

ESTATUTO PROCESAL DE LA PERSONA JURÍDICA INVESTIGADA

A través del presente artículo se pretende realizar una visión detallada de la responsabilidad procesal penal que, desde 2010, afecta a las personas jurídicas, así como de las posibles controversias que se pueden suscitar como consecuencia de la misma. Para ello, trataremos de hacer especial hincapié en las sucesivas reformas legislativas, Circulares y pronunciamientos judiciales que han ido operando en España desde la extinción del *societas delinquere non potest* hasta la fecha¹.

Throughout this article, we aimed to carry out a detailed analysis of the law regarding criminal procedural responsibility since 2010. The analysis concerns legal persons and possible disputes that may arise as a result of the legal framework. In order to carry this out, we aim to place a special emphasis on the successive legislative reforms, circulars and judicial decisions that have been in operation in Spain since the abolition of the *societas delinquere non potest*.

I.- INTRODUCCIÓN AL ÁMBITO PROCESAL DE LA PERSONA JURÍDICA INVESTIGADA

Como es sabido, la LO 5/2010, de 22 de junio (LA LEY 13038/2010), supuso la introducción de los entes colectivos en nuestro ordenamiento jurídico penal y, consecuentemente, la extinción del tradicional *societas delinquere non potest*.

Por otro lado, la modificación del Código Penal de 2010 (CP 2010 (LA LEY 3996/1995)), obvió cualquier alusión normativa en cuanto al ámbito procesal

¹ Artículo publicado en Diario LA LEY, mayo de 2016.

de la persona jurídica, lo cual originó que, por primera vez, se regulase en nuestra longeva Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim (LA LEY 1/1882)) el estatuto procesal de la persona jurídica, y ello gracias a la introducción de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal (LA LEY 19111/2011), modificadora de aquélla. Se atribuía, pues, un conglomerado de derechos, obligaciones y garantías a la persona jurídica investigada inexistentes hasta la fecha.

No obstante, dicha modificación de la LECrim fue objeto de infinidad de críticas por parte de la Doctrina, en primer lugar, por su parquedad regulatoria y, en segundo, como consecuencia de su tardía entrada en vigor (casi un año después de la reforma del CP 2010).

En medio de ese prolongado espacio temporal de inseguridad jurídica mencionado, la Fiscalía General del Estado, en su **Circular 1/2011** (Circular 1/2011), relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010 (LA LEY 12802/2011), redactó una serie de pautas a seguir por parte de los miembros de la Fiscalía para, así, homogeneizar criterios de investigación frente a las personas jurídicas que incurriesen en responsabilidad criminal².

² Conclusión de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado: “*El estatus procesal de imputado, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, exigen la caución adicional del acceso al procedimiento de todo aquel a quien se le atribuya un acto punible, a los fines de evitar que puedan generarse situaciones materiales de indefensión*”. (...) *Para garantizar a la persona jurídica imputada el régimen que se acaba de describir, existe una primera alternativa que conlleva una cierta humanización de la misma, que en ese sentido, se encarnará en el proceso penal a través de su representante legal, sin perjuicio de la postulación procesal, es decir, de su*

La meritada Circular consiguió, pues, mitigar parte de la mencionada deficiencia de regulación procesal patente en nuestro sistema procesal penal. Además de lo anterior, no podíamos obviar el fallido intento de redacción de un Código Procesal Penal (CPP), iniciado en anteriores legislaturas y que, finalmente, no ha conseguido entrar en vigor.

Un importante sector de la Doctrina, MARCHENA GÓMEZ, VELASCO NÚÑEZ y MAZA MARTÍN, entre otros³, considera una necesidad de vital calado la aprobación de dicho Código para revestir de una mayor seguridad jurídica a nuestro Ordenamiento Jurídico.

En la actualidad, se han ampliado los derechos y garantías de los entes colectivos gracias a (i) la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP 2015 (LA LEY 4993/2015)) y a las consecuentes (ii) Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica (LA LEY 15163/2015) y (iii) Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (LA LEY 15162/2015).

representación por medio de procurador y de la asistencia técnica letrada características del proceso penal, en cada caso”.

³ Jornadas sobre la responsabilidad penal de la empresa y los programas de *compliance*. Fundación Ramón Areces: diciembre de 2015.

Meses más tarde, concretamente el 22 de enero del presente año, se publicó la **Circular 1/2016** de la Fiscalía General del Estado (Circular 1/2016) sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas (LA LEY 2/2016) que, en nuestra opinión, suple las carencias regulatorias todavía existentes tras las últimas modificaciones del CP (LA LEY 3996/1995) y LECRim operadas en 2015. De ella podemos destacar:

1.- La Fiscalía entiende que se produce una **ampliación de los sujetos ubicados en el artículo 31 bis 1 a) y b) CP** capacitados para transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica, extendiéndose la configuración de los mencionados preceptos a: (i) representantes legales; (ii) personas autorizadas para tomar decisiones en nombre de la empresa; (iii) personas que ostentan facultades de organización y control, sección en la que, para asombro de muchos, se hallaría la figura del *Chief Compliance Officer*; (iv) También se amplía el ámbito subjetivo del denominado personal de segundo tipo -31 bis 1 b)-, al quedar incluidos en él autónomos o subcontratados que se hallen en el perímetro de dominio de la empresa.

