

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010.

Referencia: FIS-C-2011-00001

ÍNDICE

I. Introducción. II. Las personas jurídicas responsables penales. Los Entes colectivos sin responsabilidad penal. II.1 Entes colectivos dotados de personalidad jurídica. II.2 Exclusiones: Personas jurídicas de Derecho público. II.3 Régimen de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción y escisión. II.4 Algunos supuestos de entidades colectivas de características peculiares. III. La responsabilidad de la persona jurídica en el nuevo artículo 31 bis del Código Penal. III.1 Consideraciones generales. III.2 El párrafo primero del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal. III.3 El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal. III.4 Circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. IV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la parte especial del Código Penal. Catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas. Ambito de aplicación del artículo 129 del Código Penal. V. Las penas de la persona jurídica: El artículo 33.7 del Código Penal. Reglas de aplicación penológica. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal. V.1 La pena de multa. V.2 La pena de disolución de la persona jurídica. V.3 La pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica. V.4 La pena de clausura de locales y establecimientos. V.5 La prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito. V.6 Las diferentes penas de inhabilitación administrativa. V.7 La pena de intervención judicial. V.8 Reglas penológicas. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias. VI. Cuestiones procesales que suscita la reforma. VI.1 Sobre la necesidad de la reforma procesal. VI.2 La persona jurídica en el proceso penal. VI.3 Postulación y Derecho a la justicia gratuita. VI.4 Derecho al intérprete. VI.5 Diligencias con origen en procedimientos o actuaciones previas de carácter administrativo. VI.6 Principio acusatorio. VI.7 Legitimación activa. VI.8 Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. VI.9 Iniciación del proceso e interrupción de la prescripción. VI.10 La pretensión civil. VI.11 Competencia objetiva y funcional. VI.12 Incoación de piezas separadas. VI.13 Diligencias restrictivas de derechos fundamentales. VI.14 Régimen de recursos. Cosa juzgada. VI.15 Ejecución de las penas impuestas a la persona jurídica. VII. Conclusiones

I. Introducción

Con la entrada en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010 de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, el Derecho español deja atrás, parece que de forma definitiva, el axioma *societas deliquere non potest*, para algunos ciertamente erosionado ya por las previsiones de los arts. 129 y 31.2 del Código Penal, en su redacción anterior a esta última modificación.

La Exposición de Motivos de la Ley sustituye la explicación de las razones de política criminal que motivan la inclusión en el Código Penal de un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por una escueta apelación al necesario cumplimiento de las obligaciones

que se derivan de los tratados internacionales y del denominado Derecho penal de la Unión Europea, aún cuando de ninguno de ellos se puede extraer la obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico penales de naturaleza diferente a las penas.

En cualquier caso, las nuevas previsiones legales en la materia parecen encontrar su principal fuente de inspiración en una serie de instrumentos de política criminal internacional, algunos de ellos antiguos, entre los que destacan la Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

Al margen de las dificultades técnicas -sustantivas y procesales- que plantea esta reforma, la realidad proporciona muestras de la existencia de un grave fenómeno al que los ordenamientos jurídicos están obligados a dar respuesta. Un estudio relativamente reciente del *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht* (Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional) puso de relieve que ya entre los años 1974 y 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.

El problema reviste además tintes estructurales, en la medida en que la propia naturaleza de las corporaciones puede facilitar la aparición de conductas desviadas por parte de quienes las dirigen y sus empleados. En este contexto, el Derecho penal se enfrenta a dificultades específicas, tanto en el proceso de adscripción de la responsabilidad individual, como en relación con los efectos preventivos de la sanción.

En cuanto a lo primero, a nadie escapa que el sistema de organización del trabajo por medio de organigramas de distribución vertical y horizontal de las tareas -en un fenómeno que la doctrina ha dado en llamar de la irresponsabilidad organizada- dificulta la investigación y proporciona oportunidades adicionales de lograr la impunidad o el deslizamiento de la responsabilidad hacia los niveles más bajos de la estructura jerárquica empresarial. En otros casos, detectada la infracción penal y comprobados sus efectos beneficiosos para una determinada compañía, la ventaja obtenida es sistemáticamente superior a las consecuencias gravosas derivadas del delito, en ocasiones solo soportadas por utilísimos chivos expiatorios entregados a tal fin, con o sin su aquiescencia. En este mismo sentido, quizá sea bueno recordar la tradicional insuficiencia de la acción civil para restablecer el orden subvertido por medio del delito atribuible únicamente a las personas físicas, al estar dicha acción necesariamente limitada a la obtención de un resarcimiento por el mal causado que bien pudiera tener un coste económico muy inferior al potencial beneficio obtenido con la infracción penal. A ello se añade la conveniencia de poner fin a la bienintencionada pero inaceptable tendencia a atraer el patrimonio de la sociedad al ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria exigible en el proceso penal mediante la imputación, a veces algo forzada, de las personas físicas.

Tampoco se satisfacen las necesidades preventivas relacionadas con la responsabilidad de los entes corporativos con las previsiones del art. 31 del Código Penal. Como es sabido, con la inclusión de dicho precepto en el Código Penal de 1995 se acoge una solución prácticamente coincidente con la del pre-vigente art. 15 bis del Código Penal de 1973 introducido en dicho texto legal por medio de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal -inspirado a su vez en el § 14 del StGB alemán- si bien el vigente art. 31 de

nuestro Código añade la alusión a la representación de personas físicas, no prevista en el antiguo art. 15 bis, que solo se refería a la representación de personas jurídicas.

Por otra parte, ni el art. 15 bis ni el vigente art. 31 del Código Penal se concibieron con el propósito de determinar la autoría en los delitos cometidos en el marco de las personas jurídicas, fijando una regla según la cual, de dichas infracciones deban responder sus directivos o representantes, sino que su genuino objeto fue colmar las lagunas de punibilidad existentes en relación con los delitos especiales propios, realizando una extensión del tipo o de la autoría en dichas infracciones al asignar al representante persona física las específicas condiciones personales exigidas para ser autor de la infracción, aun cuando dichas condiciones no se den en él y sí en la persona física o jurídica a la que representa. En este sentido, sirva de ejemplo la condición de obligado tributario en una defraudación penalmente relevante del Impuesto sobre Sociedades, que, caso de no existir el art. 31 del Código Penal, difícilmente se podría predicar del representante, pues siguiendo con el símil anterior, el obligado en dicho tributo no es él, sino la persona jurídica.

Así pues, por medio del art. 31 del Código Penal se resuelven las situaciones en las que se produce una disociación entre quien actúa, el representante, y quien ostenta la cualidad que el tipo exige al sujeto activo del delito, el representado, ya se trate de una persona física o jurídica. En consecuencia, en el contexto de un Derecho penal como actualmente ya es el nuestro, en el que se admite la responsabilidad de las personas jurídicas, sigue resultando necesaria la previsión expresa de las actuaciones en nombre de otro que efectúa el art. 31 del Código Penal, haciendo viable la atribución de responsabilidad penal a una persona física, que, no obstante haber lesionado un bien jurídico de forma merecedora de pena, no encajaría en el tipo penal por carecer de la cualificación necesaria para poder ser considerado autor del delito especial propio.

Es cierto que en un primer momento se vinculó de forma errónea el originario art. 15 bis del Código Penal de 1973 con la cuestión de la responsabilidad de y en las personas jurídicas. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional se encargaron en su día de centrar en sus justos límites la aplicación del precepto, despojando su vigencia práctica de cualquier tentación de objetivación de la responsabilidad. Más recientemente, y pese a algún supuesto aislado en el que dio la impresión de que el inicial equívoco volvía a hacer acto de presencia -en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 1828/2002, de 25 de octubre-, la jurisprudencia se ha encargado de despejar cualquier incógnita acerca del verdadero sentido del vigente art. 31 del Código Penal.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo número 816/2006, de 26 de junio, sintetiza la interpretación actual de la cuestión, cuando se expresa en los términos siguientes: «... su incorporación al Código [se refiere a la del anterior art. 15 bis] no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia, sino obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurren en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del art. 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».

Con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se completa el círculo de la respuesta punitiva del Estado frente al potencial criminógeno, la capacidad de amplificación del daño y el

aseguramiento de la impunidad que pueden derivarse del mal uso de las formas colectivas dotadas de personalidad jurídica. Desde el punto de vista procesal, se garantiza que las corporaciones con auténtica actividad y estructura organizativa -que habitualmente engloban intereses de titularidad diversa y en ocasiones contrapuestos-, puedan ejercer la más amplia defensa en el proceso frente a quienes cometan el delito alegando actuar en su nombre, por su cuenta y en su provecho. La introducción del nuevo art. 31 bis en el Código Penal constituye así una opción susceptible de dar mejor respuesta a situaciones como las apuntadas, restableciendo la plena vigencia de la norma y fortaleciendo la eficacia de los resortes de la prevención general y especial, al tiempo que se robustece la eficacia del Derecho penal también en la determinación y sanción de las responsabilidades de tipo individual.

En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal -pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas-, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal.

Inexplicablemente, la reforma no se ha acompañado de previsión procesal alguna, siquiera mínima, que resuelva algunos de los problemas que pueden generarse en la práctica en relación con el estatuto jurídico de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal. Como consecuencia de ello y para evitar que la nueva Ley se convierta en papel mojado, los operadores jurídicos se encuentran ahora enfrentados a la tarea de reinterpretar e integrar la normativa procesal existente sin menoscabo de las garantías propias del Derecho penal y con pleno respeto al principio de legalidad procesal previsto en el art. 1 de la L.E.Cr.

En el momento de elaborar este trabajo existe ya un borrador de texto articulado que se quiere incorporar al Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal en el que se prevén algunas muy limitadas reformas en la LECr. y en la LOPJ en relación con esta específica cuestión. Sin embargo, el contenido último de dicho texto resulta a día de hoy imprevisible por cuanto se encuentra pendiente de tramitación parlamentaria y su actual redacción, que lamentablemente no ha pasado a informe del Consejo Fiscal, puede ser objeto de enmiendas.

La presente Circular -sin pretensión de exhaustividad y consciente de las dificultades propias del abordaje de una normativa totalmente nueva y de repercusiones prácticas aún desconocidas-, pretende proporcionar a los Sres. Fiscales algunas primeras pautas exegéticas y aplicativas del nuevo sistema, en un intento de anticipar los problemas y facilitar soluciones uniformes que garanticen el principio de unidad de actuación del Ministerio Público, sin perjuicio de reconocer que el futuro rodaje de los nuevos preceptos pondrá sobre la mesa, sin duda, un buen número de nuevas cuestiones más allá del contenido de las siguientes páginas.

II. Las personas jurídicas responsables penales. Los entes colectivos sin responsabilidad penal

El precepto central de la reforma en cuanto afecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el nuevo art. 31 bis del Código Penal, que establece lo siguiente:

«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 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.»

Por otra parte, el art. 129 del Código Penal, relativo ahora a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, queda redactado como sigue:

«1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del art. 33.7.

Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. 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 a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el art. 33.7.»

Así pues, y en primer término, deben realizarse una serie de precisiones en orden a determinar qué entes colectivos están dotados de personalidad jurídica en nuestro ordenamiento, cuáles de entre ellas son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal y qué previsiones reserva la reforma para las entidades carentes de dicha personalidad.

II.1) Entes colectivos dotados de personalidad jurídica

La reforma del Código Penal no facilita una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco resulta útil en este sentido la enumeración contenida en el art. 297 del Código Penal, por cuanto además de hacer referencia fundamentalmente a las sociedades de naturaleza mercantil, su aplicación se circunscribe al Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal relativo a los Delitos societarios.

Según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 11/1998 de 2 de junio, la persona jurídica solo puede ser rectamente concebida si se la conceptúa como un instrumento más de los que el Derecho pone al servicio de las personas físicas para que puedan actuar en el tráfico jurídico y alcanzar los más diversos fines de interés público y privado reconocidos por el propio ordenamiento.

Por consiguiente, para obtener el concepto de persona jurídica, de perfiles sin duda más amplios que el contenido en el citado art. 297 del Código Penal, habremos de remitirnos a la legislación civil, mercantil y al Derecho societario. En ese sentido, y en primer término, el art. 35 del Código Civil establece que:

Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley.

Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. 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.

Por su parte, en cuanto respecta a las sociedades mercantiles, el art. 116 del Código de Comercio, regula el denominado «... 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, [que] será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código», previendo además que «Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos».

En cuanto a los requisitos constitutivos de las diferentes formas asociativas y societarias reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, habrá de atenderse, en cada caso, a lo previsto en el Código Civil, el Código de Comercio y el Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). Conforme al art. 20 de esta última norma, la constitución de las ahora llamadas sociedades de capital -cuya presencia es quizá la más frecuente en la práctica- exigirá escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil, mientras el art. 33 prevé que la sociedad adquiere la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido con su inscripción.

Así pues, los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y algunas personas jurídico públicas, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un primer filtro en este sentido, de modo que para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, se ha previsto un régimen diverso -de aplicación potestativa- en el art. 129 del Código Penal según redacción del precepto dada por la Ley Orgánica 5/2010, corregida en algún extremo por Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

En nuestro sistema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha hecho depender de su nacionalidad, si bien las entidades extranjeras, conforme prevé el art. 9.11 del Código de Comercio, se rigen por su Ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Para determinar pues la personalidad jurídica de las entidades extranjeras, habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia.

Asimismo, resultan de aplicación los criterios relativos a los límites espaciales de la Ley penal coincidentes con el ámbito de la jurisdicción, y por tanto, y con carácter general, los establecidos en el art. 23 LOPJ.

No obstante lo dicho hasta este momento, en los casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación -el ejemplo más clásico y nutrido lo encontramos en las sociedades trucha de las tramas de defraudación del IVA-, nada obsta a recurrir bien a la figura de la simulación contractual, bien a la doctrina del levantamiento del velo -que en sede penal constituye básicamente un recurso de búsqueda de la verdad material-, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla. Así, aun a pesar de que desde el punto de vista estrictamente formal, una empresa pantalla puede gozar de personalidad jurídica y por tanto, ser potencial responsable de conductas delictivas conforme al art. 31 bis del Código Penal, en los aludidos supuestos de abuso de la forma social, se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 274/96 acudió a la doctrina del levantamiento del velo para imputar un delito tributario a una persona física que no era el obligado formal, pero que desde una perspectiva fáctica se había servido de la personalidad jurídica, abusando de ella para eludir sus obligaciones y ocultar su condición de administrador de hecho. La resolución destacaba que «ni el régimen de transparencia fiscal ni ningún otro instituto fiscal o mercantil impiden a los tribunales penales levantar el velo societario para tener conocimiento de la realidad económica subyacente». Según la misma resolución, al aplicar la doctrina del levantamiento del velo se trata únicamente de reconocer que «las posiciones formales de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no pueden prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad».

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo número 952/2006, de 10 de octubre, autoriza la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como plenamente procedente a la vista de que, en el caso concreto, la sociedad era simple apariencia o pantalla, y con más razón en un área o rama jurídica como el Derecho punitivo en el que rige el principio de averiguación de la verdad material. En similares términos, la Sentencia número 986/2005, de 21 de julio del mismo Tribunal, declara aplicable la doctrina sobre el levantamiento del velo en la medida en que proscribía la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado, si con ello se comete fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros por medio de la utilización como escudo del ente social ficticio como algo pretendidamente distinto de sus elementos personales constitutivos.

La anterior interpretación no colisiona con la norma penológica prevista en la letra b) de la circunstancia 2ª del art. 66 bis del Código Penal, cuando establece que «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», por cuando el propio legislador define el supuesto aludiendo a los casos en que «la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal», y aquellos a los que se hace mención más arriba se refieren a entidades colectivas sin actividad, -en el ejemplo de las sociedades trucha de las tramas de IVA, aquellas no desarrollan ninguna actividad, no son las sociedades interpuestas quienes realmente compran y/o venden-, siendo utilizadas como meras titularidades formales de las obligaciones tributarias y como eficaces parapetos tras los que se oculta la actividad delictiva de los particulares, cuya conducta, siguiendo con el mismo ejemplo, puede recibir cumplida respuesta por medio de la aplicación de los arts. 31 y 305.1 a) del Código Penal.

