁLDEZ, ANA M<sup>a</sup>. Representación y defensa procesal de la persona física imputada en el proceso penal. Revista Aranzadi Doctrinal 5/2.011
11. CARDONA TORRES, JUAN. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Diario La Ley, núm. 7699, año 2.011

En Córdoba, a 20 de diciembre de 2.011



Fdo. Francisco Estepa Domínguez