2.- La persona jurídica podrá ser investigada por aquellos hechos ocasionados a través de los sujetos recogidos en el artículo 31 bis 1 a) y b) no solo en su condición dolosa, sino también por aquellas **acciones u omisiones** que se cometan en su modalidad **imprudente**, siempre que las mismas estén previstas *ex lege*.

3.- En cuanto a la responsabilidad penal de los directivos -31 bis 1 a-, la Circular aclara que cuando el acto delictivo se haya cometido por un empleado -31 bis 1 b-, aquel directivo que haya incumplido **gravemente** sus deberes de vigilancia y control responderá personalmente, sin perjuicio de la responsabilidad penal que reciba la empresa por el delito perpetrado por su subordinado.

4.- En cuanto al **beneficio directo o indirecto** que la conducta delictiva de la persona física deba reportar a la empresa, la Circular, además del beneficio económico directo, también se refiere a la responsabilidad penal de la persona jurídica que podría producirse a raíz del ahorro de costes y beneficios estratégicos, intangibles o reputacionales. Además, no sería necesario, según la Circular, que el beneficio llegue a producirse, bastando con que el autor del delito haya tratado de cometerlo.

5- Por último, la Circular hace especial hincapié en la necesidad de trasladar la idea de que los *compliance programs* no tienen únicamente por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino más bien **promover una verdadera cultura empresarial**.

Semanas más tarde de la publicación de la Circular 1/2016, el Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en una sentencia histórica, **STS 154/2016 de 29 de febrero**⁴ (LA LEY 6573/2016), ha estimado por primera vez la existencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, confirmando las condenas impuestas por la Audiencia Nacional (AN) a tres sociedades por su participación en delitos contra la salud pública.

Esta novedosa resolución analiza mediante *obiter dicta* cuestiones que excedían del objeto de los recursos planteados por estas empresas, las cuales resultaban necesarias en aras de asentar un primer modelo jurisprudencial sobre la materia.

⁴ STS (Sala 2ª) de 29 de febrero de 2016 (nº 154/2016). Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín.

Centrándonos brevemente en el caso, el Alto Tribunal modifica la pena de disolución por la que condenó la Audiencia Nacional a una de ellas (sí se le mantiene la prohibición de realizar actividades comerciales en España por 5 años y multa de más de 775 millones de euros), ya que dicha empresa contaba con una plantilla de más de 100 empleados y, según la Sala Segunda, se les ocasionaría un perjuicio inmerecido de confirmarse la sentencia de la AN.

En puridad, de esta sentencia podemos extraer que para que, una persona jurídica sea responsable penalmente, deben concurrir dos circunstancias fundamentalmente:

1.- Como presupuesto inicial, debe constatarse la comisión de delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica.

2.- Debe haber existido una omisión en las funciones de vigilancia y control por parte de la empresa ante la comisión de un eventual ilícito penal. Esto es, no haberse implantado los modelos de prevención del delito en el seno de la compañía.

Se pretende así reforzar con esta sentencia la idea de una **cultura de respeto al Derecho por parte de las personas jurídicas**, tanto de unos -31 bis 1 a)-, como de otros -31 bis 1 b)- cultura que ya mencionara la Circular 1/2016⁵.

La sentencia, empero, ha contado con el voto particular de 7 de los 15

⁵ Circular 1/2016 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 1/2015, pg. 39.

magistrados que formaron el Pleno, quienes si bien comparten el fallo, discrepan respecto de parte de la doctrina recogida en esta resolución⁶.

Tan solo 16 días más tarde, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ha dictado la segunda sentencia relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En esta última sentencia, **STS 221/2016 de 16 de marzo**⁷ (LA LEY 11281/2016), la sociedad recurrente, dedicada a la actividad inmobiliaria, fue condenada por la Audiencia Provincial de Cáceres como consecuencia de la comisión de un delito de estafa, a (i) la pena de multa de 24.000 euros y (ii) al cierre temporal de una de sus oficinas, independientemente de la también sanción penal impuesta a otras dos personas físicas. La mencionada persona jurídica recurrió esta sentencia alegando indefensión, dado que, según su parecer, no había sido objeto de investigación de manera formal en la causa.

Pues bien, esta sentencia explica que la responsabilidad de las personas jurídicas no puede afirmarse por la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física, sino que sólo responderán cuando se haya “incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control, atendidas las circunstancias del caso”.

Acorde con lo anterior, el Tribunal Supremo ha manifestado que la imposición de penas a las personas jurídicas exige del Ministerio Fiscal el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de

⁶ Pese a tratarse ésta de una materia de interesante análisis, la misma excede del objeto de este estudio.