Por otra parte, en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos -piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias-, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*.

II.2) Exclusiones: Personas jurídicas de Derecho público

El Código Penal establece en el apartado 5 del art. 31 bis del Código Penal que una serie de entes colectivos dotados de personalidad jurídica, no estén sujetos a responsabilidad penal:

«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.»

La norma transcrita opta en este caso por el establecimiento de una regla general que excluye la responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas de Derecho público, y una excepción a la misma consistente en permitir su sanción si se aprecia que tales formas jurídicas han sido creadas con el propósito de eludir una responsabilidad penal.

La exclusión del Estado es común en la mayor parte de los ordenamientos de los países de nuestro entorno y tiene su justificación en la incongruencia que supone hacer responder al Estado, titular del *ius puniendi*, frente a sí mismo.

Las Agencias Estatales están reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (LAE) y en la Ley 6/1997 de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); por otra parte, constituyen ejemplos de Organismos Reguladores la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal.

Las Entidades Públicas Empresariales se definen en el art. 166 de la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y tienen esta naturaleza, entre otras, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT).

En cuanto a la expresión organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas, parece remitir a los Organismos Autónomos regulados en la propia Ley 6/1997 de 14 de abril de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. La interpretación teleológica del precepto obliga a entender que esta exclusión -cuya dicción resulta manifiestamente mejorable- afecta a las organizaciones no en todo caso, sino exclusivamente en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas, lo que enlaza con la preservación del ejercicio de la función pública que está en el espíritu de todo el precepto.

En coherencia con lo anterior y a falta de mención expresa, no puede considerarse excluida con carácter general la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales y las demás Corporaciones de Derecho Público, por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados,

aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participen en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística.

En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997 de 20 de abril de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto. La misma interpretación teleológica a la que se hacía referencia con anterioridad, obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiendo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, en las condiciones ya apuntadas, las sociedades autonómicas, provinciales y locales.

Se excluye también del régimen de responsabilidad a los partidos políticos, sometidos al sistema sancionatorio previsto en la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio, de Partidos Políticos, y a los sindicatos, como consecuencia de las funciones constitucionales que ambos están llamados a cumplir y siempre que no sean constituidos con las intenciones a que hace referencia expresa el último párrafo del precepto. La norma no menciona a las organizaciones empresariales, que por tanto se deben entender potenciales responsables penales.

Por último el precepto establece que los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que alguna de las anteriores se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, en alusión a los supuestos en los que se utilice la personalidad jurídico-pública como medio o instrumento a través del cual sortear la responsabilidad penal.

II.3) Régimen de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción o escisión

El apartado 2 del art. 130 del Código Penal, prevé lo siguiente:

«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.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.»

De la simple lectura del precepto se desprende que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión.

Sí se tiene en consideración la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, de modo que se evita la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, para cuya detección la propia norma facilita una serie de criterios económicos y organizativos que habrán de ser objeto de la necesaria actividad probatoria. Así pues, cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución preordenada a tal fin y/o ficticia, los Sres. Fiscales, valorando las concretas circunstancias del

caso, podrán solicitar del juez la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación, conforme a lo previsto en el último párrafo del art. 33.7 del Código Penal.

No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración que el art. 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresión en liquidación a su denominación.

II.4) Algunos supuestos de entidades colectivas de características peculiares

Por lo que respecta a las diferentes figuras asociativas y societarias reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, existen en la práctica una serie de supuestos sobre los que pueden existir dudas respecto de su personalidad jurídica. Sirvan como ejemplo las siguientes:

a) Sociedades secretas:

Según el art. 1665 del Código Civil, el de sociedad es un contrato, por el cual, dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes, o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Conforme al art. 1667 del Código, la sociedad civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública. Sin embargo, prevé el art. 1669 del Código Civil que carecen de personalidad jurídica aquellas cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros, en cuyo caso, se regirán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Por consiguiente, el vínculo societario preexistente habrá de ser público y notorio, de tal modo que cualquiera que contrate con la sociedad conozca a ciencia cierta con quién se está comprometiendo al asumir sus obligaciones y derechos, en cuyo caso, la sociedad constituida estará dotada de personalidad jurídica, siendo potencial responsable penal conforme al art. 31 bis del Código Penal. En el supuesto de mantenerse oculta, carecerá de dicha personalidad y le será de aplicación el régimen previsto en el art. 129 del Código Penal.

b) Sociedades mercantiles y/o de capital en formación y sociedades devenidas irregulares:

El art. 20 de la LSC establece que «La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil». En el art. 33 del mismo texto legal se dice que con la inscripción registral la sociedad adquiere la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.

Así pues, y a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior, la Ley de Sociedades de Capital dedica dos preceptos diferentes a esta cuestión, uno, el art. 20, donde se recogen los requisitos de constitución, y otro, el art. 33, ubicado en otro capítulo de la Ley, en el que se prevén los efectos de la inscripción, esto es, la adquisición de la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido.

Aún cuando la Ley sigue sin resolver de forma clara y terminante la polémica doctrinal y jurisprudencial que tradicionalmente se ha mantenido en relación con la eficacia del acuerdo social antes de su inscripción en el Registro Mercantil, un importante sector de la doctrina civilista entiende que el art. 20 de la LSC tiene como objeto determinar los requisitos para la adquisición -primero provisional, cuando se otorga la escritura pública, y luego definitiva- de la condición de sociedad de capital. Desde este punto de vista, con la escritura pública en la que conste la elección por uno de estos tipos de sociedad, anónima, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada, la sociedad que se constituye adquiere la condición de sociedad de capital, y en cuanto sujeto autónomo de derecho, puede adquirir bienes y derechos y contraer obligaciones (art. 38 del Código Civil). La sociedad en formación goza así de personalidad jurídica general, sin perjuicio del régimen jurídico complementario previsto por la LSC en su art. 37.

Sin embargo, la adquisición de la condición de sociedad de capital en los aludidos términos tiene un carácter transitorio, por cuanto, conforme prevé el art. 39 de la LSC, relativo a las

denominadas sociedades devenidas irregulares, «una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad [en el Registro Mercantil] y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones», de modo que por imperativo de la norma y a falta de la inscripción registral, se produce la conversión de la sociedad - originariamente de capital- en uno de los dos tipos generales de sociedad establecidos en el ordenamiento jurídico, civil o colectiva, según que hubiere o no iniciado o continuado sus operaciones. La anterior interpretación es coherente y da sentido al tenor literal del art. 33 de la LSC cuando establece que con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.

A tenor de lo expuesto, el matiz diferenciador está en que, mientras las sociedades colectivas pueden permanecer irregulares por tiempo indefinido y continúan siendo tales aunque no se inscriban, las de capital solo pueden permanecer irregulares por tiempo determinado, y pierden esa condición en caso de no producirse la inscripción en el plazo legalmente previsto. Así pues, no es el nacimiento del nuevo ente jurídico lo que está condicionado a la inscripción, sino su subsistencia como tal sociedad de capital.

A mayor abundamiento, el régimen de la irregularidad en nuestro ordenamiento jurídico consagra el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad no inscrita o irregular, de modo que la falta de inscripción no afecta a la personalidad jurídica, sino estrictamente al régimen de publicidad de la entidad. En ese sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo nº 919/2002 de 11 de octubre argumenta que «En cuanto a la existencia de la sociedad mercantil irregular es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 8 de julio de 1993 que cita las de 3 de abril, 11 de junio y 6 de noviembre de 1991, según la cual desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil.»

Por consiguiente, tanto las sociedades en formación como las devenidas irregulares, están dotadas de personalidad jurídica, y por tanto, pueden ser potenciales responsables penales conforme a las previsiones del art. 31 bis del Código Penal.

c) Grupos de sociedades y Uniones temporales de empresas, (UTE's):

El art. 18 de la LSC establece que en el grupo de sociedades una de ellas es dominante con respecto a otra u otras, entendiéndose por tal aquella que ostente o pueda ostentar directa o indirectamente el control de otra u otras, lo que se presume siempre que concorra alguno de los supuestos que se contemplan en la remisión que la Ley hace al art. 42 del Código de Comercio; el grupo como tal carece de personalidad jurídica.

Más específicamente, y conforme a los arts. 7.2 y 8 de la Ley 16/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial, las uniones temporales de empresas también carecen de personalidad jurídica propia distinta de la de sus miembros, ya que se configuran como un sistema de colaboración entre empresarios de duración temporal y para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio o suministro. Así pues, a las UTE's no les es de aplicación el art. 31 bis del Código Penal y sí el art. 129 del mismo texto legal, sin perjuicio de que las sociedades que las integran, individualmente consideradas, sí pueden ser penalmente responsables.

Con carácter general, el art. 129 conforme a la nueva redacción dada por la reforma -y sin perjuicio de las particularidades del precepto que son analizadas en los apartados de esta Circular relativos a los catálogos de delitos y de sanciones-, resulta de aplicación a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica.

III. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el nuevo artículo 31 Bis del Código Penal:

III.1) Consideraciones generales

El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado por el legislador español se concentra principalmente en el nuevo art. 31 bis del Código Penal. Además, la Ley Orgánica 5/2010 establece un catálogo de sanciones específicas para las corporaciones y una serie de reglas penológicas a las que nos referimos en otros apartados de esta Circular, deroga el apartado 2 del art. 31 en su redacción anterior y modifica la redacción del art. 129 del Código Penal, al que también se hace repetida alusión a lo largo de estas páginas.

Tras los ensayos que los dos últimos preceptos mencionados supusieron en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, - generadores de gran cantidad de literatura y una muy escasa aplicación práctica-, el nuevo art. 31 bis del Código Penal opta por atribuir verdadera responsabilidad penal a la persona jurídica, que por consiguiente, accede al proceso penal como sujeto pasivo del mismo y es potencial destinataria de una pena.

En el espacio europeo, y particularmente en esta materia, se ha producido la confluencia, sin duda enriquecedora, de algunos de los planteamientos clásicos del Derecho anglosajón y el continental. Como veremos a continuación, por medio del recurso a un modelo que recuerda en lo esencial a las soluciones adoptadas, *mutatis mutandi*, por países como el Reino Unido y Francia, el precepto asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo -desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica- por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos.

Así pues, cuando el párrafo primero del número 1 del art. 31 bis del Código Penal establece que «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», el legislador español dibuja un sistema de heterorresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere.

En ese sentido, este primer párrafo presenta importantes similitudes con el tenor del art. 121.1 del Código Penal francés conforme a su redacción dada por Ley de 9 de marzo de 2004, en el que también se hace responder a la corporación por los hechos de sus gestores, en una construcción que se ha dado en llamar muy gráficamente responsabilidad del hecho personal por representación, que es a su vez el asumido, con algunos matices, por uno de los dos supuestos de autoría característicos de las Directivas de la Unión Europea en esta materia.

Contra lo que pudiera desprenderse de una lectura apresurada del precepto, ese mismo mecanismo normativo se mantiene en lo sustancial en el párrafo segundo del apartado 1 cuando dice que «... 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», donde de nuevo se prevé un sistema de heterorresponsabilidad construido sobre la base de las específicas exigencias contenidas en el precepto que, en lo esencial, obedecen a una construcción jurídica análoga a la del primer párrafo, lo que impide entender que este segundo supuesto se ajuste a un modelo sui generis de responsabilidad directa de la corporación o de la llamada culpabilidad de la empresa.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad que si bien no es independiente, si es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la de la persona física, posibilidad que no sólo elimina lagunas punitivas, sino que además minimiza

notablemente los previsibles intentos de deslizamiento del gravamen desde la persona física hacia la jurídica y viceversa.

Lo dicho resulta evidente a tenor del contenido de los números 2 y 3 del art. 31 bis, el primero de ellos cuando hace referencia expresa a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta exigible siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado primero -aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella-, y el número 3 al prever que la concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluye ni modifica la responsabilidad penal de las corporaciones; se elimina así el cordón umbilical propio de los anteriores arts. 31.2 y 129 del Código Penal, sin que ello suponga, en modo alguno, que pueda prescindirse de la existencia de un delito protagonizado por las personas físicas para que la maquinaria de la Administración de Justicia penal pueda dirigirse contra las corporaciones.

Así pues, la norma del art. 31 bis -lastrada quizá por las dificultades dogmáticas que ello entrañaría y por el indudable antropomorfismo que caracterizan a nuestra teoría general del delito y particularmente a la tipicidad en nuestro Código Penal- no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas -gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial- establece un vínculo normativo a resultas del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos.

Por otra parte, la reforma efectuada por L.O. 5/2010 en la Parte General del Código Penal, no ha supuesto modificación alguna del tenor de los arts. 5 y 10 del mismo, en los que se definen los delitos y las faltas como las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley, y se condiciona la imposición de la pena a la existencia previa de dolo o imprudencia. Desde una perspectiva garantista, permanecen sin duda las razones para mantener estos enunciados, en tanto en cuanto fortalecen la seguridad jurídica, exigiendo que se verifique la existencia de una serie de elementos comunes a todos los delitos.

Dado que, como hemos visto, la persona jurídica puede devenir responsable de la infracción penal consecuencia del *substratum* del individuo que la comete, la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia, así como todos los demás elementos de la infracción concurrentes o no, sea cual fuere la concepción dogmática del delito que se prefiera, deben residenciarse en las personas físicas, de modo que en presencia de una infracción penal cometida por un sujeto individual, la corporación solo resultará comprometida si la infracción se produjo en las específicas circunstancias y por quienes establece el legislador, actuando estas variables a modo de filtros que, por otra parte, evitan incurrir en el automatismo de una responsabilidad puramente objetiva.

Tradicionalmente, al modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia se le objeta que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le es exigible. Ello en primer lugar no es cierto, dado que la actividad del agente que comete el delito y puede hacer responder a la corporación con su conducta, se valora bajo el prisma del contenido real de su mandato en todas sus vertientes -formal, material y funcional- teniéndose en consideración además la concurrencia o no de extralimitaciones en su ejercicio que pudieran excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta.

Por otra parte, más allá de la responsabilidad cuasi automática prevista en los derogados arts. 31.2 y 129 del Código Penal, en el modelo vigente del art. 31 bis del Código Penal, la persona jurídica pasa a ser auténtico sujeto pasivo del proceso, de modo que puede defenderse por sí

misma y de forma independiente frente a los intereses de quienes aparezcan acusados de cometer el delito en su provecho.

Cuando el Tribunal Constitucional reconoce el ejercicio de un determinado derecho fundamental a las corporaciones -y a ello se hace alusión en otros apartados de esta Circular- su argumentación siempre pasa por considerar que la protección de tal derecho constituye un efecto reflejo de la que gozan las personas naturales que la integran. Esta doctrina, con origen en la ciencia penal y la jurisprudencia constitucional alemanas, ha sido recibida por nuestro Tribunal Constitucional entre otras, en sus Sentencias números 64/1988, 241/92 y 139/1995. Desde este planteamiento, la doctrina del Tribunal reconoce a las personas jurídicas los derechos previstos en el art. 25 de la Constitución, el derecho a la libertad sindical, a la libertad de expresión, el derecho a transmitir información, el derecho al honor, el derecho de asociación, a la libertad ideológica, el derecho a la creación de fundaciones, a la igualdad, a la propiedad privada y los derechos contenidos en el art. 24 de la Constitución, a participar en el proceso, a la defensa, a la proposición y práctica de prueba y el derecho a conocer las razones del tribunal mediante una motivación suficiente.