⁷ STS (Sala 2ª) de 16 de marzo de 2016 (nº 221/2016). Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física, tal y como ya quedara asentado en la **sentencia nº 514/2015 de 2 de septiembre**⁸ (LA LEY 126066/2015): “**parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal, debiéndose guardar especial celo en cuanto al derecho a la presunción de inocencia de las personas jurídicas, así como de las personas físicas que formen parte de ellas**”.

En suma, el Alto Tribunal estima el recurso de la empresa previamente condenada por la Audiencia Provincial de Cáceres al entender que no se siguieron los principios esenciales e irrenunciables del Derecho penal, habiendo incurrido la sociedad en indefensión por mor de la ausencia de investigación previa en la causa.

II.- COMPETENCIA PARA LA INSTRUCCIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PROCESO PENAL

Pese a la reducida experiencia práctica en cuanto al *societas delinquere potest*, parece claro que no existe el concepto de “coautoría” entre persona física y jurídica. De esta forma, en caso de que ambas incurriesen en responsabilidad penal, la primera de ellas respondería según el tipo delictivo que hubiera infringido y la segunda, como consecuencia de un defecto de organización en su seno. Sería más apropiado, pues, afirmar que se trata de

⁸ STS (Sala 2ª) de 2 de septiembre de 2015 (nº 514/2015). Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

dos delitos distintos, aunque la investigación a la persona jurídica influya sobre la persona física y viceversa.

Sin embargo, resulta básico que pueda investigarse y enjuiciarse conjuntamente a la persona física y jurídica, siempre que el delito atribuido a ambos guardare una conexión análoga (*v.gr.*, empleado de los catalogados “de segundo tipo” que comete un fraude de subvenciones, y su perpetración ha sido posible por no haberse implantado los modelos de prevención por parte de la empresa). Se debe evitar así que los mismos hechos sean enjuiciados en procesos distintos y puedan originarse resoluciones contradictorias. Y, todo ello, con las excepciones del artículo 31 ter CP.

En cuanto a la competencia de los Tribunales penales españoles, ésta se vertebra en competencia objetiva, funcional y territorial, *ex* artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ (LA LEY 19390/2009)) y los artículos 14 y 14 bis LECRim.

Como es sabido, la competencia objetiva –enfocada al enjuiciamiento- y la funcional -a la instrucción- se determinan según (i) la materia delictiva; (ii) la condición del investigado y, con carácter subsidiario, (iii) la gravedad de la pena prevista en abstracto para el delito que se cometiere (artículo 14.3 y 14.4 LECRim). En cuanto a la competencia territorial, la regla general hace referencia al lugar donde se hubiere cometido el hecho delictivo.

En primer lugar, para analizar la **competencia objetiva** de los Tribunales nacionales nos debemos remitir al mencionado artículo 14 bis LECrim:

“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”.

Dicho de otro modo, en el caso de que el proceso penal se dirija simultáneamente frente a personas físicas y jurídicas, o incluso si se dirige exclusivamente contra la persona jurídica, la pena que hemos de utilizar de referencia es la relativa a la persona física investigada y no la correspondiente a la persona jurídica.

Adicionalmente, para aquellos delitos cuya pena de prisión solicitada para la persona física no supere el umbral de los cinco años, o cuya pena de multa, independientemente de su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, serán enjuiciadas por el Juzgado de lo Penal competente. De lo contrario, corresponderá la competencia objetiva a las Audiencias Provinciales, tal y como expone el artículo 14.3 LECrim.

En cuanto a la **competencia funcional**, generalmente es otorgada a los Juzgados de Instrucción, salvo en tres casos excepciones, que desarrollamos a continuación:

(i) La atribución de la investigación y enjuiciamiento de determinados delitos (contra el mercado y los consumidores o tráfico de drogas, arts. 288 y 369 bis CP respectivamente) se atribuye, en primer lugar, al Juzgado Central de Instrucción de la AN (investigación) y, posteriormente, para su enjuiciamiento, al Juzgado Central de lo Penal o a la Sala de lo Penal del mismo Órgano jurisdiccional.

(ii) El Tribunal del Jurado (figura regulada en la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado (LA LEY 3908/1995)) también podría ser órgano enjuiciador de la persona jurídica investigada si se hubieren cometido delitos como cohecho (artículo 427 bis CP), o tráfico de influencias (artículo 430 CP).

(iii) Por último, si el delito hubiera sido perpetrado por una persona aforada, podrán enjuiciar la Sala 2ª de lo Penal del Tribunal Supremo (art. 57.1.2 LOPJ) o la Sala de lo Civil y Penal de un Tribunal Superior de Justicia (art. 73.3 LOPJ).

Competencia territorial.- El artículo 23.1 de la LOPJ dispone, con carácter general, el principio de territorialidad como criterio preferente para atribuir la jurisdicción penal a los Tribunales españoles, esto es, la teoría de la ubicuidad que, según BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE “consiste en que el delito se reputa cometido tanto en todos los lugares en los que se haya llevado a cabo la acción como en el que se haya producido el resultado”⁹.

No obstante, pese a las dos últimas reformas operadas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, la competencia jurisdiccional para investigar los delitos cometidos por las personas jurídicas todavía no se encuentra expresamente recogida en ninguno de sus artículos. Así, para dar respuesta a este vacío legal, hemos de remitirnos a la regla general, ex artículo 14.2 LECrim, la cual versa sobre la competencia territorial que poseen los Jueces y Tribunales para investigar las causas:

⁹ STS (Sala 2ª) de 9 de junio de 2013 (LA LEY 64788/2013), Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre.

“Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido (...) o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine”.

Sin embargo, el hecho puede haberse cometido en una sede propiedad de la persona jurídica distinta del domicilio social, por lo que, en principio, y pese a la ambigüedad regulatoria, parece más razonable establecer la competencia en el lugar donde la persona física supuestamente responsable desarrolle su actividad por cuenta de la empresa.

III.- INVESTIGACIÓN PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA *VERSUS* DERECHOS FUNDAMENTALES

1.- Introducción. Derechos Fundamentales inherentes a la persona jurídica.

Grosso modo, la última reforma de la LECRim dota de mayor seguridad a la persona investigada en el proceso penal, ahondando especialmente en aspectos esenciales del derecho a la defensa. Se pretende pues, reforzar las garantías procesales del investigado. En cuanto a las personas jurídicas, según DEL MORAL GARCÍA¹⁰, éstas son investigadas y/o condenadas a todos los efectos y con todas las consecuencias.

De esta manera, queda acreditado que todos los Derechos Fundamentales procesales (artículos 24 y 10 CE (LA LEY 2500/1978), entre otros)) y su respectivo desarrollo legal deben ser extrapolables a la persona jurídica investigada.

¹⁰ DEL MORAL GARCÍA, A. *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

Tuvo que ser la ya citada Circular 1/2011 la que manifestara la titularidad por parte de las personas jurídicas de todos los Derechos Fundamentales atribuibles a la persona física investigada¹¹, tesis que se ha visto reforzada con la también comentada STS 514/2015, de 2 de septiembre.

Una de estas consecuencias redundaba en el derecho a la defensa, recogido en el artículo 118 LECRim: *“toda persona a quien se atribuya un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, interviniendo en las actuaciones, desde que se le comuniquen su existencia, haya sido objeto de detención de cualquier otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá, sin demora injustificada, de los siguientes derechos (...)”*.

Por otro lado, el alcance de los derechos recogidos en el artículo 24 CE para la persona jurídica suscita una problemática de compleja solución en su concreta manifestación del derecho a no declarar contra sí misma o a la no autoincriminación, por cuanto la persona jurídica objeto de investigación penal, por su misma naturaleza, necesita ser representada a través de alguna persona física designada por aquélla.

¹¹ Conclusión de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado: “El imputado no debe prestar declaración en calidad de testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el estatus del testigo conlleva la obligación de comparecer y decir verdad, mientras el imputado puede callar total o parcialmente en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable”.

No obstante lo anterior, y pese a la escasez de pronunciamientos judiciales relacionados con la persona jurídica investigada, parece claro que se le concede a ésta una dosis necesaria de seguridad jurídica al reforzarse el principio de presunción de inocencia ante una eventual investigación penal.

2.- Derecho a la defensa de la persona jurídica. Fases que comprende su condición de investigada.

La materialización de la presencia del sujeto pasivo en el proceso penal se produce, por regla general, a través de su representación procesal. Si la investigada es una persona jurídica, resulta obligatoria la existencia de una persona física en la que se encarne la presencia de aquélla y que, por ende, exprese su voluntad.

En consonancia con lo anterior, el artículo 119 LECrim contiene que, cuando se atribuya un hecho punible a una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775 LECrim, con las siguientes particularidades:

En cuanto a su **citación**, se hará en el domicilio social de la misma, tal y como expone el artículo 9.1 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC (LA LEY 14030/2010)) requiriendo además a la entidad que designe (i) representante (no tiene porqué ser el representante legal de la persona jurídica); (ii) abogado y (iii) procurador para llevar a cabo su defensa procesal.

En caso de no hacerlo, reza el artículo 119 LECrim: “*se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos*”. Además, la falta de designación de representante no impedirá la continuación del procedimiento con el abogado y procurador designado.

En segundo lugar, la **comparecencia** de las personas jurídicas en el procedimiento judicial queda estipulada en los meritados artículos 775 y 119 LECrim.

Ésta se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica investigada, acompañada de letrado. Además, en caso de que tal representante no asistiera al mencionado acto, la comparecencia seguirá su curso con la presencia del abogado de la entidad (aunque sea solo a efectos de comunicación de la apertura del procedimiento penal frente a ella e información de derechos a la persona jurídica).

Una vez presentes el representante o, en su caso, el letrado de la persona jurídica, el Juez informará a uno u otro de los hechos que se investigan sobre ésta. Además, desde ese mismo momento el letrado designado tendrá derecho a examinar todas las actuaciones para salvaguardar el derecho de defensa, ex artículo 118.1 b) LECrim.