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 59/2008, de 14 de mayo razona en su fundamento jurídico 11 b) que la Constitución Española otorga a la culpabilidad rango de principio estructural básico del Derecho penal como derivación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Según esto, la pena sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal por lo que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo, además de no caber la imposición de sanciones por el mero resultado. La propia resolución cita como precedentes de esta doctrina las Sentencias número 150/1991, de 4 de julio, en su FJ 4 a); 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 150/1991, FJ 4 b); 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 150/1991, FJ 4 a); 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6, y 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Así pues, alejado el precepto de los presupuestos de una responsabilidad puramente objetiva, y reconocido en toda su amplitud, como no puede ser de otra manera, el derecho de defensa de la persona jurídica en el proceso penal, nada impide que las personas jurídicas, en aras a garantizar el respeto y la consecución de ciertos fines públicos, puedan ser declaradas responsables de los delitos cometidos por determinadas personas físicas especialmente vinculadas a ellas, merced a un mecanismo normativo de transferencia de la responsabilidad que solo opera en caso de concurrir las diversas y específicas circunstancias a las que se refiere el precepto legal.

En cuanto a las demás objeciones clásicas, como las derivadas de la afectación de la sanción de la persona jurídica a los socios, de modo que se vulnere el principio de culpabilidad en su acepción de personalidad de las penas, además de no ser un problema privativo del modelo vicarial, resulta obvio que cualquier sanción penal tiene efectos perjudiciales para terceros no destinatarios de la misma. Por otra parte, el delito del que se responsabiliza a la corporación conforme a los postulados del art. 31 bis del Código Penal ha de ser cometido en todos los casos en provecho de la sociedad, y por tanto, en provecho de los propios socios. Nada justifica que los miembros de la entidad deban soportar los resultados negativos derivados, por ejemplo, de la mala gestión llevada a cabo por el administrador, y sin embargo permanezcan de todo punto ajenos a las consecuencias derivadas de la imposición de una pena a la entidad de la que participan, por cuanto ambos supuestos constituyen tan solo una pequeña muestra de los numerosos riesgos inherentes a su propia inversión.

Por último, frente a la afirmación de que el modelo vicarial puede incurrir en la eventual vulneración de los principios de *non bis in idem* y de proporcionalidad, en primer término se deber reconocer que, con carácter general, no se produce la célebre trilogía que compone el primer aforismo y que exige la concurrencia de identidad de hecho, sujeto y fundamento. Si bien en el modelo vicarial sí se produce la identidad del hecho, la misma no tiene lugar respecto del fundamento de la sanción, ni tampoco respecto del sujeto, dado que toda representación implica dos sujetos realmente distintos.

Sin embargo, y como ya se ha anticipado, es cierto que en la práctica caben algunas situaciones en las que la realidad contradice esa duplicidad de sujetos. De un lado, las empresas pantalla constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales; en el caso de estas entidades que, pese a ostentar personalidad jurídica, carecen de auténtica alteridad, estructura organizativa y actividad interna, más que la sanción al remedo de persona jurídica, habrá de procurarse el reproche de los delitos cometidos por las personas físicas que se ocultan detrás, levantando el velo de la forma societaria a los solos efectos de revelar dichas conductas individuales y hacer responder al patrimonio de la entidad, si lo hubiere, como patrimonio propio del autor. La misma solución es predicable respecto de los negocios unipersonales que adoptan formas societarias -en los estrictos términos a los que se hace referencia en otro epígrafe de esta Circular-, cuando la falta de verdadera alteridad de la persona jurídica trae como consecuencia la identidad total entre el gestor, persona física individual, y la propia entidad jurídica.

Respecto al principio de proporcionalidad de las penas, la reforma prevé en el apartado 2 del art. 31 bis que «cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] la pena de multa, los jueces y tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos», apartado que además de ser coherente con la opción por el modelo de transferencia de la responsabilidad elegido por el legislador, facilita un mecanismo de adecuación de la sanción a la gravedad del ilícito.

A tenor de lo expuesto, el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional.

No incorpora el precepto del art. 31 bis del Código Penal las tesis más características del inacabado debate -conceptual y en algún caso conceptualista- existente en el seno de la doctrina científica en relación con los diferentes modelos de responsabilización de los entes colectivos, en el que a menudo se alega la insuficiencia del vicarial sobre la base de las mismas objeciones a que se acaba de hacer referencia, relacionándolas en este caso con las categorías dogmáticas elaboradas por nuestra ciencia penal. Con este punto de partida, se sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe fundamentarse en un modelo de imputación -objetiva y subjetiva- exclusivo de la persona jurídica, en el que uno de los fundamentos de la responsabilidad de las corporaciones es la llamada culpabilidad de la empresa por defecto de organización.

Desde los presupuestos de esta teoría y sus diversas variaciones, el delito de la persona jurídica debería ser consecuencia del funcionamiento defectuoso o de la mala organización de la misma, lo que desde luego no aparece en la letra del art. 31 bis del Código Penal y constituye una perspectiva de análisis de perfiles muy imprecisos y cuyo desarrollo exigiría el cambio -o al menos una costosísima redefinición- de nuestro paradigma dogmático y aplicativo, tarea que, a día de hoy, resulta además innecesaria para garantizar la correcta inteligencia y aplicación de los nuevos preceptos, hasta tal punto ajenos a esa concepción de una supuesta culpabilidad corporativa, que ni siquiera se contempla como circunstancia atenuante la acreditación de una provisión organizativa suficiente adoptada por la entidad con carácter previo a cometerse el delito.

Resulta cuando menos curioso comprobar que cuando se habla de política corporativa criminal o de mala organización de la empresa, se está velando eufemísticamente lo que no es otra cosa que la estigmatización, de nuevo y de modo inevitable, de comportamientos propios de personas físicas, habitual y especialmente de aquellos que definen los objetivos de la entidad y la forma de conseguirlos, los gestores. No hay razón para considerar más conforme con el principio de responsabilidad por el propio hecho imputar a la persona jurídica su organización deficiente o su comportamiento errático, cuando sin duda estas anomalías son igualmente atribuibles a las carencias de sus gestores, órganos unipersonales o colegiados compuestos siempre y en último término, por personas físicas. Se trata, al fin y a la postre, de una ficción jurídica que llevada a sus últimas consecuencias, obligaría a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones de muy difícil desarrollo en paralelo con nuestro sistema actual.

En íntima conexión con lo anterior, la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o *compliance guide*, solo son relevantes en la medida en que

traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad.

III.2) El párrafo primero del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal

Artículo 31 bis 1, párrafo primero: «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».

Volviendo a la letra del precepto, y por lo que respecta al párrafo primero del número 1 del art. 31 bis del Código Penal, las actuaciones delictivas de los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas pueden generar responsabilidad penal para estas últimas siempre que el delito se haya cometido alternativamente en el ámbito aparente -en su nombre- y competencial -por su cuenta- de la corporación, y acumulativamente, en su beneficio -en su provecho-.

En cuanto a la actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica, la expresión remite al contenido formal y material del mandato o representación del gestor en cada caso, en el que pueden estar incluidas algunas directrices de la política empresarial de forma más o menos explícita. En su caso, podrá asimismo plantearse la necesidad de precisar si ha existido una extralimitación en el mandato que deba ser tenida en consideración a la hora de valorar la trascendencia o intrascendencia de la conducta de la persona física en sede de la persona jurídica. Sin embargo, no es posible limitar a priori y rígidamente la capacidad de responder de la persona jurídica al perímetro restringido y estricto de las atribuciones del gestor, órgano unipersonal o colectivo, de hecho o de derecho que haya actuado, por cuanto ello implicaría crear de inicio una amplia zona de irresponsabilidad penal que debe ser objeto de valoración casuística.

Así pues, para evaluar este extremo deberá primero evitarse el recurso exclusivo a criterios civilistas o mercantilistas, legales, sectoriales y estatutarios, y resultará preciso permanecer particularmente alerta respecto de aquellas conductas que, incluso formando parte de las competencias de la representación o el mandato, se aleguen, y es previsible que así ocurra, fruto de una desviación material de los fines de la corporación o abiertamente contrarias al desarrollo de la política empresarial. En último término, se tratará de evitar -permítase el recurso frecuente a una cierta personificación gramatical por razones de claridad en la exposición- que la compañía se desentienda de la responsabilidad derivada de los delitos cometidos o no evitados por su gestor, cuando es este último quien, en condiciones normales, diseña y sobre todo, lleva a la práctica la propia política empresarial, de modo que cualquier vacua formulación corporativa contra el delito o la más sofisticada operación de maquillaje articulada, en su caso, por medio de las denominadas *compliance guide*, sirvan, por sí solos, de eficaz recurso para eludir la responsabilidad penal.

El precepto incluye la conducta de los gestores de derecho y de hecho, lo que resulta lógico, por cuanto si la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedara extramuros de la conducta de los segundos, bastaría con recurrir sistemáticamente a gestores fácticos para obtener la impunidad. El concepto de administrador de hecho ha sido definido ya con cierta precisión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con ocasión de la aplicación y exégesis del art. 31 del Código Penal, entre otras, en Sentencias números 774/2005 de 2 de junio, 480/2009 de 25 de mayo y 986/2009 de 13 de octubre.

En cualquier caso, conviene recordar que deben rechazarse las interpretaciones que busquen introducir en el concepto a aquellos sujetos titulares de alguna capacidad de decisión autónoma siempre supeditada a la dirección, supervisión o control de quien en realidad dirige la entidad. Como bien resume la Sentencia del Tribunal Supremo nº 59/2007 de 26 de enero, «el

administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento». Ello es así porque para que pueda hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica el legislador se remite a conductas propias o controlables por los verdaderos órganos de gobierno. Como en buena parte del derecho comparado, también aquí lo relevante es el poder de dirección de facto y no el concreto título o circunstancia de los cuales se deriva dicho poder.

Por último, el primer párrafo del número 1 del art. 31 bis del Código Penal hace referencia al requisito de que la persona física haya actuado en provecho de la persona jurídica, exigencia que también está, con idéntico sentido, en el párrafo segundo del mismo apartado.

La expresión puede ser interpretada en primer término incidiendo en su vertiente subjetiva, de modo que sería suficiente con que el agente actuase con la íntima convicción de que favorecía a la sociedad, esto es, el término equivaldría a la intención del sujeto actuante de beneficiar a la empresa. En contra de esta exégesis está la idea de que si el legislador hubiera querido otorgarle este sentido, probablemente hubiera optado por expresiones tales como con la intención de beneficiar, o para beneficiar. La apelación a un elemento subjetivo así definido conllevaría además serias dificultades de prueba, no estando claras por otra parte las razones por las que los motivos del sujeto deban elevarse a la categoría de factor decisivo para la determinación de la responsabilidad de la organización para la que trabaja.

Alternativamente cabe interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, bien como exigencia de la constatación del beneficio, bien como efectiva tendencia de la acción a conseguir ese provecho. En el primer caso, si se entendiera que la Ley requiere el efectivo beneficio, cuando la acción finalmente perjudicara a la empresa, no podría serle imputada. A parecidas conclusiones se podría llegar cuando no se derivaran potenciales perjuicios ni beneficios de la acción emprendida por el sujeto, caso de ser la misma totalmente neutra. Con esta interpretación se subordinaría además la responsabilidad penal a un dato que depende de múltiples variables no siempre controlables por quien despliega la acción -sirva de ejemplo un simple error de cálculo- y sería preciso concretar un parámetro fijo para medir ese beneficio social, el cual no necesariamente tiene por qué ser reducido a términos económicos; piénsese en este sentido en la importancia que pueden tener para una corporación activos difícilmente cuantificables como el capital reputacional, el prestigio de marca, etc.

Estamos pues ante una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, que conlleva la constatación de la idoneidad ex ante de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella, aunque tal beneficio no fuere directo o inmediato por ser, por ejemplo, una posibilidad futura que finalmente no tuviera lugar. La acción debe ser valorada como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente no se produzca. Así considerado, el provecho de la sociedad no constituye necesariamente una partida susceptible de valoración mediante una operación aritmética o un asiento contable, de modo que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumple las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros. En apoyo de esta interpretación, el art. 54.2ª del Código Penal acepta la posibilidad de que no sea posible el cálculo del importe de la sanción pecuniaria en relación con el valor del beneficio obtenido.

Por supuesto, se descarta que sea preciso que la persona física actúe con un elemento subjetivo especial consistente en beneficiar a la empresa. Si la compañía tiene la expectativa de obtener, u obtiene, un beneficio del tipo que sea, ya se trate de una ganancia, de la evitación de una pérdida o el ahorro de un coste etc., se cumplirá la exigencia aun cuando la persona física haya actuado por su exclusivo y propio interés personal o en interés de una minoría de los miembros de la persona jurídica. Sirva de ejemplo el supuesto del director general de una compañía que obtenga mediante escuchas ilegales el secreto de fabricación de un competidor, que actuará en provecho de la sociedad si el beneficio de su acción engrosa la caja de la compañía aun cuando él pretenda también una ventaja económica personal derivada de su acción, o el trabajador que con el delito persiga mejorar sus cifras de negocio en la compañía para aumentar su prestigio ante sus superiores, ascender en la jerarquía empresarial o incrementar su comisión, en cuyo caso también actúa en provecho de la entidad.

III.3) El párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal

Como ya se ha adelantado, en el supuesto previsto en el párrafo segundo del número 1 del art. 31 bis, se establece que «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», precepto que incluye algunas exigencias de idéntico tenor a las del párrafo primero -por cuenta y en provecho-, a las que se añade el fallo de supervisión -imputable no se especifica exactamente a quién al utilizar el precepto una forma impersonal del verbo-, si bien la norma se refiere, también en este caso, a la conducta de las personas físicas mencionadas en el párrafo primero -gestores o representantes-, sin perjuicio de que puedan existir implicados en varios escalones de la estructura empresarial.

Lo anterior enlaza directamente con la regla penológica del art. 66 bis del Código Penal cuando prevé la posibilidad de agravar la sanción a la entidad en función del puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupe la persona física u órgano que incumplió el deber de control, lo que constituye una apelación -de redacción francamente mejorable- a aquello que se ha dado en llamar el núcleo de verdad de la teoría de la identificación, en virtud del cual, a mayor implicación del alto directivo en el hecho criminal, mayor debe ser el reproche en sede de la persona jurídica, por cuanto son los dirigentes de la corporación quienes, en la práctica y como ya se ha dicho, diseñan y ejecutan la política empresarial.

La norma atiende a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo y la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común, y la jerarquía, en virtud de la cual, las aportaciones de los individuos no son libres sino que están sometidas a una común dirección que puede aceptarlas, rechazarlas o modificarlas. En ese contexto, la responsabilización de las personas jurídicas tiene por objeto evitar que se cometan ilícitos penales en su ámbito de actividad, bien por parte de la cúpula -gestores, administradores, representantes legales- bien por los empleados y colaboradores de la misma.

Establece así la Ley un deber de fiscalización o control generador de responsabilidad penal, que incumbe en último término a los superiores - representantes, gestores de hecho o de derecho- respecto de quienes actúan en el ámbito de la persona jurídica. El precepto se refiere a la omisión del debido control sobre el colaborador sometido a la jerarquía empresarial, sin que resulte precisa una vinculación laboral de éste último con la empresa, siendo suficiente con el mero arrendamiento de servicios o que se trate de un trabajador por cuenta de una empresa de trabajo temporal, por poner dos ejemplos relativamente frecuentes en la práctica.

Así pues, al órgano gestor le corresponde un deber de control y vigilancia que remite a los cursos lesivos y/o peligrosos creados por sus subordinados y que pueden llevar a la comisión de los tipos penales previstos en la Parte Especial. Precisamente es esa falta de control por parte de la cúpula de la empresa la que hace que la responsabilidad derivada del ilícito penal sea transferida a la persona jurídica.

Para responsabilizar a la persona jurídica de los delitos cometidos por el subordinado, será preciso acreditar que se ha omitido por parte del gestor, bien de forma directa, bien a través de la cadena de delegaciones que se haya podido prever a tal fin, el control debido respecto de su actividad. Así pues, en este segundo supuesto, el gestor no resulta penalmente responsable de la infracción penal -supuesto que se encuadraría en el párrafo primero del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal-, sino que se atribuye la responsabilidad a la persona jurídica por los delitos que el subordinado haya podido cometer siempre que sea atribuible al gestor la omisión del control debido sobre la actividad del mismo, es decir, la infracción de un deber de vigilancia que le viene impuesto por la Ley. Resulta pues indiferente en este caso la naturaleza dolosa o imprudente de la conducta del gestor, por cuanto no es el resultado típico lo que se le imputa, sino la infracción de ese deber de vigilancia que se deriva del art. 31 bis del Código Penal.

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 este sentido, la política corporativa o la llamada organización empresarial resultarán útiles -no como fundamento de la imputación de la persona jurídica, ni como sustrato sobre el que hacer gravitar la culpabilidad de la empresa como concepto trabajosamente reenviado desde las personas físicas hasta las jurídicas-, sino 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.

La obligación de velar por el cumplimiento de las Leyes en el seno de la persona jurídica no resulta en nuestro Derecho tan inédita como se pretende. Existen en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas en las que el legislador obliga a las entidades a adoptar determinadas medidas para prevenir conductas arriesgadas, irregulares o ilícitas en su seno. Sirvan de ejemplo el Real Decreto 1/2010 de 2 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 54/2003 de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales y las legislaciones y compilaciones sectoriales, que imponen determinadas pautas de actuación relacionadas con determinada actividad, la Ley 10/2010 de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo o el Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas, en el que la Recomendación 45 sobre supervisión de códigos internos de conducta y reglas de gobierno y la 49 sobre política de control y gestión de riesgos, establecen importantes pautas en ese sentido. Por otra parte, la previsión de un catálogo cerrado de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas constituye también un factor de concreción en ese sentido, en cuanto señala sectores de actividad y conductas lesivas o de riesgo específicas.

Dado que el precepto hace responder a la corporación por los hechos delictivos cometidos como consecuencia de la omisión del debido control en cada caso, resulta previsible que la persona jurídica oponga en su defensa el establecimiento previo de determinados estándares de prevención del delito en su seno, correspondiéndole la carga de la prueba acerca de su existencia y sobre todo, su incidencia real en los hechos. Ello es así por cuanto, frente a la constatación de un hecho típico atribuible a una de las personas físicas a que se refiere el art. 31 bis del Código Penal, cabe presumir la antijuridicidad y la culpabilidad en la conducta, salvo que se acredite por quien efectúe una alegación en ese sentido, la concurrencia de circunstancias que justifiquen la misma o gradúen la responsabilidad por el hecho. En este sentido se pronuncian las sentencias números 648/1978 y 563/1979, expresivas de una doctrina del Tribunal Supremo antigua y fuertemente consolidada.

Como ya se ha señalado, existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, *corporate defense*, *compliance guide*, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el art. 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada. Imaginemos que las pautas de comportamiento de la guía omitieran o fueran particularmente laxas a la hora de establecer controles sobre determinada actividad peligrosa de la compañía para ahorrar costes... ¿de verdad el hecho de que el individuo hubiera actuado conforme a ese estándar debe exonerar a la persona jurídica de su responsabilidad? La respuesta resulta obvia; por consiguiente, lo importante será acreditar, y esta es sin duda una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a las que la misma se refiere. En coherencia con lo expuesto, el precepto exige expresamente que sean atendidas las concretas circunstancias del caso.

En consecuencia, no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión. Si bien es cierto que las *compliance guide* pueden orientar su forma de

actuar en el seno de la corporación, tal extremo resulta circunstancial, por cuanto en el proceso penal se tratará, como siempre, de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas humanas, con independencia de que las mismas obedezcan a un eventual sistema de autorregulación o a la personal forma de hacer del individuo. La conducta de las personas físicas se examina así a la luz de la norma penal, qué han hecho los gestores o sus subordinados, y si lo efectivamente realizado tuvo lugar en las circunstancias previstas en el art. 31 bis, en cuyo caso, debe responder la persona jurídica.

Por otra parte, tampoco en este segundo párrafo del número 1 del precepto nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Cualquiera de las exigencias del precepto es materia del debate contradictorio del proceso penal. La mera ejecución defectuosa del control debido por parte, por ejemplo, de un cuadro medio o de cualquier otro empleado, cuando quede acreditado que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos, no deberá en principio determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de las circunstancias atendibles en cada caso concreto.

En otro orden de cosas, como la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma, podrá responder también cuando su administrador sea otra persona jurídica a la que, a su vez, le sea de aplicación el art. 31 bis del Código Penal. Así pues, cabrá la atribución de responsabilidades penales de personas jurídicas en cascada o en contextos propios del holding empresarial. Aun cuando el párrafo segundo del apartado primero del art. 31 bis se refiere a los administradores y representantes legales como personas físicas, ello no implica la imposibilidad -conforme al principio de legalidad penal- de imponer una sanción a una persona jurídica administrada o representada por otra persona jurídica, por cuanto como hemos repetido, en el modelo adoptado, quienes ejecutan la acción delictiva son siempre personas físicas, de cuyos delitos se podrá, en su caso, hacer responder a las personas jurídicas en cuyo provecho se cometieron.

III.4) Circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 31 bis 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.

Según expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley, el apartado 4 del art. 31 bis del Código Penal contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad parece reforzarse con la expresión sólo con la que inicia el precepto. Ello impide la aplicación de aquellas circunstancias atenuantes del art. 21 del Código Penal cuya formulación no se refiere a comportamientos exclusivamente humanos, lo que resulta particularmente llamativo y difícilmente justificable en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del art. 21. 6ª del Código Penal y en la de análoga significación de la atenuante 7ª del mismo precepto.

Sin perjuicio de que esta deficiencia podría ser fácilmente corregida por el legislador, y en tanto se produzca esa reforma, es posible que los órganos jurisdiccionales intenten construir

jurídicamente una interpretación análoga *in bonam partem* de los preceptos aludidos, de modo que si concurren las exigencias jurisprudenciales de todos conocidas para apreciar la atenuante de dilaciones conforme a su anterior penetración por vía de la atenuante análoga, tanto en la persona física como en la jurídica - sujetos pasivos de un mismo procedimiento-, dicha circunstancia pueda ser aplicada a ambas, evitando una lectura del precepto que difícilmente superaría el test de constitucionalidad. Sin embargo, en aras de la seguridad jurídica, mientras no se aborde su reforma en los términos aludidos, los Sres. Fiscales aplicarán a las personas jurídicas, en su caso, solo las atenuantes del apartado 5 del art. 31 bis del Código Penal.

En coherencia con el modelo elegido -dónde la responsabilidad de la persona jurídica no obedece a la pretendida culpabilidad de la empresa sino a un mecanismo normativo de transferencia, todas las conductas que atenúan la responsabilidad de las personas jurídicas son posteriores a la comisión del delito; asimismo, no se ha previsto que ninguna de ellas, ni otras diferentes, sean apreciadas con valor de eximente, ya sea completa o incompleta.

Aun cuando se critica que las circunstancias atenuantes están teñidas de cierto colaboracionismo en detrimento del ejercicio de la más amplia defensa, lo cierto es que las personas jurídicas pueden garantizarse la aplicación de dos de ellas con relativa facilidad mediante la reparación del daño y la adopción de medidas de prevención delictiva, sin efectuar reconocimiento alguno de su implicación en los hechos.

Las atenuantes previstas son las siguientes:

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

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la excusa absolutoria por regularización del art. 305.4 del Código Penal -en la que el legislador ha optado por vincular el bloqueo de la excusa a un acto formal como es la notificación del inicio de determinados actos de investigación administrativa o del procedimiento penal-, en este supuesto el legislador utiliza una expresión abierta que remite al hecho de que llegue a conocimiento de la persona jurídica su imputación en un procedimiento penal; por consiguiente, cualquier medio de prueba servirá al efecto de acreditar que la entidad, personificada en alguno de sus representantes u órganos de gestión, estaba enterada de ello.

Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no imposibilitan la apreciación futura de la atenuante por cuanto, en sentido estricto, no pueden considerarse procedimiento judicial. Ello es así aun cuando ya se hubieren producido en esa sede cualesquiera diligencias de averiguación en relación con las personas jurídicas.

No se especifica ante qué autoridades debe producirse la confesión, si bien la interpretación más razonable es que la misma pueda realizarse tanto ante jueces y fiscales como ante autoridades policiales y/o administrativas.

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.

Exige la apreciación de la atenuante que se aporte al procedimiento material probatorio inédito que además sea concreta y particularmente eficaz. La simple prueba de carácter accesorio o que tan solo sirva para apuntalar hechos suficientemente acreditados por otros medios, no integra el sustrato fáctico de la atenuante, que está orientada más hacia los resultados de la colaboración que hacia los esfuerzos por la misma. La atenuante facilita la generación de una tensión procesal entre los intereses de la defensa de la persona física y los de la persona jurídica, ambas imputadas, cuya finalidad es facilitar la investigación de los delitos y optimizar la eficacia y pronta resolución del procedimiento penal.

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

La atenuante tiene una formulación casi idéntica a la del art. 21. 5ª del Código Penal, por lo que en su aplicación existen ya decantados criterios interpretativos del Tribunal Supremo, expresados, entre otras, en las Sentencia nº 842 de 31 de julio de 2006 y nº 307 de 15 de febrero de 2007, 1140/2010 de 29 de diciembre, 1185/2010 de 23 de diciembre y 1180/2010 de 22 de diciembre.

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.

Exige de las empresas una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar, y en su caso, descubrir los delitos. Si bien es cierto que habrá que considerar insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, también habrá de evitar el excesivo formalismo, de modo que se valore en abstracto la aptitud de tales medidas para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de la corporación.

No se ha incluido una atenuante de análoga significación a las anteriores, que solo tendría cabida por la vía de aplicar la genérica del art. 21.7ª del Código Penal mediante la interpretación jurisprudencial en los términos a los que ya se ha hecho referencia en otro momento, lo que resulta contradictorio con el criterio restrictivo adoptado expresamente por el legislador.

IV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la parte especial del Código Penal. Catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas. Ámbito de aplicación el artículo 129 del Código Penal

La reforma del Código Penal circunscribe la responsabilidad de las personas jurídicas al siguiente catálogo de delitos:

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 art. 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

Delito	Artículo del Código Penal
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

Existen además otras infracciones en las que los tipos penales de la Parte Especial efectúan remisiones a las medidas del art. 129 utilizando expresiones diversas y asistemáticas que dan lugar a consecuencias un tanto distorsionadoras.

En este sentido, el art. 262 del Código Penal -incluido en el Capítulo VIII del Título XIII relativo a los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas- y el 386 -dentro del Capítulo I del Título XVIII relativo a las falsedades- establecen la posibilidad de que el Juez imponga alguna de las medidas del art. 129 «si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades», en referencia a entidades que, salvo que se diga otra cosa, están dotadas de personalidad jurídica, aun cuando la mención al eventual carácter transitorio de las mismas, parece apelar también a otras realidades de naturaleza más fáctica que jurídica.

El art. 294 del Código Penal -contenido en el Capítulo XIII del Título XIII relativo a los delitos societarios- prevé que «Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código», de modo que es posible, aunque no preceptiva, la aplicación de las medidas del art. 129 para entidades colectivas con personalidad jurídica.

El art. 318 del Código Penal -incluido en el Título XV relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores- prevé que «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el art. 129 de este Código», precepto que utilizando un criterio de responsabilización de la persona jurídica similar al del art. 31 bis, sin embargo remite únicamente a las medidas de imposición facultativa del 129, ambos del Código Penal.

Como consecuencia de lo anterior, en estos últimos supuestos, cuando la responsable sea una persona jurídica, se prevé la posibilidad de imponer algunas de las consecuencias accesorias del art. 129, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del art. 33.7. Se produce así una antinomia normativa a resultas de la cual, es posible en estos casos soslayar la aplicación del art. 31 bis del Código Penal -y por consiguiente, sus requisitos materiales- de modo que, si bien las respectivas normas sí contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas a imponer son las del art. 129, sin que esté prevista su extensión concreta en cada supuesto y resultando su imposición facultativa. Salvo que sea debido a un problema de sistemática interna, no se adivinan qué otras razones pueden justificar esta diferencia de trato en unos y otros casos, y por tanto, esta normativa debería ser objeto de corrección por parte del legislador.

El problema apuntado resulta particularmente grave en cuanto afecta a la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de lo que la doctrina científica denomina responsabilidad penal por productos defectuosos. Ni los tipos penales de riesgo (delitos contra la salud pública de los arts. 359 a 365, fraudes alimentarios) ni los resultativos (homicidio y/o lesiones), forman parte del catálogo de *numerus clausus* de la primera tabla a que se ha hecho referencia. Tan solo el art. 366-incluido en el Capítulo III relativo a los delitos contra la salud pública del Título XVII del Código Penal- establece que «En el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fabrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el art. 129», en alusión a los tipos penales de riesgo que le preceden, resultando por tanto excluido el art. 367, que se refiere a la comisión de los delitos anteriores por imprudencia, supuesto que puede ser relativamente frecuente en la práctica.

Este régimen de tan deficiente construcción jurídica -especie de tercera vía de responsabilización de la persona jurídica al margen del art. 31 bis, en el que las medidas a imponer tienen carácter facultativo y están limitadas en contenido y duración, (no se incluye la multa)- afecta a supuestos de hecho de la gravedad del que motivó en España el Caso del aceite de colza desnaturalizado, (en el que varias sociedades aceiteras desviaron aceite de colza de uso industrial al consumo de boca, provocando más de trescientos fallecidos y decenas de miles de afectados, que fue resuelto por Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y número 895/1997, de 26 de septiembre), o sus inmediatos precedentes en Alemania, el conocido como Caso Contergan, (relativo a la farmacéutica Grünenthal, que comercializó un medicamento de efectos sedantes -cuyo componente básico era la talidomida-, recetado con frecuencia entre 1957 y 1961 a mujeres gestantes, muchas de las cuales dieron a luz niños con graves malformaciones congénitas), y el caso Lederspray, en junio de 1990 (en el que fueron enjuiciados los directivos de una empresa de producción y dos filiales de distribución de un spray para calzado y piel que comenzó a dar problemas de salud a sus usuarios en 1980), en los que cobra pleno sentido la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas eventualmente implicadas en la fabricación, distribución y/o comercialización a nivel masivo de productos letales o gravemente lesivos para la vida, la integridad y/o salud de los consumidores, de donde se desprende la pertinencia de abordar una reforma que haga posible la imposición de auténticas penas en estos supuestos por aplicación del art. 31 bis del Código Penal.

Tampoco están incluidos en el catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas, el art. 282 bis -en la Sección Tercera del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal, integrada por los delitos relativos al mercado y a los consumidores- y los de los arts. 290 y 291 del Capítulo XII del mismo Título XIII, relativos a los delitos societarios, infracciones todas ellas cometidas en no pocas ocasiones por los administradores de las sociedades, en nombre, por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

V. Las penas de la persona jurídica: el artículo 33.7 del Código Penal. Reglas de aplicación penológica. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal

Prevé el legislador un amplio catálogo de penas específicas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, para lo cual, aparte de otras modificaciones que se efectúan en el propio precepto, se añade un apartado 7 en el art. 33 con el siguiente contenido:

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- 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.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

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

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.

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, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

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.»

En primer término, debe destacarse que las sanciones previstas para las personas jurídicas tienen todas ellas la naturaleza de graves, lo cual incide en su plazo de prescripción, que tendrá lugar a los diez años conforme a lo previsto en el art. 133 del Código Penal. Cabe la posibilidad, por tanto, de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, lo que no debe extrañar por cuanto constituye una opción político criminal perfectamente asumible que, sin embargo, quizá debiera haberse explicado en la Exposición de Motivos de la Ley.

V.1) La pena de multa

La única pena susceptible de ser impuesta en todo caso a la hora de sancionar a la persona jurídica es la de multa, que por ello será la opción prioritaria de los Sres. Fiscales en sus escritos de acusación, salvo que la gravedad, difusión de los perjuicios y/o especiales circunstancias de la conducta de la que se responsabilice a la corporación, aconsejen otra cosa. La pena de multa es potencialmente la más útil para contrarrestar el desequilibrio económico derivado del beneficio y/o ahorro económicos que la corporación infractora obtiene con la actividad delictiva, en buena parte de los casos.