En cuanto a las notificaciones, el nombramiento del procurador sustituirá la indicación del domicilio a tales efectos, ex artículo 775.1 LECrim, practicándose con éste último todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal, tal y como expone el artículo 119 d) LECrim. En el caso de que el procurador hubiere sido designado de oficio, éste deberá hacérselo saber a la persona jurídica investigada.

-Personación: Como hemos mencionado anteriormente, desde el nombramiento del Procurador en el procedimiento, todas las notificaciones a la persona jurídica se harán a través de él.

No obstante, la Ley no regula que el letrado designado posea también la representación de la persona jurídica hasta el Auto de apertura del Juicio oral, a diferencia de las personas físicas -ex artículo 768 LECrim-. Al hilo de lo anterior, y siguiendo a NAVARRO MASSIP¹² “resulta contradictorio que el abogado pueda ser el profesional con el que se pueda practicar la comparecencia, se le informe de los hechos imputados, con quien se sustanciará dicho acto (art. 120.2 LECrim) y no puede ser el destinatario de las citaciones”.

IV.- DECLARACIÓN Y DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

1.- Declaración y derechos procesales de la persona jurídica investigada.

La declaración en calidad de investigado por parte del representante designado por la persona jurídica requiere la asistencia de su abogado.

Es en el artículo 409 bis LECrim donde se regula la declaración de aquél, que *“irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad investigada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación (...) el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable”*, ya que la persona jurídica tiene reconocido el derecho a la no autoincriminación, que es integrado por vía interpretativa en el **art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos** (CEDH (LA LEY 16/1950)).

¹² NAVARRO MASSIP, J. “Estatuto procesal de las personas jurídicas”. *Aranzadi Doctrinal* núm. 4/2015.

De otro lado, debemos sopesar la posible incomparecencia del representante persona física para la toma de declaración en nombre de la persona jurídica investigada.

La respuesta a dicha cuestión se halla recogida en el artículo 409 bis *in fine*, que expone: “*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*”.

Este artículo 409 bis LECrim, pensamos, pone de manifiesto la transcendencia tan abrumadora que reviste el hecho de elegir acertadamente al representante de la persona jurídica que vaya a asistir en calidad de investigado al proceso, ya que la empresa dependerá en gran medida de su declaración.

2.- Fase de enjuiciamiento. Desarrollo del Juicio Oral e incomparecencia de la persona jurídica encausada.

Tal y como expone el artículo 786 bis LECrim, si la persona investigada se trata de una persona jurídica, ésta podrá ser representada por una persona física que aquélla específicamente designe, ocupando en la Sala el lugar de los acusados. Adicionalmente, dicha persona natural podrá declarar en nombre de la persona jurídica objeto de investigación si se hubiera propuesto y admitido esa prueba.

El único límite que establece la Ley (artículo 786 bis.1 LECrim) consiste en la prohibición a la hora de designar como representante en la fase de Juicio oral a quien haya de declarar en el mismo en calidad de testigo.

Ante esta excepción que plantea el comentado artículo y que, en principio, puede pasar desapercibida, nos gustaría brevemente comentar un supuesto práctico:

Imagínense el caso de un empleado de los que hemos denominado -según el artículo 31 bis 1 b) CP- de segundo tipo, que trabaja para una empresa, la cual exporta aceite al exterior. Ésta ha sido denunciada por haber cometido – supuestamente- un delito contra el Mercado y los Consumidores, y prevé que su empleado –que podría ser llamado como testigo- declararía de manera desfavorable para intereses de la compañía. Para evitar tales consecuencias tan sumamente perjudiciales, la mencionada compañía lo nombra su representante, y así no tener el empleado la obligación de decir la verdad ante el órgano enjuiciador –recordemos que el testigo tiene obligación de decir la verdad, requisito no exigible al investigado-.

Parece, pues, lógica la postura del Legislador de no permitir el nombramiento como representante en Juicio oral de la persona física que fuera a deponer como testigo en los casos de investigación penal a las personas jurídicas, pretendiéndose, así, evitar corruptelas o contubernios a la hora de escoger a tales personas.

En consonancia con lo arriba expuesto, hemos de sopesar la posibilidad de que el representante de la empresa objeto de investigación penal también esté siendo investigado en la causa o que, sin serlo, pudiera existir conflicto de intereses entre ellos. Pues bien, el Alto Tribunal, en la mencionada sentencia 154/2016, de 29 de febrero, ha expresado que esta cuestión debería ser corregida por el Legislador en futuras reformas procesales, para evitar la indefensión a la persona jurídica investigada.

Sin embargo, la Sala Segunda entiende que en caso de apreciarse la posible vulneración del derecho de defensa de la persona jurídica al haber sido representada en el procedimiento por una persona física también investigada y con intereses contrapuestos, ***“nada impediría que se pudiera proceder a la estimación de un motivo en la línea del presente, disponiendo la repetición, cuando menos, del Juicio oral, en lo que al enjuiciamiento de la persona jurídica se refiere, a fin de que la misma fuera representada, con las amplias funciones ya descritas, por alguien ajeno a cualquier posible conflicto de intereses procesales con los de la entidad (...)*”**.