La pena de multa está regulada en los arts. 50 y siguientes del Código Penal, facilitándose tan solo unos pocos parámetros específicos para su individualización en el caso de ser impuesta a personas jurídicas; pese a no estar previsto expresamente por la norma, los Sres. Fiscales habrán de efectuar una lectura conjunta de la pena de multa a imponer y las atenuantes concurrentes en cada caso, de modo que en el supuesto de concurrir varias atenuantes o alguna muy cualificada, ello tenga reflejo en una razonable moderación de la cuantía de la sanción pecuniaria.

El art. 33.7.a) del Código Penal prevé la posibilidad de imponer la pena de multa bien en la modalidad de cuotas, bien proporcional.

En el primer supuesto, existen dos índices a tener en cuenta: en primer término, el número de cuotas diarias -nunca inferior a 10 días ni superior a 5 años, según prevé el art. 50.3 del Código Penal-; y en segundo lugar, el importe de cada cuota, para cuya determinación habrá de atenderse a la capacidad económica de la persona jurídica, siendo su importe mínimo de 30

euros y el máximo de 5.000 euros, conforme establece el número 4 del art. 50 del Código Penal. Por consiguiente, los Sres. Fiscales deberán tener en consideración, a efectos de calcular el importe de la sanción pecuniaria, la información que respecto de esa específica materia se pueda obtener, en su caso, de los resultados económicos de las sociedades mercantiles obtenidos en los ejercicios objeto de investigación y conocidos a través del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, amén de la información patrimonial que pueda ser recabada de la Administración Tributaria.

La multa proporcional, según prevé el art. 52 del Código Penal, se calcula en atención al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo. El art. 52.4 establece una serie de criterios para el caso de que no fuera posible calcular el importe de la multa proporcional atendiendo a las anteriores variables, de modo que se sustituya su cálculo por las siguientes previsiones: la multa será de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior, y de seis meses a dos años en el resto de los casos.

El paralelismo comparativo parece tener su razón de ser en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad de las penas, resultando el sistema susceptible de control a través de la vía del recurso, por cuanto la imposibilidad de fundamentar el cálculo de la multa debe motivarse expresamente en sentencia.

A diferencia del silencio que el legislador guarda en esta materia en relación con las personas físicas, se prevé para las personas jurídicas la posibilidad de efectuar el pago fraccionado de la multa en el art. 53. 5 del Código Penal, siempre que la cuantía de la sanción penal ponga «en peligro la supervivencia de aquella, o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general», circunstancias que habrán de ser debidamente acreditadas. En cuanto a la última mención, parece remitir a la naturaleza o trascendencia que pueda tener la concreta actividad de la persona jurídica condenada para la colectividad.

Por otra parte y como ya se ha dicho en otro momento, el nuevo art. 31 bis punto 2 prevé que «cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos», tratándose de un mecanismo, obligatorio para el juez, de ajuste de la gravedad de la sanción conjunta de la persona física y la persona jurídica, a la propia gravedad de los hechos.

V.2) La pena de disolución de la persona jurídica

El art. 33.7 b) del Código Penal establece que «La disolución [de la persona jurídica] 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».

La solicitud de esta pena capital para la persona jurídica deberá reservarse para los casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o que revistan los caracteres del denominado delito masa (con gran número de perjudicados), siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el art. 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación.

Las legislaciones civil, mercantil y societaria prevén los trámites para hacer efectiva la liquidación de las diferentes formas societarias, aun cuando para que el Juez penal pueda recurrir a dichos procedimientos en trámite de ejecutar la pena de disolución, sería precisa una habilitación legal que concrete los exactos términos de dicha remisión normativa.

V.3) La pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica

En el art. 33.7 c) del Código Penal se prevé la pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica. Una interpretación literal del precepto parece obligar a la suspensión de todas las actividades de la misma. Sin embargo, en la mayoría de las empresas con una cierta

entidad y actividad económica real, la suspensión completa de su actividad puede equivaler de facto a su disolución, por lo que los Sres. Fiscales deberán limitar la solicitud de esta sanción a supuestos graves, o bien concretar el sector o ámbito concreto de la actividad que deba suspenderse, que lógicamente habrá de ser el que esté más directamente vinculado con la actividad delictiva atribuida a la corporación. El plazo de suspensión de las actividades no puede exceder de 5 años.

V.4) La pena de clausura de locales y establecimientos

El art. 33.7 d) del Código Penal establece la pena de clausura de los locales y establecimientos, que al igual que en el caso anterior, no puede exceder de 5 años. También aquí parece excesivamente rígido entender como única sanción posible la clausura de todos sus locales y establecimientos. El mismo argumento empleado para la suspensión permite también en este caso una intelección del precepto que permita optar por la clausura de algunos o todos los locales y establecimientos de la persona jurídica, según su vinculación con los hechos penalmente relevantes.

V.5) La prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito

El art. 33.7 e) se refiere a la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito. En este sentido, y atendiendo al concreto perfil de la persona jurídica, se le podrá prohibir realizar cualquier tipo de actividad relativa a un determinado sector o especificar una concreta y específica actividad. Por ejemplo, a una empresa financiera que haya cometido un delito de estafa en relación con su actividad en la correduría de seguros, podrá prohibírsele definitivamente todo tipo de intervención en mercados financieros o, más concretamente, sólo la correduría de seguros. Esta prohibición puede acordarse con carácter temporal o definitivo. Si fuese temporal, el plazo no puede exceder de 15 años.

V.6) Las diferentes penas de inhabilitación administrativa

En el art. 33.7.f) se recogen las inhabilitaciones administrativas. La figura de la inhabilitación no contiene una sola pena, sino un conjunto de ellas.

El juez puede imponer una de ellas o varias. Estas sanciones no se inspiran tanto en procurar una aflicción a la persona jurídica mediante la sanción económica -impedir que obtenga ayudas o beneficios- o la restricción de parte de su actividad -prohibición de contratar con la Administración-, ya que esos fines se cumplen más específicamente con las multas y la suspensión o prohibición de realizar determinadas actividades. Por el contrario, el elemento primordial lo constituye la prevención especial, de modo que la persona jurídica comprobadamente entregada a una actividad delictiva, resulte privada de determinadas ayudas y/o alejada de la actividad y los intereses estatales.

La inhabilitación para contratar con el sector público es la pena que con mayor claridad plasma esta última idea. Por más que pueda ser enormemente aflictiva para empresas que operan en sectores con gran presencia pública -en la ejecución de obra civil, por ejemplo-, la finalidad principal es impedir que el sector público contrate con entidades probadamente implicadas en conductas delictivas.

La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas es a su vez concreción de ese mismo pensamiento: las Administraciones no colaborarán en la consecución de objetivos de interés común con las personas jurídicas condenadas como responsables de delitos. Está prevista asimismo la inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, en la que sí adquiere más peso el puro factor aflictivo de no poder acceder a la obtención de beneficios estatales.

En cualquier caso, el plazo de inhabilitación no puede exceder de 15 años.

V.7) La pena de intervención judicial

Por último, el art. 33.7 g) prevé la sanción de intervención judicial por un plazo de hasta cinco años. Curiosamente, el *nomen iuris* intervención judicial había desaparecido de la normativa

procesal con la Ley Orgánica 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que dejaba subsistente la expresión administración judicial.

El presupuesto específico de esta pena es la necesidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Así pues, si lo que resulta prioritario es poner fin a la continuidad delictiva estando estos intereses sociales en riesgo, se deberá optar en primer término por la intervención y no por la disolución o la suspensión de actividades.

La extensión y contenido de la intervención debe ser precisada y suficientemente motivada por el juez o tribunal atendiendo a criterios preventivo-especiales, en función de las necesidades concretas. La norma en este punto es enormemente flexible, y el contenido de la intervención puede ir desde la remoción y sustitución de los administradores hasta la mera supervisión de la actividad. En la propia sentencia condenatoria o en un auto posterior, el juez o tribunal deberán determinar quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá confeccionar y presentar los informes de seguimiento. El interventor tiene el más amplio acceso a toda la información necesaria para el desarrollo de sus funciones, además de a las instalaciones y locales de la persona jurídica.

La sentencia debe establecer la duración máxima de la pena de intervención, que no podrá exceder de los 5 años. Sin embargo, la intervención puede suspenderse o modificarse en cualquier momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal, cuando se estime que ha decaído su necesidad. Finalmente, el precepto se remite a un futuro reglamento -que a día de hoy no ha sido promulgado- para la concreta regulación de la función del interventor y su retribución.

En este sentido, debe recordarse que en determinadas infracciones penales imputadas a personas jurídicas, habrán de tenerse en consideración las previsiones legales en relación con la Oficina de Recuperación de Activos española, creada en virtud de lo dispuesto en el apartado tres de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/2010, que introduce el nuevo art. 367 septies en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que se hace cumplida referencia en la Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

V.8) Reglas penológicas. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal

Las sanciones de naturaleza interdictiva a que se refieren las letras b) a g) del art. 33.7 del Código Penal, exigen además de la prueba del hecho delictivo, la realización de un juicio de peligrosidad criminal de la persona jurídica. En este sentido, la disolución de la persona jurídica por decisión judicial habrá de atenerse a un adecuado juicio de proporcionalidad, según establece el Tribunal Constitucional en las Sentencias números 85/2003, 111/2007 y 129/2009.

Así, el art. 66 bis contempla como factores determinantes en orden a concretar la extensión de la pena la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, las consecuencias económicas y sociales de la pena y el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control. Con carácter general, estas penas se imponen por tiempo limitado, no pudiendo en ese caso superar la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto tipo penal, aunque alguna de ellas puede ser impuesta de modo definitivo, como la prohibición a que se refiere el art. 33.7.e) del Código Penal, y la de disolución, por su propia naturaleza.

En cuanto a la primera de aquellas circunstancias, la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, evidencia la importancia de la función preventivo especial de este tipo de sanciones, cuya finalidad última es neutralizar la actividad delictiva de la entidad infractora, ya sea de forma temporal o indefinida. Por lo que respecta a la segunda, las consecuencias económicas y sociales de la pena, trasluce la preocupación del legislador por el impacto que las penas impuestas a las personas jurídicas pueden tener sobre multitud de personas físicas dependientes de las mismas, mientras la tercera -de formulación extraordinariamente problemática porque parece dar a entender que cabe imputar responsabilidad penal a una persona jurídica cuando quien ha infringido el cuidado debido es un mero empleado de la

compañía, independientemente de su posición en ella-, se corrige con la interpretación sistemática de este precepto junto con el párrafo segundo del art. 31.1 bis del Código Penal, donde como ya se ha adelantado, para responsabilizar a la persona jurídica, el precepto se refiere en último término a los gestores, quienes deben haber omitido el debido control sobre sus subordinados ya sea de forma directa o a través de delegación.

El art. 66 bis 2ª del Código Penal establece unos requisitos especiales para la imposición de penas interdictivas de larga duración, de modo que para imponer una de dichas penas por tiempo superior a los dos años, debe concurrir adicionalmente una de estas dos circunstancias:

a) Que la persona jurídica sea reincidente, en el sentido del art. 22. 8ª del Código Penal.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para imponer una de estas penas por tiempo superior a los 5 años o para la imposición definitiva de la pena del art. 33. 7. e) o de la disolución, en vez de reincidencia debe concurrir o el segundo supuesto antes mencionado o la circunstancia de multirreincidencia en el sentido del art. 66. 1. 5ª del Código Penal.

En cuanto a la determinación de la pena, el art. 66 bis hace una remisión a lo previsto en el art. 66.1, con excepción de la regla 5ª, relativa a la multirreincidencia, que como hemos visto, se toma en consideración a la hora de imponer las penas del art. 33. 7 letras b) a g) por duración superior a los 5 años o con carácter definitivo. Ello supone que el sistema de determinación de las penas es esencialmente el mismo que el de los delitos cometidos por personas físicas.

No se han previsto más circunstancias que puedan agravar la pena de las personas jurídicas que la reincidencia y la multirreincidencia.

Por último, el art. 33.7 in fine establece que el juez instructor podrá acordar como medidas cautelares la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

En ausencia de otras previsiones específicas, resultará necesario para su adopción que concorra *fumus boni iuris y periculum in mora*. No está determinada la duración de estas medidas, si bien no deberían imponerse por tiempo superior al de la pena que pueda corresponder en caso de ser declarada responsable la persona jurídica.

Tampoco se ha previsto que se pueda acordar como medida cautelar la prohibición de realizar específicas y determinadas actividades sociales directa y estrictamente relacionadas con el delito investigado, lo que constituye un grave inconveniente por cuanto constituiría una posibilidad mucho más acorde con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que también rigen en la fase instructora.

El art. 33.7 del Código Penal no menciona la necesidad de previa audiencia del imputado para la adopción de estas medidas cautelares, aun cuando los Sres. Fiscales, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberán proceder conforme establece el art. 733.1 de la citada Ley, salvo que por razones de urgencia o para preservar el buen fin de la medida, sea preciso actuar conforme autoriza el número 2 del citado precepto. Hay que recordar que no es preciso que el requisito procesal de la audiencia esté previsto expresamente dado que constituye una consecuencia directa de la garantía constitucional del art. 24.2 de la Constitución Española.

En el caso de las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el art. 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente una o varias consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del art. 33.7 y acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Las consecuencias accesorias a las que acabamos de referirnos sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones a que se refiere el precepto

cuando el Código Penal lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Dado que las únicas previsiones expresas que efectúa el Código Penal en relación con el art. 129 se refieren a entidades con personalidad jurídica, solo serán de aplicación las consecuencias accesorias para los entes sin personalidad que cometan alguno de los delitos del catálogo de los que pueden ser responsables las personas jurídicas.

El art. 129 también autoriza al juez instructor a acordar respecto de las entidades sin personalidad jurídica y como medida cautelar durante la instrucción de la causa, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, a los efectos establecidos en el precepto y con los límites señalados en el art. 33.7 del Código Penal.

VI. Cuestiones procesales que suscita la reforma

VI.1) Sobre la necesidad de la reforma procesal

Con carácter general, los países de nuestro entorno que han incorporado en sus ordenamientos un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas -estrictamente penal o de otra naturaleza-, han abordado coetáneas reformas de naturaleza procedimental. En algún caso, esas reformas han sido tremendamente parcas; sirva de ejemplo el caso francés, en el que el legislador se ha limitado a señalar que las personas jurídicas debían ser tratadas procesalmente y en la medida de lo posible, como las propias personas físicas, previendo además una figura específica -el *mandataire de justice*- para resolver los conflictos de intereses defensivos que puede producirse entre el legal representante y la corporación. En el polo opuesto, las mucho más detalladas regulaciones que caracterizan a las Leyes especiales austriacas (Ley Federal de 1 de enero de 2006) e italiana (Decreto Legislativo 231/2001, donde se regula la llamada responsabilidad administrativa de los entes).

Las diferentes y en muchos casos imaginativas propuestas del Derecho comparado en esta materia en modo alguno son susceptibles de importación sin más, en la medida en que adoptan soluciones que responden a sistemas procesales muy alejados del nuestro, y que por tanto, necesitarían de una implantación normativa expresa.

Ya en su momento y con ocasión de la entrada en vigor del ahora derogado art. 31.2 del Código Penal -en el que se preveía que en caso de imposición de una pena de multa al autor del delito, se hiciera responsable de su pago de manera directa y solidaria a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta hubiera actuado-, la Circular número 2/2004 de la FGE, reconocía que «la asimilación de la persona jurídica responsable ex art. 31.2 del Código Penal al imputado, implicará la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión... habrá de reconocérsele el derecho al proceso debido. Deberá garantizársele su participación en el proceso, habrá que incluir a la persona jurídica en el acta de acusación del fiscal y en el auto de apertura del juicio oral, y habrá de admitírsele su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Cabrá asimismo exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia.»