Continúa el Alto Tribunal expresando que la designación de dicho representante en tales casos debería ser realizada por los órganos de representación de la empresa investigada *“sin intervención en tal decisión de quienes fueran a ser juzgados en las mismas actuaciones”*.

Seguidamente, el art. 786 bis.2 LECrim versa sobre la posibilidad de que la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no comparezca en el Juicio oral, lo cual no conllevaría consecuencias mayores que la continuación del mismo ante la presencia del abogado y procurador de la empresa investigada.

3.- Conformidad de la persona jurídica. Incomparecencia.

La conformidad de la persona jurídica en fase de enjuiciamiento deberá ser llevada a cabo por el representante legalmente designado por aquélla, el cual, en tales casos, deberá ser dotado de un poder especial.

Adicionalmente, el artículo 787.8º LECrim expone que la conformidad de la empresa será independiente de la de la persona física que también esté siendo enjuiciada.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta la posible incomparecencia de la persona jurídica investigada: cuando ésta no comparece ante el llamamiento judicial y, a sabiendas de ello, por iniciativa propia desobedece las citaciones, se produce una situación semejante a la provocada caso de no localizar a ningún representante orgánico que se haga cargo de la citación, o a la provocada cuando en el domicilio social no aparece el más mínimo rastro del ente.

De este modo, según expone DEL MORAL GARCÍA¹³, “la alternativa en abstracto es doble: o se habilita un juicio en rebeldía o se dota al ordenamiento procesal de medidas coercitivas que logren hallar a alguno de sus responsables para que comparezcan”.

La Circular 1/2011, empero, ya negaba la posibilidad de una detención, por no existir previsión legal sobre ello¹⁴.

A mayor abundamiento, la reforma de 2011 en su día abordó esta cuestión mediante la introducción de un artículo 839 bis LECRim, donde se prevé el llamamiento de la persona jurídica por **requisitoria** cuando no consta domicilio social. En ella deberán constar los datos identificativos de la entidad, los hechos que presuntamente ha cometido y su obligación de asistir al Juzgado asistida de abogado y procurador.

Al hilo de lo anterior, el apartado 3 de este precepto continúa: “*la requisitoria de la persona jurídica se publicará en el Boletín Oficial del Estado y, en su*

¹³ DEL MORAL GARCÍA, A. *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas...* ob. cit.

¹⁴ Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la LO 5/2010, pg. 1342.

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”.

Dicho precepto, si bien adolece de cierta ambigüedad, parece que habilita el juicio en **rebeldía** para la persona jurídica ausente.

Además, la nueva regulación no prevé un supuesto ante el que nos podemos encontrar, esto es, la validez de la citación que recibe la persona jurídica pero que es recepcionada por un empleado o por quien no tiene las facultades legales para representar a la persona jurídica.

Supongamos, por ejemplo, que el representante legal (investigado a quien no interesa que la persona jurídica conozca su actuación presuntamente delictiva), que recibe notificación de traslado de la investigación de la persona jurídica, no comunica dicho extremo al ente. ¿Basta la citación formal o es necesario un conocimiento cierto por parte de quien representa la voluntad social de la persona jurídica?

Ello parece que le sea irrelevante para el Legislador, pues aún en rebeldía, independientemente de la pena interesada, el juicio se celebrará igualmente, pudiendo resultar condenada la persona jurídica, ignorante de su estatus procesal de investigada y, posteriormente, encausada.

V.- MEDIDAS CAUTELARES

1.- Requisitos y presupuestos.

Otro de los aspectos que abarcan el estatus procesal de la persona jurídica investigada es el relativo a la adopción frente a ella de medidas cautelares.

En relación al proceso penal, el inciso final del artículo 33.7 CP regula las medidas cautelares, al establecerse que la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial pueden ser acordadas también por el Juez como medida cautelar durante la instrucción de la causa.

Es decir, el contenido de algunas de las penas previstas para las personas jurídicas -en concreto, las previstas en los apartados c), d) y g) del artículo anterior- se puede adelantar provisionalmente como medida cautelar.

Volviendo a la Ley procesal, en su artículo 544 quáter se recoge, somera y escuetamente el contenido de las medidas cautelares¹⁵:

1.- *“Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, las medidas cautelares que pueden imponérsele son las expresamente previstas en el CP”.*

2.- *“La medida se debe acordar previa petición de parte y celebración de vista, a la que se citará a todas las partes personadas”. (...) “El auto que decida sobre la medida cautelar es recurrible en apelación, cuya tramitación tiene carácter preferente”.*

A pesar de la atención prestada por el Legislador en cuanto a esta cuestión, no dejan de plantearse dudas y problemas que afectan a aspectos muy diversos.

¹⁵ Si bien podemos decir que tanto en la Ley penal sustantiva como en la adjetiva vienen reguladas las mencionadas medidas, también lo es que el Legislador no se ha esmerado en demasía a la hora de profundizar en su regulación normativa.

En cuanto a las tres medidas cautelares que se han incluido en el CP, todas son restrictivas de derechos para la persona jurídica, por lo que se deben considerar medidas de carácter personal. Dicho de otro modo, se prohíbe acordar respecto de las personas jurídicas investigadas medidas cautelares de tipo real o patrimonial.

Es curioso y, según nuestro parecer, contradictorio, que el Legislador español haya decidido prescindir del artículo 33.7 apartado e) de la Ley penal sustantiva "*Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito*" y, sin embargo, haya introducido la suspensión de las actividades sociales.

En cuanto a los criterios para la aplicabilidad de las medidas cautelares, nos hemos de remitir al régimen general que jurisprudencialmente¹⁶ ha operado en el derecho penal, es decir, *fumus boni iuris* –aparición de buen derecho-, y *periculum in mora* –riesgo que puede originarse para la víctima del ilícito penal si no se aplicaran tales medidas de protección excepcionales-.

Al hilo de lo anterior, y dado el carácter excepcional de estas medidas, debe regir el principio de **proporcionalidad**, por lo que, si se prevé que la sanción para la entidad sea de multa, no procedería la aplicación de estas medidas.

¹⁶ STS (Sala 2ª) de 18 de octubre de 2015 (LA LEY 157850/2015): "Las medidas cautelares, dado que se acuerdan en una fase del procedimiento previa a la Sentencia, tienen carácter provisional y se rigen en su imposición con arreglo a los criterios del "*fumus boni iuris*" y del "*periculum in mora*".

De otro lado, nos hallamos con el *periculum in mora*, que se refiere al posible efecto perjudicial a evitar con la medida cautelar que el Juez o Tribunal vaya a aplicar.

Adicionalmente, si se trata de la suspensión cautelar de actividades y de la clausura temporal de locales y establecimientos, parece claro que con la medida se persigue evitar la reiteración en la conducta delictiva de la persona jurídica.

Además, siguiendo de nuevo a GASCÓN ENCHAUSTI¹⁷ en cuanto a la suspensión de las actividades sociales, ésta provocaría perjuicios colaterales que pueden afectar a los empleados de manera directa ya que esta medida comportaría la paralización de la función social de la empresa sobre la que se adopten las medidas cautelares.

Para entender concurrente este presupuesto es necesario, por tanto, que se justifique en el caso concreto el riesgo de que se puedan seguir cometiendo delitos debido al defecto de organización de la persona jurídica y/o a la falta de control sobre sus empleados -hechos internos de la persona jurídica- y es un riesgo que puede ser más claro cuando no resulte posible identificar a las concretas personas físicas autoras del delito de base -hechos de referencia-.

De no apreciarse ese riesgo –v. gr. porque tras la apertura del proceso penal la empresa ha adoptado un plan de prevención del delito o, más aún, si ya disponía de él y parece fiable, a pesar del delito-, la medida sería

¹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, F. “*Responsabilidad penal y procesal... op. Cit.*”

improcedente y bastaría, en su caso, con adoptar medidas cautelares respecto de las personas físicas concretas.

Por otra parte, el Legislador también crea la medida de intervención judicial de la empresa, cuya finalidad consiste en salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores de la misma, con lo que, entendemos, también debiera ser esa la finalidad de su adopción como medida cautelar.

Ahora bien, en ningún caso parece que la intervención judicial lleve implícito un mandato a la persona jurídica para que ésta cese en su actividad, ya que el interventor asignado no pasa a dirigir y administrar la persona jurídica, sino que se limita a fiscalizar el modo en que otros sujetos desarrollan esas tareas.

2.- Vigencia y comparecencia de las medidas.

Tanto la Ley penal como la procesal omiten cualquier alusión en cuanto a la duración de las medidas cautelares aplicables a las personas jurídicas. Por ello, en principio, debemos remitirnos a los límites marcados en los apartados c), d) y g) del artículo 33.7 CP. No obstante, debido a la inexperiencia práctica en cuanto a tales situaciones, la jurisprudencia irá asentando los criterios a seguir en tales circunstancias.

No obstante, parece que el Legislador establece que, como límite máximo, estas medidas no podrán superar los 2 años, ex artículo 66 bis 2º CP, salvo que se aprecie reincidencia o que la empresa se haya creado para delinquir.

En cuanto a los aspectos procedimentales para adoptar las medidas cautelares, éstos vienen estipulados en el comentado artículo 544 quáter LECRim.

En primer lugar, al acto en que se declaren las medidas cautelares deben personarse todas las partes que conformen el procedimiento.

Posteriormente, el meritado artículo en su apartado segundo recoge que éstas solamente podrán ser solicitadas a instancia de la parte interesada.

Además, el Auto que resuelva sobre la adopción o no de medidas cautelares solo podrá ser recurrible en Apelación, en contraste con lo que ocurre con la persona física.

A mayor abundamiento, para el caso en que se quebrantaren las medidas, aplicaría una modificación o agravación de la misma, pero no se habría cometido un delito “de quebrantamiento de medida cautelar”.