El texto anterior, de vigencia renovada en relación ahora con los preceptos que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, da respuesta genérica a algunos de los problemas que se plantean en la práctica con la reforma. Sin embargo, la simple transposición del estatuto de la persona física a la jurídica puede comportar, como se verá a continuación, algunas dificultades derivadas del hecho de que también nuestro Derecho procesal y su consiguiente interpretación jurisprudencial, han sido fundamentalmente concebidos para un proceso en el que las principales instituciones y mecanismos de garantía están vinculados a las personas físicas.

Si las personas jurídicas están en el proceso penal en calidad de imputadas, será preciso determinar en qué medida pueden ser destinatarias de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución y en los correspondientes textos normativos

supranacionales, en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de forma singular del principio de presunción de inocencia, no solo como regla de tratamiento al imputado, sino también como norma de enjuiciamiento. La única excepción en este sentido se podría plantear respecto de aquellas garantías que solo tuvieran sentido en razón de la condición de persona física del imputado, pero ninguna de las enunciadas en el art. 24 de la Constitución Española está concebida sobre esta premisa.

Como ya se ha dicho, existe en la actualidad un borrador de texto articulado que se quiere incorporar al Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal, en el que se prevé la reforma de algunos artículos de la L.E.Cr. y la LOPJ en relación con la imputación penal de las personas jurídicas. Sin embargo, dicho texto en su redacción primera no prevé soluciones para algunos de los problemas que pueden llegar a plantearse, y su contenido último resulta en este momento una incógnita, por cuanto habrá de ser objeto de tramitación parlamentaria y puede sufrir, por tanto, modificaciones, resultando pues de todo punto necesarias una serie de pautas interpretativas de las que se podrán servir los Sres. Fiscales hasta tanto dicha reforma entre en vigor, en su caso.

VI.2) La persona jurídica en el proceso penal

Uno de los problemas fundamentales que plantea la reforma del Código Penal en relación con la responsabilidad penal de la personas jurídicas, es determinar cómo debe realizarse el acceso al proceso de la misma en su condición de imputada y en qué forma el ente colectivo podrá ejercer los derechos que son consustanciales a esa condición. La respuesta a este primer gran interrogante condiciona la respuesta a muchas de las incógnitas que se ciernen sobre el tratamiento procesal de estos nuevos sujetos pasivos del proceso penal.

Justo es reconocer que la verdadera novedad provocada por la reforma es precisamente la posibilidad de que la persona jurídica sea sujeto pasivo del proceso penal, pues la presencia de personas jurídicas como partes en el mismo no es inédita, ya que resulta relativamente frecuente ver personas jurídicas personadas como parte acusadora, ya sea como acusación particular o popular, y respecto de la acción civil *ex delicto*, como actores o responsables civiles. En ese contexto, la persona jurídica ha intervenido tradicionalmente en el procedimiento a través de la postulación procesal y la dirección técnica del abogado, según los casos.

Lo cierto es que la legislación procesal penal no contiene disposiciones ad hoc que contemplen de forma específica el hecho diferencial de que quien actúe sea una persona jurídica y no una persona física. Sucede más bien que la regulación y la praxis procesal penal se han sustentado sobre la teoría general del proceso, y cuando ha sido preciso un apoyo normativo, se ha podido encontrar en la LEC -de aplicación supletoria, conforme prevé su art. 4- y en la legislación sustantiva aplicable al funcionamiento de cada concreta entidad, según se tratara de entidades civiles o mercantiles.

En ese sentido, las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las personas jurídicas están fuertemente vinculadas a las peculiaridades del procedimiento civil, y resultan por ello de todo punto insuficientes. El art. 6.1.3º de la LEC prevé la capacidad para ser parte de las personas jurídicas, mientras que el art. 7.4 del mismo texto legal establece que por las personas jurídicas comparecerán en el procedimiento quienes legalmente les representen. Conforme al art. 30.2 de la LEC, los cambios en la representación o administración de las personas jurídicas no extinguen el poder del procurador ni dan lugar a nueva personación cuando el poder haya sido otorgado por el representante legal de la persona jurídica. Por último, en el art. 309 de la LEC se establece la posibilidad de interrogar en el proceso tanto a la persona jurídica como a las entidades sin esa personalidad a través de su representante en juicio, si bien las consecuencias de dicho interrogatorio en sede civil no son obviamente trasladables al interrogatorio penal, y en el art. 381 se prevé la posibilidad de que la persona jurídica de respuesta por escrito a las cuestiones que le plantee el tribunal.

Aun en ausencia de previsiones legales al respecto, el órgano jurisdiccional tiene el deber concreto de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa en cada una de las instancias que componen el proceso, velando por que se dé la necesaria contradicción entre partes y posean idénticas posibilidades de alegación y prueba. Este deber se agudiza en el

proceso penal dada la trascendencia de los intereses en juego, de modo que la ausencia de regulación no libera al órgano jurisdiccional ni al Ministerio Fiscal de la obligación de velar por el desenvolvimiento efectivo del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales. En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Constitucional números 112/1989, 41/1997, 102/1998, y 91/2000.

No cabe duda de que el complejo sistema de garantías relacionadas entre sí que caracteriza al proceso penal se dibuja en beneficio fundamentalmente del imputado o parte pasiva del proceso, en consideración a la especial posición que ocupa en el seno del mismo. Al mismo tiempo, y según destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional número 166/1999, los derechos fundamentales, si bien son derechos subjetivos individuales, tienen a su vez una vertiente objetiva en tanto representan un sistema de valores que se constituye en esencia del Estado de Derecho, de modo tal que mediante dicho entramado se tiende a asegurar el interés público en la persecución del delito y el interés constitucional en que la condena penal resulte de un juicio justo. Así pues, 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.

Debe además existir una correlación subjetiva entre los actos de imputación judicial y la acusación, lo que significa que la primera es presupuesto inexcusable de la segunda. Nadie puede ser acusado sin haber sido declarado judicialmente imputado con anterioridad, de suerte que la instrucción judicial sigue asumiendo, en cualquiera de los procedimientos penales, su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso, evitando las acusaciones sorpresivas.

Asimismo, según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 149/1997, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez de instrucción con anterioridad a la conclusión de la investigación judicial, que no podrá clausurarse sin permitir al imputado su exculpación frente a la imputación contra él existente. Además, 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. En este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1998; del TEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke y del Tribunal Supremo número 494/2004, de 13 de abril.

El art. 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona sometida al proceso a defenderse por sí misma o a ser asistida por un defensor. Se pone así de manifiesto que quien ejerce el derecho de defensa es el inculcado, de modo que el letrado se limita a orientar técnicamente el ejercicio de ese derecho. Según el Tribunal Constitucional en su sentencia número 91/2000, FJ 13º, «la opción por la asistencia jurídica no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa». En similar sentido se pronuncian las Sentencias del TEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T y V contra Reino Unido, en las que el Tribunal Europeo afirma que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, sugerir el interrogatorio de determinadas preguntas a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes.

En ese mismo contexto es en el que deben entenderse las numerosas resoluciones del TEDH en relación con la importancia indudable que tiene el principio de contradicción y la presencia del acusado en el marco de un juicio justo (en este sentido, Sentencias del TEDH, caso Colozza contra Italia, de 28 de agosto de 1991; caso FCB contra Italia, de 23 de noviembre de 1993; caso Poitrimol contra Francia, de 22 de septiembre de 1994; caso Lala y Pelladoah contra Holanda y las Sentencias de 10 de junio de 2009, en el caso Igual Coll, y de 16 de noviembre de 2010, en el caso García Fernández, ambos contra España).

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 representación por medio de procurador y de la asistencia técnica letrada características del proceso penal, en cada caso. Esta solución lleva aparejados algunos problemas que el legislador podía haber resuelto mediante la consiguiente habilitación legal; entre otros, la necesidad de determinar el estatuto de la persona física que materializa a la jurídica en el proceso y la determinación de si ese estatuto incluye, y en su caso cuales, las cargas que también comporta la calidad de imputado. Resulta por lo demás claro que, dado que nuestro sistema vincula la responsabilidad penal de la persona jurídica a la existencia de un delito cometido por ciertas personas relacionadas con la sociedad a las que ya se hizo referencia, el legal representante de la misma puede aparecer igualmente imputado a título personal en el procedimiento, siendo posible la producción de un eventual conflicto de intereses defensivos -generador de cierta esquizofrenia procesal- que debería resolverse mediante el nombramiento de un nuevo representante legal y/o una doble dirección letrada. Por otra parte, sería necesario precisar qué hacer en caso de que el legal representante dejara de acudir a un llamamiento judicial.

Una segunda solución pasa por considerar innecesaria la presencia física a lo largo de todo el proceso de una persona que materialmente represente a la persona jurídica, entendiéndose que desde el punto de vista de las garantías no es preciso un rostro en el que visualizar a la corporación imputada y/o acusada. Las consecuencias inmediatas de esta segunda opción son, de un lado, la posibilidad de prescindir de la presencia del legal representante de la entidad en los actos procesales que impliquen intervención personal (declaración en sede judicial o ejercicio del derecho a la última palabra) y de otro, que resulten de todo punto innecesarias las medidas de coacción individual dirigidas a garantizar esa presencia, no necesaria, en el procedimiento (detención, prisión preventiva etc.). Desde esta concepción, el derecho de defensa y las garantías procesales de las personas jurídicas quedarían a salvo a través del ejercicio de las funciones que respectivamente les corresponden, en su caso, al procurador y al abogado, quienes a tal fin, mantendrían con la persona jurídica un contacto igual que con cualquier otro cliente.

A falta de normas que resuelvan esta cuestión, la solución que se propone combina elementos de las dos opciones anteriores. En primer término, la salvaguarda del derecho de defensa de la persona jurídica exige que -al igual que ocurre con las personas físicas- le sea comunicada con inmediatez la imputación, en los términos y con las prescripciones y derechos a que hacen alusión los arts. 118, 768 y 775 de la L.E.Cr. Toda persona a quien se impute un acto punible puede ejercitar el derecho de defensa debiendo ser representada por procurador y defendida por letrado, designándosele de oficio cuando no lo haya nombrado por sí mismo y así lo solicite, y en todo caso cuando no tengan aptitud legal para verificarlo. En el procedimiento abreviado, el abogado designado para la defensa tiene también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención del procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral.

Conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional entre otras, en su Sentencia número 18/2005 de 1 de febrero, «en el procedimiento abreviado la garantía de audiencia previa implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente el de designar abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el art. 789.4 L. E. Cr.»

Así pues, los Sres. Fiscales interesarán del juez que el emplazamiento para la primera comparecencia en la que haya de informarse a la persona jurídica de la imputación se realice en la persona del legal representante de la entidad, con idénticas exigencias de formato y constancia de su recepción que las exigibles en el mismo caso respecto de las personas físicas. Dicha comunicación habrá de remitirse al domicilio social, que dependiendo si se trata de una sociedad civil o mercantil, será el previsto en los artículos art. 41 del Código Civil y 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital, respectivamente.

En este sentido, dadas las peculiares características de las personas jurídicas, en las que pueden existir intereses comunes o contrapuestos entre los diferentes intervinientes en el proceso, -imputados personas físicas y jurídicas, testigos y demás partes en el proceso- los Sres. Fiscales cuidarán de que no se utilice la designación del legal representante de la persona jurídica como un recurso para atribuir indebidamente un estatus similar al del imputado

a aquellas personas que deban tener en el proceso una intervención diferente. El legal representante de la persona jurídica que no haya sido imputado personalmente y actúe en el procedimiento penal en nombre de la misma, no tendrá la condición de imputado pero formalmente gozará de las garantías propias del mismo en la medida en que actúe en nombre de la corporación y a los solos fines de garantizar el derecho de defensa de ésta última.

En una segunda secuencia, al tiempo de materializarse la imputación, la persona jurídica será informada, por medio también de su legal representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como imputada le asisten según los arts. 520.2 y 771.2ª de la L.E.Cr., así como de las consecuencias de su intervención voluntaria en determinadas diligencias. Asimismo, los Sres. Fiscales cuidarán de que dicho representante legal pueda prestar declaración en calidad de imputado en representación de la persona jurídica si así lo considera oportuno, dejando constancia escrita y fehaciente de su renuncia o del contenido de la misma, en su caso.

Nada obsta a que en adelante, la persona jurídica intervenga en la instrucción del procedimiento por medio de su procurador y su letrado, siendo este último quien haga llegar al proceso, -a través de la petición de diligencias, la aportación de pruebas y/o la presentación de alegaciones por escrito cuando lo considere conveniente-, los argumentos defensivos de la corporación conforme a las instrucciones del legal representante y/o las que se le hagan llegar por los cauces estatutariamente previstos por la persona jurídica a tal fin. La anterior forma de proceder garantiza el derecho de defensa y el proceso contradictorio, sin que resulte imprescindible que el legal representante esté presente en las diferentes diligencias procesales que hayan de tener lugar, sin perjuicio de lo cual, y siempre que entienda que conviene a su derecho de defensa, pueda asistir personalmente a las diligencias de investigación en la forma prevista en el art. 302 de la L.E.Cr., formular observaciones en la diligencia de inspección ocular o en las relativas al cuerpo del delito conforme a los arts. 333 y 336.2 de la L.E.Cr., intervenir en el nombramiento de peritos según establecen los arts. 350.2, 356 y 471, solicitar la práctica de diligencias de identificación de acuerdo con el art. 368 de la L.E.Cr., o prestar declaración en calidad de imputado cuantas veces quiera y cuando lo estime pertinente a largo de la instrucción del procedimiento, según establecen los arts. 396 y 400 de la L.E.Cr.

En caso de ser simultánea o sucesivamente imputados en el mismo procedimiento tanto el legal representante de la persona jurídica a título individual, como la propia corporación, esta última puede designar un nuevo representante legal en el procedimiento si lo considera necesario para el ejercicio de su defensa. Asimismo, y con carácter general, es posible que la representación y defensa letrada del legal representante y de la persona jurídica se materialicen en un solo procurador y un único abogado -piénsese en la opción de desarrollar una misma estrategia procesal y defensiva-, sin perjuicio de lo cual, en caso de apreciarse la existencia de un conflicto de intereses de esta naturaleza, los Sres. Fiscales deberán hacer notar dicha circunstancia al Juez, quien de considerarlo oportuno, apercibirá al letrado acerca de dicho conflicto, y en su caso, adoptará las medidas oportunas para designar un procurador y una dirección letrada diferentes para cada uno de los imputados. Tal iniciativa puede partir asimismo del propio abogado en el ejercicio de sus funciones y conforme a las exigencias de la deontología profesional.

A fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica en la vista oral, los Sres. Fiscales cuidarán de que el legal representante de la persona jurídica sea citado para asistir con el mismo régimen -en cuanto a la posibilidad de celebración en su ausencia- que el previsto para el juicio en ausencia del acusado en el art. 786.1 de la L.E.Cr. y que pueda hacer uso, si esa es su voluntad, del derecho a la última palabra en los términos a que se refiere el art. 739 de la L.E.Cr.

En caso de haber sido admitida la prueba de su interrogatorio en la vista oral, los Sres. Fiscales se asegurarán de que preste declaración con las garantías del imputado; cuidarán asimismo de que el legal representante de la persona jurídica preste su consentimiento, junto con el de su letrado, en caso de llegarse a un acuerdo de conformidad con las acusaciones de acuerdo con lo previsto en los arts. 655, 694, 697, 784.3 y 787 de la L.E.Cr., y de que firmen el acta en que dicho acuerdo se formalice. En todo caso, los Sres. Fiscales cuidarán de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que constituyan mecanismos de deslizamiento de la

responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa. En ese contexto, se evitarán especialmente los acuerdos de conformidad que supongan la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica conforme a las previsiones del párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal, respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, y particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la entidad.

El límite de admisibilidad de la conformidad, al situarse en los seis años de prisión según el art. 784.3º y 787.1 L.E.Cr. en relación con el art. 688 a 700 de la L.E.Cr., se fija con relación a una pena privativa de libertad, de dónde se puede interpretar la admisibilidad de la conformidad de la persona jurídica con cualquiera de las penas -todas ellas de naturaleza grave- que puedan solicitarse. No obstante, por las mismas razones que se han expuesto más arriba, y a la vista de las exigencias del art. 801 de la LECr., aun en aquellos supuestos en los que resulte legalmente posible, se desaconseja que los Sres. Fiscales recurran al expediente de reconocimiento de hechos durante la instrucción al amparo del 779.1. 5ª de la L.E.Cr.

En relación con algunas de las disfunciones que este régimen procesal de emergencia que se propone pudiera generar, debe recordarse que la aplicación de la reserva de Ley Orgánica a las medidas cautelares personales es consecuencia de lo dispuesto con carácter general en los arts. 53.2 y 81.1 de la Constitución. Como consecuencia de ser la libertad presupuesto necesario de otros derechos fundamentales, la Constitución la configura de forma negativa, de modo que el derecho fundamental a la libertad aparece como garantía de no ser privado de ella salvo en los casos y en la forma dispuestos por la Ley, de manera que la norma que detalle las condiciones de la privación o restricción y el procedimiento para adoptarla integra el desarrollo del derecho mismo, y éste puede verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura improcedente de la Ley, como cuando se opera contra lo que la Ley dispone.

Por consiguiente, a falta de habilitación legal expresa por medio de Ley Orgánica, no es posible en este momento adoptar medida alguna de aseguramiento de carácter personal respecto del legal representante de la persona jurídica imputada, por cuanto si bien el mismo ostenta por subrogación los derechos inculpatorios, en muchos casos no estará personalmente imputado, y por tanto, no puede ser sometido a detención, prisión provisional ni búsqueda. Todo lo más su incomparecencia podrá motivar la declaración de rebeldía de la persona jurídica.

La modificación de la persona jurídica a lo largo del procedimiento obligará a la nueva a decidir acerca del mantenimiento o no del representante defensivo designado; se debe dar cabida en el procedimiento a las sociedades resultantes de escisiones o fusiones de las entidades inicialmente imputadas, de modo que estén en condiciones de solicitar diligencias de instrucción. Los cambios en la dirección letrada no deben afectar a la validez de lo actuado hasta ese momento.

Cuando la defensa de la persona jurídica consista en atribuirse la condición de víctima del delito cometido por sus gestores o subordinados en las condiciones del art. 31 bis, no podrá formular acusación contra las personas físicas en el seno del mismo procedimiento. Nuestra Ley procesal parte de la premisa de que acusador y acusado son personas distintas, y por tanto, no contempla que un mismo sujeto pueda presentar en el mismo proceso un escrito de acusación y otro de defensa, ni que tenga intervención en el juicio oral tanto en calidad de acusador como en calidad de acusado, situación que solo se da excepcionalmente en el juicio de faltas.

VI.3) Postulación y Derecho a la justicia gratuita

Las personas jurídicas no son titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Tal opción fue declarada válida en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 117/1998, en atención al amplio margen de discrecionalidad que otorga al legislador el carácter prestacional y de configuración legal del derecho. A ello se une el hecho de que las personas jurídicas constituyen una creación del propio legislador, de modo que su existencia y su capacidad jurídicas vienen supeditadas a lo dispuesto por las Leyes, lo que, según el Tribunal, no supone diferencia de trato con las personas físicas, al tratarse de realidades diferentes que permiten y justifican el trato desigual.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador ha atendido en cada caso a la naturaleza y fines de las personas jurídicas, otorgándoles en algunos supuestos el derecho a la justicia gratuita en la legislación especial. En la actualidad, esta asistencia se prevé para las asociaciones de utilidad pública, previstas en el art. 32 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, para las fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente -siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar conforme a las previsiones del art. 2 de la Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita- y para Cruz Roja Española y las fundaciones benéfico docentes.

En cuanto a las sociedades mercantiles, no son titulares del derecho a la justicia gratuita aunque cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar con base en la absoluta carencia de beneficios, dado que no tienen reconocido el beneficio cualquiera que sea su situación económica (en este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 12.9.00 y la Sentencia del Tribunal Constitucional número 117/1998).

VI.4) Derecho al intérprete

La asistencia gratuita del intérprete durante el desarrollo del proceso constituye una manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías y una garantía instrumental del derecho de defensa. Las normas sobre asistencia gratuita de un intérprete son aplicables al imputado, y por consiguiente, habrán de serlo igualmente a la persona jurídica en su condición de tal.

Así pues, cuando la persona jurídica tenga nacionalidad extranjera y así lo solicite, se le debería trasladar la imputación y el resto de comunicaciones de que sea destinataria en la lengua que designe como propia, y en su defecto, en la del país de su nacionalidad o en el que se ubique espacialmente.

VI.5) Diligencias con origen en procedimientos o actuaciones previas de carácter administrativo

La posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas conforme al art. 31 bis del Código Penal puede reavivar el viejo debate alimentado por quienes, partiendo de la alegación de la identidad ontológica entre las sanciones penales y las administrativas, consideran que el deber de colaboración de las personas jurídicas con los órganos investigadores en los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra ellas, resulta muy discutible. Desde ese punto de vista, la reforma del Código Penal constituiría un arma de doble filo para el *ius puniendi* estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que se las facultaría para rehusar toda cooperación.

En primer término, debe recordarse que la doctrina del Tribunal Constitucional, ya desde la Sentencia 18/1981 de 8 de junio, entiende que le son de aplicación a las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales previstas en el art. 24.2 de la Constitución, si bien no mediante una aplicación acrítica y literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la Constitución. En este sentido se pronuncian también las Sentencias del mismo Tribunal números 44/1983 de 24 de mayo, 28/1989 de 6 de febrero, 3/1999 de 25 de enero, 117/2002 de 20 de mayo, 205/2003 de 1 de diciembre y 142/2009 de 15 de junio.

Por otra parte, en dos supuestos en los que fueron incorporados al proceso penal documentos obtenidos en procedimientos administrativos previos, tras requerimientos dirigidos a sendas personas jurídicas, las Sentencias del Tribunal Constitucional números 18/2005 y 68/2006 recurrieron a un mismo argumento que ha sido tachado de excesivamente formalista, pero que sin embargo, remite al criterio -ciertamente consolidado en la doctrina del propio Tribunal- de que no es posible alegar en favor de uno los derechos que son de titularidad de otros. Se centraba así el razonamiento en el hecho de que la persona jurídica requerida para entregar la documentación en cada caso concreto no era la persona física imputada después en el proceso penal, de dónde se podía deducir no solo la falta de trascendencia del requerimiento dirigido a persona distinta del imputado en sede penal, sino que la persona jurídica no era titular del derecho a no aportar pruebas que le incriminen.

No obstante, el fondo del asunto ha sido resuelto quizá con mejores argumentos en la STC 233/2005 cuando expresa en su FJ 5 que «es indiscutible que la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria (SSTC 79/1990, de 26 de abril, FJ 3; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio, FJ 5; y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 5), razón por la cual este Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de declarar que para el efectivo cumplimiento del deber que impone el art. 31.1 CE es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo se produciría una distribución injusta en la carga fiscal (SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; y 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). De lo anterior se sigue que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). Y no cabe duda de que «el deber de comunicación de datos con relevancia tributaria se convierte, entonces, en un instrumento necesario, no sólo para una contribución justa a los gastos generales (art. 3 1. 1 CE), sino también para una gestión tributaria eficaz, modulando el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del art. 18.1 CE» (AA TC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; y 212/2003, de 30 de junio, FJ 2; y en sentido similar SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 y STC 292/2000 de 30 de diciembre).»

Por último, resultan también muy expresivas las múltiples sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con la validez de las pruebas de detección de alcohol en sangre realizadas por agentes de la autoridad, donde, *mutatis mutandi*, se proporcionan razonamientos predicables respecto de aquellos documentos que se obtengan bajo apercibimiento de sanción administrativa en el marco de procedimientos administrativos de inspección tributaria o de la Seguridad Social, reintegro de subvenciones, fiscalización de cuentas etc.

El Tribunal Constitucional entiende que el sometimiento a las pruebas de detección alcohólica bajo advertencia de incurrir en delito de desobediencia en caso de negativa, no constituye vulneración alguna del derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, por lo que la colaboración que se le exige no incide en los derechos reconocidos en los arts. 17.3 y 24.2 de la Constitución; ello siempre y cuando tales diligencias se realicen con todas las garantías formales que sean de aplicación y se incorporen al proceso para someterse a contradicción durante la instrucción y en el juicio oral.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 76/1990 de 26 de abril refiere que no es posible hablar de declaración desde el punto de vista del derecho a no autoinculparse, en el cumplimiento del deber ciudadano de someterse al test de alcoholemia o en la aportación o exhibición de aquellos documentos contables que sean requeridos coactivamente por la Administración Tributaria, existiendo un deber de exhibición de estos documentos, sin que esta aportación pudiera equipararse a una declaración contraria a lo previsto en el art. 24.2 de la Constitución.

Igualmente, la Sentencia número 161/1997 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 2 de octubre de 1997 alude a que «Las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, en primer lugar, tal garantía no alcanza, sin embargo, a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de sustraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias, tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia». En similar sentido,

resultan también ilustrativas las Sentencias del Tribunal Constitucional números 103/1985, 195/1987, 3/1990, 202/1991, 24/1992, 252/1994, 197/95, 234/1997, 89/1998 y 111/1999.

La anterior doctrina resulta coherente con la del propio TEDH en las Sentencias de los casos Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993, Murray contra el Reino Unido de 8 de febrero de 1996, Miallhe contra Francia de 26 de septiembre de 1996, Saunders contra Reino Unido de 17 de diciembre de 1996, J.B. contra Suiza, de 3 de mayo de 2001, Allan contra el Reino Unido de 5 de noviembre de 2002, O'Halloran y Francis contra el Reino Unido, de 29 de junio de 2007, Satir contra Turquía, de 1 de diciembre de 2009 y Brusco contra Francia, de 14 de octubre de 2010, en las que, en relación con el derecho a no autoinculparse del imputado, se precisa que dicha prerrogativa no se ve afectada por el acceso a los elementos de prueba que existen con independencia de la voluntad de la persona en cada caso. Así, la Sentencia del caso Saunders contra Reino Unido expresa en su parágrafo 69 que el derecho a no declarar contra sí mismo tal y como se entiende comúnmente en los sistemas jurídicos de las partes contratantes de la Convención, se refiere en primer lugar al respeto a la decisión del acusado de guardar silencio, de modo que no se puede obligar a nadie a declarar o a responder preguntas, aun cuando, según argumenta la Sentencia de 8 de febrero de 1996 en el caso Murray contra el Reino Unido, sí se pueden extraer conclusiones del silencio en caso de ser razonable esperar una respuesta del inculpado.

Según el TEDH, esta interpretación en relación con el derecho a guardar silencio no se extiende al uso en el procedimiento penal de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a los poderes coercitivos y que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, como por ejemplo los documentos, las pruebas de aliento, de sangre o de orina, así como tejidos corporales para la realización de un análisis de ADN, en cuyo caso, debe efectuarse una ponderación respecto de la naturaleza y grado de la coerción, el peso del interés público comprometido en cada supuesto, la existencia o no de garantías apropiadas en el procedimiento, y la utilización hecha de los elementos finalmente obtenidos en el proceso, donde rige el principio de igualdad de armas y resulta posible, en el marco del ejercicio del derecho de defensa, su impugnación y/o la aportación de datos o argumentos alternativos y/o exculpativos.

VI.6) Principio acusatorio

Las penas a las que se refiere el art. 31 bis y las medidas del art. 129, ambos del Código Penal, están lógicamente sometidas al principio acusatorio, el cual vincula al órgano judicial decisor respecto del tipo y cuantía máxima de la pena o medida solicitada por la acusación más grave de entre las formuladas.

VI.7) Legitimación activa

Conforme al art. 125 de la Constitución y el 19.1 de la LOPJ, la existencia de la acusación popular en nuestro sistema procesal obedece al carácter público de la acción penal y a la participación ciudadana en la Administración de Justicia. En el régimen jurídico de esta singular figura procesal, el acusador no precisa, por tanto, tener interés en el procedimiento.

Un eventual ejercicio abusivo de la acción popular, puede constituir el cauce para menoscabar la reputación de las personas, tanto físicas como jurídicas. De ello se deriva la especial diligencia con que los Sres. Fiscales evalúan y emiten informe en relación con la admisión e inadmisión de querellas interpuestas en el ejercicio de las previsiones de los arts. 312 y 313 de la L.E.Cr.

En este sentido, deberá ponerse particular atención a los procedimientos que se sigan contra sociedades cotizadas, entidades financieras y de seguros y empresas de cualquier sector que cuenten con trabajadores en plantilla, a fin de evitar las consecuencias nocivas y en algún caso irrecuperables derivadas de lo que en términos económicos se denomina riesgo reputacional, en la medida en que procedan de imputaciones penales formuladas en ausencia de unos mínimos datos incriminatorios.

VI.8) Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal

En el curso de las diligencias de investigación de la Fiscalía, la persona jurídica investigada ostentará el derecho de defensa que el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal reconoce al sospechoso.

En cuanto a la concreta intervención de la persona jurídica imputada en las diligencias de investigación, se reitera en este punto lo sugerido en relación con los procedimientos judiciales en la medida en que resulta de aplicación.

VI.9) Iniciación del proceso e interrupción de la prescripción

Tras la reforma operada por LO 5/2010, el art. 132 del Código Penal tiene el siguiente tenor:

«1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

2. La prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena de acuerdo con las reglas siguientes:

1. Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se le atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.

2. No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrellada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3. A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».

Como se puede observar, la reforma modifica el apartado 2 del art. 132, de modo que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta,

comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena. Por otra parte, en la regla 3ª del propio apartado 2 se establece que «A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».

Por consiguiente, sólo cuando quede identificada la persona jurídica como posible responsable penal, se interrumpirá la prescripción respecto de la misma conforme establece la norma citada. La regla 3ª del precepto, relativa a organizaciones o grupos de personas a los que se atribuya el hecho, parece permitir la identificación inconcreta de los individuos que forman parte de la organización o el grupo, pero no de la propia organización o grupo en sí, a cuyo fin, los Sres. Fiscales cuidarán de facilitar el mayor número de datos posibles a tal efecto, sin perjuicio de entender que los cambios de denominación, fusiones, transformaciones y demás expresiones propias de la dinámica societaria no tendrán incidencia alguna en cuanto a la prescripción ya interrumpida respecto de la corporación originaria.

VI.10) La pretensión civil

Junto con la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, la reforma establece su responsabilidad civil por el hecho delictivo, solidaria con la de la persona física autora conforme a las previsiones del art. 116.3 del Código Penal.

La responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas a que se refiere el art. 120 del Código Penal resulta de aplicación en los supuestos no contemplados en el art. 31 bis y/o cuando sea de aplicación el art. 31 del Código Penal, además de para aquellas conductas que a pesar de tener encaje en el art. 31 bis, su comisión por la persona jurídica no se encuentra prevista en el catálogo numerus clausus de la Parte Especial.

Es compatible que en el mismo procedimiento se declare la responsabilidad civil directa de la persona jurídica consecuencia de la aplicación del art. 31 bis y 116.3, ambos del Código Penal, con su declaración como responsable civil subsidiaria derivada de la aplicación del art. 31 del Código Penal al gestor de hecho o de derecho y del art. 120 del mismo texto legal.

VI.11) Competencia objetiva y funcional

En la mayor parte de los casos, el procedimiento de aplicación será el Abreviado conforme al art. 757 de la L.E.CR. Sin embargo, por razón de la pena a imponer a las personas físicas, puede resultar de aplicación el procedimiento ordinario.

No se ha previsto la creación de órganos especializados ni la atribución de la instrucción a los Juzgados de lo Mercantil como se sugirió por algún sector de la doctrina en su momento, y por tanto, la regla que resulta de aplicación en todo caso es el art. 14 de la L.E.Cr., que en sus apartados 3º y 4º, atribuye la competencia objetiva para enjuiciar los delitos a los Juzgados de lo Penal si la pena prevista es la de multa o siendo otra la sanción, tiene duración no superior a los 10 años. Corresponderá el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial en el caso de las penas interdictivas previstas en el art. 33.7 letras b) a g) del Código Penal de duración superior a los diez años, lo que debe extenderse a la pena de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido y encubierto el delito impuesta con carácter definitivo conforme autoriza el art. 37.7 e) del Código Penal y la de disolución, por su carácter permanente.