Por último, no existe disposición alguna que imposibilite la acumulación de las medidas cautelares ya cumplidas por la persona jurídica a la pena que recaiga en sentencia firme sobre la misma.

VI.- OTRAS CUESTIONES A TENER EN CONSIDERACIÓN

1.- ¿Quién nombra al representante procesal de la persona jurídica investigada?

En principio, la respuesta más acertada se centraría en el órgano de administración de la empresa. No obstante, nos planteamos si esta figura antepondría los intereses del órgano del que forma parte antes que los de la compañía.

2.- ¿Se permite el cambio de representante de la persona jurídica investigada?

Nada establece la Ley respecto de ello, por lo que solo podemos elaborar conjeturas. Aun así, y a la espera de pronunciamientos al respecto, no debería haber ningún problema en que se sustituyera al representante de la persona jurídica investigada.

3.- Actuación simultánea como parte acusadora.

Podría darse tal circunstancia si la estrategia de la persona jurídica investigada consiste en presentarse como víctima del delito y siempre que ésta niegue un incumplimiento del 31 bis CP o, admitiéndolo, alegue la ausencia de beneficio directo o indirecto procedente del ilícito perpetrado por la persona física dependiente de ella.

En el fondo, se trata de dar respuesta al interrogante genérico de si un co-investigado puede o no ser en el mismo proceso acusador del otro co-investigado, que nuestra jurisprudencia sólo ha aceptado de forma excepcional.

Pues bien, ello parece posible siempre que la estrategia defensiva de la persona jurídica consista en afirmar la comisión del delito por parte del directivo o empleado, pero en provecho propio y en perjuicio de la empresa, es decir, negando el beneficio (directo o indirecto) de la sociedad.

VII.- CONCLUSIONES

1.- Es destacable la evolución que ha sufrido el vocablo “persona”, que en sus orígenes se vinculaba a la máscara de los personajes teatrales, posteriormente a la persona física, y actualmente también abarca el ámbito de las personas jurídicas.

2.- Las sucesivas reformas penales y procesales acaecidas en nuestro Ordenamiento jurídico desde 2010 han dado lugar a una nueva posición de la persona jurídica en el proceso penal.

3.- Los últimos pronunciamientos por parte de los órganos enjuiciadores y de la Fiscalía enfatizan en la idea de crear una verdadera cultura de respeto al Derecho por parte de las empresas.

4.- Personas físicas y jurídicas investigadas son beneficiarias de los mismos derechos a lo largo del procedimiento penal.

5.- Se antoja necesaria la creación de una corriente jurisprudencial sólida para, así, mitigar la incertidumbre respecto del ámbito penal y procesal de la persona jurídica investigada.

6.- Existe un intenso enfrentamiento doctrinal en torno al concepto *societas delinquere potest*, habiendo opiniones partidarias y en contra de su introducción.

7.- Cada vez son más las voces que reclaman la redacción de un Código Procesal Penal en aras de beneficiar la seguridad jurídica de las entidades objeto de investigación penal.

BIBLIOGRAFÍA

APARICIO DÍAZ, *El tratamiento procesal-penal de la persona jurídica tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal*, Diario La Ley, nº 7759, de 21 de diciembre de 2011.

BACIGALUPO SAGGESE, *Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno*. Diario La Ley, pp 1292 a 1302, 2011.

BACIGALUPO ZAPATER, *Manual de derecho penal, parte general*, Temis S.A, 1996.

BAJO FERNÁNDEZ, FEIJOO SÁNCHEZ, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed. Civitas-Thomson Reuters, 2016.

BANACLOCHE PALAO, ZARZALEJOS NIETO, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Madrid, 2011.

COLOMER HERNÁNDEZ, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

GASCÓN ENCHAUSTI, *Proceso penal y persona jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, *El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora*. La ley, núm. 8724, 2016.

GONZALEZ CUSSAC, *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MAZA MARTÍN Y OTROS, *Responsabilidad penal y procesal de la persona jurídica*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.

MIR PUIG, CORCOY BIDASOLO, GÓMEZ MARTÍN, *Responsabilidad penal de la empresa y compliance* (1a ed.).In IBdef (Ed.), Edisofer, Madrid, Montevideo, 2014.

MONTERO AROCA, *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, Acción y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1979.

MORENO CATENA, *Sobre el contenido del derecho fundamental a la tutela efectiva*, en Poder Judicial, 1984.

MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

NAVARRO MASSIP, *El estatuto procesal de la persona jurídica como responsable penal*. Revista Aranzadi Doctrinal, 2015.

RODRIGUEZ MOURULLO, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, septiembre de 2010.

SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. In IB def: Edisofer, Madrid, 2013.

VELASCO NÚÑEZ, *La competencia de la Audiencia Nacional en delitos económicos*. Diario La Ley nº 7932, 2012.

ZARZALEJOS NIETO, GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*, Ed. La Ley, Madrid 2011.

ZUGALDÍA ESPINAR, *Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio)* en La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario nº 76, 2010.

Fernando Osuna Martínez-Boné

Bajo-Trallero abogados.