Como excepción cabe que la investigación y enjuiciamiento de algunos delitos esté atribuida a la Audiencia Nacional; es lo que ocurre con algunos de los delitos contra el mercado y los consumidores del art. 288 y de tráfico de drogas del 369 bis del Código Penal, cuando por sus ámbitos encajen en las previsiones de los apartados c) y d) del art. 65.1 de la LOPJ; lo mismo sucede en los delitos de financiación del terrorismo del art. 576 bis, que serán instruidos por los Juzgados Centrales de Instrucción y enjuiciados según la gravedad de la pena por el Juzgado Central de lo Penal o por la Sala Penal de la Audiencia Nacional. También corresponderá enjuiciar delitos cometidos por personas jurídicas al Tribunal del Jurado en el caso del cohecho

del art. 427.2 y el tráfico de influencias del art. 430 del Código Penal, pues a ambos preceptos hace alusión el art. 1.2 LOTJ.

Aun cuando no se ha descartado la posibilidad de acudir a los cauces del Procedimiento Especial para el Enjuiciamiento Rápido de Delitos, con carácter general se desaconseja la tramitación de los procedimientos por este cauce, dada la previsible complejidad de las investigaciones en las que se vean implicadas las personas jurídicas.

Sin embargo, no puede ignorarse que en el ámbito de aplicación de este procedimiento ex art. 795.1.2ª de la L.E.Cr. se incluyen algunas infracciones susceptibles de ser imputadas a personas jurídicas, como los delitos contra la propiedad intelectual o industrial o los de tráfico de drogas; sin embargo, las exigencias adicionales del art. 796 de la L.E.Cr. parecen impedir a priori que las autoridades policiales se planteen utilizar el procedimiento en estos casos, salvo por la vía del 779.1.5ª de la L.E.Cr., es decir, en caso de conformidad del acusado y con todas las reservas a que ya se hizo referencia en otro apartado de la presente Circular.

VI.12) Incoación de piezas separadas

Teniendo en consideración el mecanismo de responsabilización por el que ha optado el legislador español en el art. 31 bis del Código Penal, se desaconseja la incoación de piezas separadas a lo largo de la investigación para determinar la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, que deberá ser dilucidada en un mismo procedimiento.

No obstante, en casos excepcionales podrá valorarse la pertinencia de incoar tales piezas a fin de evitar dilaciones, siguiendo los criterios expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo número 867/2002 de 29 de julio (Caso Banesto), conforme a la cual, cabe «la posibilidad de incoar piezas separadas en casos de delincuencia económica, cuando la investigación conjunta de los delitos, lejos de favorecer el esclarecimiento de los hechos, puede producir un efecto contrario y no deseado.»

VI.13) Diligencias restrictivas de derechos fundamentales

Como ya se anticipó en otro apartado de la presente Circular, la cuestión del ejercicio por parte de la persona jurídica de derechos fundamentales reside en que, siendo ésta diferente de las personas físicas que forman parte de ella, la primera sirve como instrumento y manifestación de las expectativas de realización, autonomía, libertad y dignificación de las segundas.

Aunque la vinculación del concepto constitucional de domicilio al desarrollo de la vida privada parece indicar lo contrario, el texto constitucional no parece circunscribir categóricamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas naturales o físicas. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 137/1985 establecía la extensión de la protección constitucional a la sede de las personas jurídicas en algunos supuestos específicos, del mismo modo que lo hace con otros derechos fundamentales como los fijados en el art. 24 de la Constitución. Sin embargo, en posteriores resoluciones del mismo Tribunal, las número 228/97 y 283/2000, se insistía en que el objeto de protección del derecho es la morada como espacio de privacidad de la persona, allí donde ejercen su libertad más íntima.

La jurisprudencia más reciente ha matizado el alcance de esa protección constitucional basándose en si el lugar donde se ejerce una profesión o donde radica la sede de una persona jurídica está abierta o no al público. Así se impone la necesidad de diferenciar entre las oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica a las que procede atribuir la protección del reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, y aquellos otros despachos o dependencias -constituyan o no sede social- que por su disposición a la entrada de público deben considerarse desposeídas de semejante protección. En ese sentido se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo números 797/1994 de 14 de abril, 860/1995 de 6 de julio, 1558/1999 de 1 de octubre, 55/2001 de 25 de enero, 794/2002 de 30 de abril y 384/2004 de 22 de marzo.

El propio TEDH considera que las personas jurídicas, dadas esas condiciones de transmisión de los derechos individuales a las que ya nos hemos referido, deben ser consideradas titulares del derecho a no sufrir injerencias injustificadas o abusivas por parte del Estado tanto en su

domicilio como en sus comunicaciones. En ese sentido, su Sentencia de 28 de junio de 2007, Association for European Integration and Human Rights y Ekimdzhev contra Bulgaria.

Así pues, sin perjuicio de entender que el derecho a la inviolabilidad del domicilio está fuertemente vinculado a una realidad que atañe en exclusiva a las personas físicas, y en la medida en que las sedes, domicilios sociales u otras ubicaciones espaciales de titularidad de las personas jurídicas pueden albergar reductos de intimidad personal, los Sres. Fiscales cuidarán de solicitar la correspondiente autorización judicial para efectuar diligencias de entrada y registro en dichas sedes.

En el mismo sentido, y en lo que respecta a las intervenciones postales, será exigible la intervención judicial previa y la proporcionalidad que aseguren que el objeto de la intervención viene referido exclusivamente a datos comunicados por la persona jurídica, evitando que se afecte al secreto postal de las personas físicas que la integran. Un criterio aun más estricto deberá promoverse para el caso de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en las que deberían respetarse las mismas exigencias de las intervenciones en el caso de las personas físicas, por cuanto, aun a pesar de ser las líneas de titularidad de la persona jurídica, son las personas que las utilizan los titulares del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

VI.14) Régimen de recursos. Cosa juzgada

La persona jurídica podrá impugnar los pronunciamientos de la sentencia que le conciernan, y obviamente proyectar su impugnación sobre las decisiones del Tribunal en relación con el delito de la persona física, aunque esta no haya recurrido o haya dado un enfoque distinto a su recurso en relación con esos mismos hechos y sus consecuencias jurídicas, resultando en su caso de aplicación lo previsto en el art. 903 de la L.E.Cr.

En relación con unos mismos hechos, los pronunciamientos de una sentencia firme dictada en el proceso en el que solo fue parte la persona jurídica no pueden tener fuerza vinculante en el proceso posterior en que solo sea parte la persona física y viceversa (art. 222.4 de la LEC).

VI.15) Ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas

A falta de otras previsiones al respecto, en la ejecución de la pena de disolución, se atenderá a las normas previstas a tal fin en el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital, para su liquidación en función del tipo de sociedad de que se trate.

Cuando se impongan medidas cautelares o las sanciones de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de actividades o intervención a personas jurídicas extranjeras, la ejecución de la sanción requerirá la obtención de la necesaria cooperación jurídica internacional, campo en el que se deberá profundizar normativamente a través de los instrumentos adecuados. La ejecución de las penas de multa requerirá cooperación internacional en caso de inexistencia de bienes suficientes en España. En la Unión Europea resulta de aplicación la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, transpuesta en España por la Ley 1/2008 de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.

VII. Conclusiones

Primera

La L.O. 5/2010 de reforma del Código Penal introduce un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuyos fundamentos esenciales se contienen en el art. 31 bis del Código Penal. Los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y determinadas personas jurídico públicas en los términos a los que se hace alusión en el apartado II. 2) de esta Circular, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un requisito imprescindible en todo caso.

Para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, la Ley prevé un régimen diverso -de aplicación potestativa- en el art. 129 del Código Penal.

Segunda

En los dos párrafos del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas personas físicas siempre que concurren las específicas condiciones a las que se refiere el precepto aludido.

Tercera

El objeto del proceso penal en caso de imputación de una persona jurídica no lo constituye la idoneidad objetiva o hipotética del programa de cumplimiento adoptado por la corporación, en su caso, sino que deberá centrarse en acreditar, a través de los medios de prueba con que se cuente en cada caso, que las personas físicas a las que se refieren los dos párrafos del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal - representantes, gestores de hecho o de derecho y subordinados en la jerarquía empresarial-, cometieron el delito en las concretas circunstancias a las que la Ley se refiere, debiendo atenderse los Sres. Fiscales a la interpretación que de las mismas se efectúa en la presente Circular.

Cuarta

Los programas de autorregulación corporativa, *compliance guide* o *corporate defense* podrán servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor o representante, y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el control debido de la actividad empresarial en el caso concreto, pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el art. 31 bis del Código Penal y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal.

Quinta

En aquellos casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la total ausencia de auténtica actividad, organización, infraestructura, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito y/o para dificultar su investigación, nada obsta a que los Sres. Fiscales recurran a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla, evitando imputar a estas últimas aun a pesar de que puedan gozar de personalidad jurídica y por tanto, y desde un punto de vista estrictamente formal, podría serles de aplicación el art. 31 bis del Código Penal.

Los Sres. Fiscales valorarán asimismo la pertinencia de imputar únicamente a la persona física, levantando también en este caso el velo societario, en aquellos supuestos -preferentemente de negocios o actividades unipersonales que adopten formas societarias- en los que la personalidad jurídica sea del todo ajena a la comisión del hecho delictivo, se detecte la falta de verdadera alteridad de la entidad corporativa y exista un solapamiento total entre la voluntad del gestor y la de la persona jurídica, de modo que la imputación conjunta de la persona física y la jurídica pueda generar en la práctica un supuesto de bis in ídem.

Sexta

En los casos en los que proceda acusar tanto a las personas físicas como a las jurídicas, se atenderá a la regla del apartado 2 del art. 31 bis del Código Penal para la modulación de las cuantías de las respectivas sanciones pecuniarias cuya imposición se solicite, de modo que se garantice el principio de proporcionalidad de las penas.

Séptima

Los Sres. Fiscales deberán atenderse a las previsiones del apartado 4 del art. 31 bis del Código Penal, que contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad es destacada en la Exposición de Motivos de la Ley y se refuerza con la

expresión sólo con la que se inicia el precepto. Ello impide la aplicación de aquellas circunstancias del art. 21 del Código Penal cuya formulación no se refiere a comportamientos exclusivamente humanos, lo que resulta particularmente llamativo en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del art. 21. 6ª del Código Penal y en la de análoga significación de la atenuante 7ª del mismo precepto.

Octava

La única pena por la que se puede optar en todo caso a la hora de sancionar a la persona jurídica es la de multa, que por ello será la opción prioritaria de los Sres. Fiscales en sus escritos de acusación, salvo que razones de prevención especial, o la gravedad y las especiales circunstancias de la conducta imputada (múltiples perjudicados, importe de los perjuicios, etc.) aconsejen otra cosa.

Asimismo, para calcular el importe de la sanción pecuniaria, los Sres. Fiscales deberán atender a la información que respecto de esa específica materia se pueda extraer de los resultados económicos obtenidos por las sociedades mercantiles en los ejercicios objeto de investigación conocidos a través del depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil, amén de la información patrimonial que pueda recabarse de la Administración Tributaria.

Novena

Las penas de suspensión de actividades de la persona jurídica y de clausura de sus locales y establecimientos, podrán solicitarse respecto de todas sus actividades, locales y establecimientos, o respecto de tan solo una parte de esa actividad o alguno de sus locales o establecimientos, en cuyo segundo caso, los Sres. Fiscales concretarán la solicitud de sanción respecto de aquellos sectores de la actividad o de negocio o aquellas ubicaciones que estén más específicamente vinculados/as con el hecho/s delictivo/s que se impute/n a la corporación.

Décima

La solicitud de la pena de disolución de la persona jurídica deberá reservarse para casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o aquellos que revistan los caracteres del denominado delito masa (con gran número de perjudicados), siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el art. 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación.

Undécima

Hasta tanto se prevea un régimen procesal específico para la persona jurídica imputada en el procedimiento penal, los Sres. Fiscales aplicarán los preceptos de la L.E.Cr. y supletoriamente, los de la L.E.C., conforme a las pautas apuntadas en la presente Circular.

Duodécima

Por lo que respecta al emplazamiento para la primera comparecencia en la que haya de informarse a la persona jurídica de la imputación, los Sres. Fiscales cuidarán de que se realice a través del legal representante de la entidad, con idénticas exigencias de formato y constancia de su recepción que las exigibles en el mismo caso respecto de las personas físicas.

En ese sentido, y dado el particular juego de intereses que puede existir en el seno del procedimiento penal entre la persona jurídica y las personas físicas imputadas y entre estas y el resto de intervinientes en el proceso, los Sres. Fiscales pondrán especial atención en evitar que la designación del legal representante de la corporación en el seno del procedimiento se utilice como vía de obtención fraudulenta de un status similar al del imputado por parte de personas que deban intervenir en el procedimiento en otra condición, particularmente en calidad de testigos.

La comunicación de la imputación de la persona jurídica habrá de remitirse al domicilio social, que dependiendo si se trata de una sociedad civil o mercantil, será el previsto en los artículos art. 41 del Código Civil y 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital, respectivamente. En caso de entidades de derecho público, se estará a su régimen jurídico específico.

Ulteriormente, al tiempo de materializarse la imputación, los Sres. Fiscales cuidarán de que la persona jurídica sea informada, por medio también de su legal representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como imputada le asisten según los arts. 520.2 y 771.2ª de la L.E.Cr., así como de las consecuencias de su intervención voluntaria en determinadas diligencias.

Igualmente y con las cautelas a que ya se ha hecho referencia en orden a su designación, los Sres. Fiscales cuidarán de que el representante legal tenga la posibilidad -si así lo considera oportuno- de prestar declaración con las garantías del imputado en representación de la persona jurídica, dejando constancia escrita y fehaciente de su renuncia o del contenido de la misma, en su caso.

Decimotercera

A falta de regulación expresa en este sentido y a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica en la vista oral, los Sres. Fiscales cuidarán de que el legal representante de la persona jurídica sea citado para asistir con el mismo régimen en cuanto a la posibilidad de celebración en su ausencia que el previsto para el juicio en ausencia del acusado en el art. 786.1 de la L.E.Cr., y de que pueda hacer uso, si así lo considera oportuno, del derecho a la última palabra en los términos a que se refiere el art. 739 de la L.E.Cr.

En el supuesto de haber sido admitida la prueba de su interrogatorio en la vista oral, los Sres. Fiscales se asegurarán de que declare con las garantías propias del imputado; cuidarán asimismo de que el legal representante de la persona jurídica preste su consentimiento, junto con el de su letrado, en caso de llegarse a un acuerdo de conformidad con las acusaciones según lo previsto en los arts. 655, 694, 697, 784.3 y 787 de la L.E.Cr., y de que firmen el acta en que dicho acuerdo se formalice.

Decimocuarta

El límite de admisibilidad de la conformidad según los arts. 787.1 y 784.3º y L.E.Cr. en relación con los arts. 688 a 700 de la L.E.Cr., hace posible la conformidad de la persona jurídica con cualquiera de las penas -todas ellas de naturaleza grave- que puedan solicitarse.

En todo caso, los Sres. Fiscales cuidarán de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que puedan dar lugar a interesados mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa

En este contexto, se evitará especialmente la conformidad por aplicación del supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del art. 31 bis del Código Penal, que suponga la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la corporación.

A tenor de las exigencias del art. 801.1.2º de la LECr. y en consideración a lo expuesto en el texto de esta Circular en relación con los juicios de conformidad respecto de personas jurídicas, aun en aquellos supuestos en los que resulte legalmente posible (delitos castigados con pena de multa o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años), se desaconseja que los Sres. Fiscales recurran al expediente de reconocimiento de hechos durante la instrucción al amparo del 779.1. 5ª de la L.E.Cr.